
First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination

Patrick Macklem*

Self-government has become a major policy objective for First Nations in Canada. The common law of aboriginal title, the law relating to treaty rights and treaty interpretation, the distribution of legislative authority over native people, and emergent jurisprudence under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, currently resist native aspirations for greater control over their individual and collective destinies by imposing Anglo-Canadian categories of legal understanding onto native reality. The imposition of Anglo-Canadian norms is effected in law by a rhetoric of justification that simultaneously views native people as similar to and different than nonnative people, and establishes and maintains legal relationships of dependence and hierarchy between First Nations and the Canadian state. Each area of the law, however, contains moments of transformative possibility that could assist in the realization of First Nations self-government. The author argues for specific reconceptualizations of Anglo-Canadian conceptions of property, contract, sovereignty, and constitutional right to permit the construction of legal spaces in which First Nations self-government can take root and flourish and to enable native people to participate in the formation of laws that shape and govern their lives.

L'autonomie gouvernementale est aujourd'hui un des principaux objectifs des peuples autochtones au Canada. Ce désir de contrôler leurs destins collectifs et individuels est confronté à l'état actuel du droit canadien. En effet, l'imposition de concepts juridiques anglo-canadiens lors de l'analyse de la propriété des terres ancestrales, des traités, du partage des compétences législatives sur les autochtones, et dans l'interprétation judiciaire de l'article 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, démontre une résistance soutenue aux aspirations autochtones. Le droit se justifie par le biais d'une rhétorique qui, selon le cas, distingue ou assimile les autochtones aux personnes non-autochtones. Ce même système établit et perpétue une relation hiérarchique de dépendance entre les autochtones et l'État canadien. Chaque domaine du droit relatif aux autochtones contient pourtant les éléments d'une réforme qui pourraient servir au développement de l'autonomie gouvernementale des autochtones. L'auteur suggère qu'une remise en question des notions anglo-canadiennes de propriété, de contrat, de souveraineté et de droits constitutionnels s'impose afin que le droit soit en mesure de satisfaire les demandes légitimes des autochtones et ainsi leur permettre de participer activement au développements législatifs qui affectent directement leurs vies.

* Faculty of Law, University of Toronto. I wish to thank David Beatty, Howard Dancyger, Ron Daniels, Karin Eisen, Allan Hutchinson, Nicholas Kasirer, Gillian Lester, Ann Macklem, Katie McKee, Kent McNeil, Kent Roach, Bruce Ryder, Craig Scott and Bob Sharpe for their many detailed comments and criticisms on an earlier version of this paper. I would also like to thank the students in my Native Peoples Law class, who tested and helped me to clarify many of the ideas presented in this article.

*Synopsis***Introduction****I. The Thesis Described****II. The Common Law of Aboriginal Title***A. The Marshall Legacy**B. The Canadian Framework**C. Recent Developments**D. Summary: The Myth of Crown Title***III. The Distribution of Legislative Authority***A. Federal Jurisdiction**B. Provincial Jurisdiction**C. Summary: Challenging Legislative Supremacy***IV. Treaty Rights and Treaty Interpretation***A. Treaties and Native Inferiority**B. The Contractualist Vision**C. Recent Developments**D. Summary: Revising Treaty Jurisprudence***V. Aboriginal Rights and the *Constitution Act, 1982****A. R. v. Sparrow**B. Constitutional Recognition of Self-Government***Conclusion**

* * *

Introduction

The Canadian legal system has come under increasing attack in recent years for failing to accommodate the interests and needs of Canada's First Nations.¹ Allegations of insensitivity, injustice, discrimination and racism have rocked virtually all areas of the legal system affecting native people. The criminal justice system, land claims, international law, and the process for constitutional reform are but a few areas in which it is alleged that the concerns facing native people are ignored by the relevant authorities. Criminal justice inquiries dot the country, with subjects as diverse as the investigation of the wrongful conviction of Donald Marshall for a murder he did not commit,² the twenty-year silence surrounding the sexual assault and murder of Helen Betty Osborne,³ and the shooting death of First Nations activist J.J. Harper by a Winnipeg police officer.⁴ Be it by the Lubicons in Alberta,⁵ the Teme-Augama Anishnabai in Ontario,⁶ or the Mohawks in Quebec,⁷ an illegal blockade protecting ancestral lands from economic development by nonnatives is virtually a daily occurrence. On the international front, developments are equally grim. In 1989, Canada came under the investigative scrutiny of the United Nations as a potential violator of international law for its failure to develop appropriate policies for the administration of treaties entered into with First Nations.⁸ More recently, historical inequities suffered by native people in Canada have been held to constitute violations of the *International Covenant on Civil and Political Rights*.⁹ Even in the area of constitutional reform, where native people had been successful in directing an about-face in federal policy away from the Trudeau government's proposal to abolish the *Indian Act*¹⁰ and strip First Nations of any special status under Canadian law¹¹ to the entrenchment of constitutional guarantees in 1982

¹I use the terms "First Nations," "aboriginal peoples," "indigenous population," "native peoples," "native people," and "Indian" interchangeably to refer to descendants of the original inhabitants of the North American continent, including people of Inuit and Metis descent.

²See, generally, *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution* (Halifax: Queen's Printer, 1989); see also M. Harris, *Justice Denied: The Law versus Donald Marshall* (Toronto: Macmillan, 1986). For a summary of the Commission's recommendations, see *infra*, note 263.

³See, generally, L. Priest, *Conspiracy of Silence* (Toronto: McClelland and Stewart, 1989).

⁴*The [Toronto] Globe and Mail* (11 September 1989) A13.

⁵See, generally, B. Richardson, "The Lubicon of Northern Alberta" in B. Richardson, ed., *Drumbeat: Anger and Renewal in Indian Country* (Toronto: Summerhill, 1989) 229.

⁶See B. Hodgins & J. Benidickson, *The Temagami Experience: Recreation, Resources, and Aboriginal Rights in the Northern Ontario Wilderness* (Toronto: University of Toronto Press, 1989).

⁷*The [Toronto] Globe and Mail* (12 July 1990) A1.

⁸*The [Toronto] Globe and Mail* (25 July 1989) A7.

⁹*The Lubicon Lake Band v. Canada*, UN HRC, 38th Sess., CCPR/C/38/D/167/1984 (26 March 1990).

¹⁰R.S.C. 1985, c. I-5 [hereinafter *Indian Act*]; previously R.S.C. 1952, c. 149.

¹¹The "White Paper" proposed the repeal of the *Indian Act*, the amendment of s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* (U.K.), 30 & 31 Vict., c. 3 [hereinafter *Constitution Act, 1867*], the elimination of the Department of Indian Affairs, the transfer of responsibilities over Indian programmes

protecting "existing aboriginal and treaty rights,"¹² native people have felt the brunt of exclusion. After 1982, native people saw a string of constitutional defeats. After four constitutional conferences addressing the possibility of entrenching a constitutional right of self-government ended in failure,¹³ the federal and provincial governments negotiated the Meech Lake Accord which represented, in one author's words, "another nail in the coffin."¹⁴ The Accord's

to the provinces, the granting of fee simple title to native people with respect to reserve land, and the temporary provision of funds for economic and cultural development. See Department of Indian Affairs and Northern Development, *Statement of the Government of Canada on Indian Policy, 1969* (Ottawa: Queen's Printer, 1969). For an analysis of the White Paper and subsequent developments, see R. Gibbins & J.R. Ponting, eds, *Out of Irrelevance: A Socio-political Introduction to Indian Affairs in Canada* (Toronto: Butterworths, 1980); and S.M. Weaver, *Making Canadian Indian Policy: The Hidden Agenda 1968-1970* (Toronto: University of Toronto Press, 1981).

¹²*Constitution Act, 1982*, being Schedule B of the *Canada Act 1982* (U.K.) 1982, c. 11 [hereinafter *Constitution Act, 1982*]. Even this success was a partial victory. The original proposal would have guaranteed "aboriginal and treaty rights." Traded away in the bargaining which secured the consent of nine provinces to the 1982 Constitutional Accord, the guarantee was re-inserted after public protest with the addition of the term "existing." See, generally, D.E. Sanders, "The Indian Lobby" in K. Banting & R. Simeon, eds, *And No One Cheered: Federalism, Democracy and the Constitution Act* (Toronto: Methuen, 1983) 301.

¹³The 1983 First Ministers Conference on Aboriginal Affairs resulted in the *Constitution Amendment Proclamation, 1983*, SI/84-102, which defines "treaty rights" referred to in ss. 25 and 35(1) of the *Constitution Act, 1982* as including rights that native people may have or will acquire in the future by way of land claims agreements, and provides that aboriginal representatives participate in any future discussions concerning constitutional amendments that directly affect native people. The 1984 First Ministers Conference resulted only in a federal statement of principles approving native self-government in principle. Two other First Ministers Conferences were held in 1985 and 1987. In all four Conferences, the parties failed to obtain the consent from seven provinces representing 50% of the population as required by s. 38 of the *Constitution Act, 1982* necessary for the entrenchment of the principle of native self-government. For accounts of the above constitutional negotiations, see D.C. Hawkes, *Aboriginal Peoples and Constitutional Reform: What Have we Learned?* (Kingston: Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University, 1989); and B. Schwartz, *First Principles, Second Thoughts: Aboriginal Peoples, Constitutional Reform and Canadian Statecraft* (Montreal: Institute for Research on Public Policy, 1986).

¹⁴D.J. Purich, "Meech Lake and Canada's Aboriginal Peoples" in J.D. Whyte & I. Peach, eds, *Re-Forming Canada? The Meaning of the Meech Lake Accord and the Free Trade Agreement for the Canadian State* (Kingston: Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University, 1989) 75 at 77-79. Purich argues that the Meech Lake Accord would have disadvantaged native people because provinces would have had a greater voice over native affairs in that they would have: (1) been able to opt out of federal programs, subject only to the vague promise that they provide a program "compatible with national objectives;" (2) had more of a say in the composition of the Supreme Court of Canada; and (3) had greater control over the creation of new provinces. Others criticize the proposed recognition of Quebec as a distinct society and the exclusion of any reference to First Nations as fundamental to Canada's self-definition: see G. Erasmus, "Native Rights" in R. Gibbins, ed., *Meech Lake and Canada: Perspectives From the West* (Edmonton: Academic Printing & Publishing, 1988) 179; J.E. Chamberlin, "Aboriginal Rights and the Meech Lake Accord" in K. Swinton & C.J. Rogerson, eds, *Competing Constitutional Visions: The Meech Lake Accord* (Toronto: Carswell, 1988) 12 [hereinafter *Competing Constitutional Visions*]; J. Bakan & D. Pinard, "Getting to the Bottom of Meech Lake: A Discussion of Some Recent Writings on the 1987

demise potentially signals a prolonged period of inactivity with respect to further constitutional negotiations involving Canada's First Nations.

And then there are the statistics. Native male life expectancy hovers between 60 and 62 years and native female life expectancy between 63 and 69 years, compared to a life expectancy in the Canadian population for men of 72 years and for women of 79 years.¹⁵ The major causes of death for natives are accidents, poisoning and violence. Deaths resulting from these causes in 1983 occurred three times the rate for Canadians as a whole.¹⁶ Incarceration rates show a similar pattern. Native people constitute 10% of the population of federal prisons, yet they account for approximately 3% of the Canadian population.¹⁷ Native women account for 20% of the female inmate population of British Columbia.¹⁸ The number of native people in federal prisons doubled between 1977 and 1987.¹⁹ Housing standards and unemployment rates are equally disturbing. According to a 1985 study by the Department of Indian and Northern Affairs, 47% of on-reserve housing fails to meet basic standards of physical conditions, and 38% of reserve housing lacks basic amenities such as running water, indoor toilets and/or a bath or shower.²⁰ According to the 1981 census, the official unemployment rate among natives is two and a half times the national rate.²¹ Though there have been major gains in the area, levels of education do not fare well either. In 1981, only 19% of the native out-of-school population had attained some form of post-secondary education, compared to 36% of the Canadian population as a whole. Two out of three status Indians use English as their home language and numerous native languages are on the edge of extinction.²²

This article explores how the law has contributed to the current status of First Nations in Canada. It attempts to map out the way the law has treated the native aspiration for self-government in the past and to suggest ways that the

Constitutional Accord" (1989) 21 Ottawa L. Rev. 247 at 252-59; A.C. Cairns, "The Limited Constitutional Vision of Meech Lake" in *Competing Constitutional Visions*, *supra*, 247.

¹⁵A.J. Siggner, "The Socio-Demographic Conditions of Registered Indians" in J.R. Ponting, ed., *Arduous Journey: Canadian Indians and Decolonization* (Toronto: McClelland & Stewart, 1986) 57.

¹⁶*Ibid.* The annual overall death rate for native people is 9/1000, 1.5 times higher than the non-native rate of 6.6/1000: *The [Toronto] Globe and Mail* (22 December 1989) A12, quoting Statistics Canada.

¹⁷*Supra*, note 15.

¹⁸C. Pitcher LaPrairie, "Selected Criminal Justice and Socio-Demographic Data on Native Women" (1984) 26 Can. J. Crim. 161 at 162.

¹⁹Correctional Services Canada, *Native Population Profile Report 09/30/87* (Ottawa: Management Information Services, 1987).

²⁰*Supra*, note 15. These figures were unchanged as of 1988; see Canada, *Basic Departmental Data* (Ottawa: Indian and Northern Affairs, 1988).

²¹*Census of Canada*, 1981.

²²*Supra*, note 15.

law might facilitate its realization in the future. My starting point is fairly uncontroversial: that the law has been stubbornly resistant of claims to self-government by native people. Though a more precise definition is advanced in Part I, by "self-government" I do not mean to refer to any technical legal term but instead to a set of aspirations connected with the desire of native people to have control over the ability to define their own individual and collective identities.²³ What interests me is not so much the fact of resistance but rather the way in which the law resists native claims of self-government. The thesis, simply put, is that the law governing native peoples in this country resists the aspiration to self-government by the way in which it structures and makes sense of native reality. I address four relevant areas of legal discourse: common law aboriginal title, the distribution of legislative power over native people, the law relating to treaty formation and interpretation, and jurisprudence under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Each area serves as a frame of reference through which the law structures and makes sense of legal disputes involving native people. Inherent in each is a resistance to the idea that native people ought to have more control over their individual and collective destinies. Despite this resistance, however, each frame of reference contains moments of transformative possibility which, if taken from the margins of legal discourse and placed at the centre of the law governing native people, could assist in the realization of First Nations self-government.

The article is divided into five Parts. Part I describes the thesis in more depth, and discusses the extent to which the law can serve as a vehicle for the realization of self-government for Canada's First Nations. Part II addresses the common law of aboriginal title. Part III reviews the law governing the distribution of legislative authority between Parliament and provincial legislatures as it relates to native people. Part IV is an account of the law governing treaties entered into by native people and the Crown. Part V assesses recent jurisprudence under the *Constitution Act, 1982*. Parts II to V share a similar organization. Each begins with a general overview of the set of principles relevant to the area of the law under study. Each then provides a more detailed account of those

²³I choose "self-government" instead of "self-determination" to refer to the aspiration of native people to have greater control over their destiny partly because the phrase "self-government" does not carry with it the connotations of statehood, political separation and independence associated with self-determination and partly because I hope for its realization through domestic, as opposed to international, law. Yet the type of self-government envisioned in this article is one that involves the transformation of the state structure in which the claim for self-government is made. It therefore straddles (1) traditional notions of self-government as a form of political autonomy within a pre-existing state structure and (2) traditional notions of self-determination as a form of political autonomy existing outside a pre-existing state structure. For scepticism over the right of self-determination serving as a positive feature of statehood, see R. Emerson, "Self-Determination" (1971) 65 Am. J. Int'l L. 459; for the view that "self-determination" can only be imbued with meaning by reference to specific historical contexts, see E.M. Morgan, "The Imagery and Meaning of Self-Determination" (1988) 20 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 355.

principles and their historical development to demonstrate their resistance to the aspiration of native self-government and to expose ways of understanding central to the Canadian legal imagination that must be challenged if self-government is to become a reality. Each also attempts to identify doctrinal traces of possibility within each frame of reference that can serve to facilitate the realization of self-government and assist in the empowerment of Canada's First Nations.

I. The Thesis Described

During the last several years, self-government has emerged as a major policy objective for Canada's First Nations. Self-government, broadly speaking, refers to the desire of native people to have control over the ability to define their own individual and collective identities. Yet beyond this level of generality, self-government is not a term that carries with it a shared, determinate meaning. One scholar recently lamented the fact that self-government "remains essentially at the level of a 'value notion'."²⁴ Various parties import into the notion of self-government competing and contradictory meanings, with sharp differences emerging the more one moves from abstract definition to concrete proposal. Often self-government is referred to as a component of aboriginal rights, as evidenced by the following testimony by John Amagalik, co-chairperson of the Inuit Committee on National Issues:

Our position is that aboriginal rights, aboriginal title to land, water and sea ice flows from aboriginal rights and all rights to practise our customs and traditions, to retain and develop our languages and cultures, and the rights to self-government, all these things flow from the fact that we have aboriginal rights.²⁵

On other occasions, self-government is seen as interchangeable with notions of aboriginal rights, as illustrated by the following statement of Clem Chartier of the Metis National Council:

What we feel is that aboriginal title or aboriginal right, is the right to collective ownership of land, water, resources, both renewable and nonrenewable. It is a right to self-government, a right to govern yourselves with your own institutions, whichever way you want your institutions to run; the right to language, to culture, the right to basically practice your own religion and customs, the right to hunt, trap and fish and gather are certainly part of that, but that is not all of it.²⁶

²⁴S.M. Weaver, "Indian Government: A Concept in Need of Definition" in L. Little Bear, M. Boldt & J.A. Long, eds, *Pathways to Self-Determination: Canadian Indians and the Canadian State* (Toronto: University of Toronto Press, 1984) 65.

²⁵Canada, *First Ministers' Conference on Aboriginal Constitutional Matters*, Unofficial and Unverified Verbatim Transcript, 15 March 1983, vol. 1, at 130, as quoted in M. Asch, *Home and Native Land: Aboriginal Rights and the Canadian Constitution* (Toronto: Methuen, 1984) at 27.

²⁶*First Minister's Conference on Aboriginal Constitutional Matters*, *ibid.* at 134 as quoted in Asch, *ibid.* at 28.

When one begins to reflect on the ways in which the above aspiration can be translated into institutional arrangements carrying with them the force of law, the potential for disagreement over the meaning of the term becomes even greater. A number of institutionalizing techniques present themselves; each carries with it a range of potential outcomes that can be characterized in loose terms as embodying a commitment to native self-government. The aspiration of native people to have more control over their individual or collective identities can take the legal form of property entitlements, contractual entitlements, treaty entitlements, statutory entitlements, delegated jurisdictional entitlements, constitutional entitlements and international law entitlements.²⁷ Within each different type of entitlement, a spectrum of reform possibilities presents itself. The politics of native self-government in part involves disputes over not only what the aspiration for more individual and collective control by natives over their destiny means, but also how it is to be translated into institutional reality.

A workable definition of self-government that avoids the emptiness of generality without descending into the politics of specifics, however, is that native self-government at least refers to the need for a territorial base on native land, some forms of administrative and political structures and institutions for the airing of native voices and political decisionmaking, the transfer of jurisdictional responsibilities from Parliament to native people, the ability of native people to organize their societies and pass laws governing their lives free from federal or provincial interference, and access to sufficient fiscal resources to meet these responsibilities.²⁸ Translating the loose aspiration of native people to have more control over their individual and collective identities into the above mentioned institutional criteria does not avoid some difficult problems associated with the implementation of self-government, such as the extent to which institutions of

²⁷See, e.g., *Hamlet of Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development* (1979), [1980] 1 F.C. 518, 107 D.L.R. (3d) 513 (F.C.T.D.) (common law aboriginal title includes right to hunt and fish); Agreement between the Queen in Right of Manitoba, the Manitoba Hydro-Electric Board, the Northern Flood Committee, and the Queen in Right of Canada as Represented by the Minister of Indian and Northern Development (1977) (contractual agreement governing economic development on native land and *inter alia* the use of labour); *Saanichton Marina Ltd. v. Claxton* (1989), 36 B.C.L.R. (2d) 79, 57 D.L.R. (4th) 161 (B.C.C.A.) (treaty guarantees right to access and control fishery); *Indian Act*, ss. 81, 83 (statutory grant of bylaw-making power to bands to exercise authority over quasi-governmental matters pertaining to reserve land); *Sechelt Indian Band Self-Government Act*, S.C. 1986, c. 27 (legislatively delegated powers resulting in municipal style of government for native band); *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, 70 D.L.R. (4th) 385 [hereinafter *Sparrow* cited to S.C.R.] (s. 35(1) of *Constitution Act*, 1982 protects right to fish); *The Lubicon Lake Band v. Canada*, *supra*, note 9 (art. 28 of the *International Covenant on Civil and Political Rights* protects aspects of life and culture of Lubicon Lake Band).

²⁸I borrow from J.R. Ponting & R. Gibbins, "Thorns in the Bed of Roses: A Socio-political View of the Problems of Indian Government" in *Pathways to Self-Determination*, *supra*, note 24 at 122-23.

self-government ought to include urban native populations.²⁹ Nor does it address the extent to which self-government conflicts with, in Alan Cairns' words, "ongoing aboriginal participation as holders of rights and bearers of duties in Canadian society."³⁰ Defining self-government in the above way, however, does have the advantage of remaining relatively abstract so as to invite little disagreement, yet sufficiently specific to permit analysis of its reception in the legal forum. Any greater degree of specificity would run counter to the aim of creating legal spaces in which native people themselves can define the contours of the institutions which will govern their lives.³¹

In this article I advance the view that the law can and ought to serve as a vehicle for the realization of self-government for Canada's First Nations. The law currently exhibits a structural resistance to the aspiration of native self-

²⁹It has been estimated that 30% of the approximately 350,000 status Indians live off-reserve, primarily in urban centres. Estimates of the Metis and nonstatus Indian population, which does not have an identifiable land base, run from 280,000 to 750,000 people. See W.J. Reeves, "Native 'Societies': The Professions as a Model of Self-Determination for Urban Natives" in *Arduous Journey: Canadian Indians and Decolonization*, *supra*, note 15, 342 at 344.

³⁰A.C. Cairns, "Aboriginal Self-Government and Citizenship" (Address to the University of Toronto Legal Theory Workshop, 24 April 1987) at 20 [unpublished]. The relationship between First Nations self-government and ongoing Canadian citizenship for native people involves a complex set of issues revolving around potential conflicts between the native aspiration of autonomy and Canadian attributes of citizenship, such as adherence to norms of equality and liberty. Do Canadian values of sexual equality, for example, "trump" the value of natives deciding among themselves how to organize gender relations in their societies? For an excellent account of the history of legislative discrimination between native men and native women and the politics that ensued as a result of legal action, see K. Jamieson, "Sex Discrimination and the Indian Act" in *Arduous Journey, Canadian Indians and Decolonization*, *ibid.* See also *A.G. Canada v. Lavell* (1973), 38 D.L.R. (3d) 481 (S.C.C.) (statutory provisions that discriminate on the basis of sex in relation to band membership do not infringe *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44, guarantee of equality before the law); *Lovelace v. Canada*, 36 UN GOAR Supp. (No. 40) Annex XVIII, U.N. Doc. A/36/40 (1981) (statutory provisions that discriminate on the basis of sex in relation to band membership infringe *International Covenant on Civil and Political Rights*). Questions surrounding the relationship between native self-government and ongoing Canadian citizenship speak to the limits of self-government, not its desirability, and ought to be addressed in the context of specific disputes and preferably once institutional structures of native self-government are in place. See *infra*, text accompanying notes 257-58.

³¹See M. Boldt & J.A. Long, "Native Indian Self-Government: Instrument of Autonomy or Assimilation?" in M. Boldt & J.A. Long, eds, *Governments in Conflict? Provinces and Indian Nations in Canada* (Toronto: University of Toronto Press, 1988) 38 at 54 [hereinafter *Governments in Conflict?*] ("the challenge of the future is to transform existing institutions from Euro-Canadian models to models compatible with Indian cultural values"); H. Cardinal, "Indian Nations and Constitutional Change" in *Governments in Conflict?*, *supra*, 83 at 85 ("we have different positions, different perspectives; not because brown people cannot agree with one another, but because each group traces a different historical evolution in their relationship to other peoples in this country"). See also F. Cassidy, "Aboriginal Self-Government: Defining a Research Agenda" (Address to the National Symposium on Aboriginal Self-Determination, Toronto, 3 October 1990) at 2 [unpublished] ("[t]he study of aboriginal governments should not turn into one more effort to impose a non-indigenous outlook on Canada's indigenous First Nations").

government, however, despite recent jurisprudence sympathetic to the needs and interests of native peoples. My hope is that by locating the precise places in which resistance to self-government manifests itself in the Canadian legal imagination, it will become possible to ascertain the ways the law can transform itself so as to become an instrument of native empowerment.

The dominant method of making sense of and resolving native claims employed by the judiciary is to first sort out the type of dispute in question. Does this case involve the common law of aboriginal title? Does it involve questions relating to the interpretation of a treaty? Does this dispute raise questions about the distribution of legislative authority or involve s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*? Perhaps it deals with some combination of these frames of reference. Whatever the particular configuration presented by the facts, each doctrinal area of the law contains a particular set of legal principles that guides judicial decisionmakers in the determination of disputes involving native people. The law relating to common law aboriginal title, for example, contains a set of principles governing the nature and extent of native interests in traditional and reserve lands. Similarly, the law of federalism governing the distribution of legislative authority over matters pertaining to native people involves a series of principles which guide the judiciary in determining whether a legislature is within its constitutional sphere of authority. Though each set of legal principles is specific to the broader doctrinal area to which it belongs, they share three attributes which contribute to and constitute the law's resistance to First Nations self-government.

First, each set of principles represents an extension and application of basic Anglo-Canadian categories of legal understanding to the native context. A central tenet of Anglo-Canadian notions of property ownership, for example, is that the Crown has underlying title to all of Canada. Transfers of title are viewed through contractualist lenses. Contracting parties are viewed as entities abstracted from the particularity of circumstance. Exchanges are viewed as solemn, binding agreements, enforceable in a court of law. Legislatures are viewed as sovereign and supreme within their spheres of authority, and entitled to regulate the exercise of property ownership and contractual relationships in the name of the common good, except insofar as such regulation infringes upon an identifiable core of human freedom protected by constitutional guarantee. Disputes involving native people invariably are resolved against the backdrop of one or more of the above assumptions concerning the nature of property, contract, sovereignty, and constitutional right. Native self-government is conceptually and actually excluded from the spectrum of law's possibilities by the unquestioned acceptance of these four cornerstones of the legal imagination. Ultimately supporting the classificatory structure of the law brought to bear to make sense of disputes involving native people are a series of unquestioned

ways of conceptualizing and resolving legal disputes which work to resist aspirations of native self-government.

Second, each doctrinal area effects the extension and application of the above-mentioned categories of legal understanding to the native context by a rhetoric of justification that appeals to a vision of native people as simultaneously different than and similar to nonnative people.³² Native difference is denied where its acceptance would result in the questioning of basic premises concerning the nature of property, contract, sovereignty or constitutional right. Native difference is acknowledged where its denial would achieve a similar result. The rhetoric of justification supporting the principles that govern the nature and extent of native interests in traditional and reserve lands at common law, for example, involves a complex interweaving of denial and acceptance of native difference. The distribution of legislative authority between Parliament and provincial legislatures over matters affecting native people is effected through a process of judicial interpretation that requires determining the extent to which native people are similar to and different than nonnative people. The law governing the legal status and legal effect of treaties entered into by native people with the Crown is permeated by acknowledgement and denial of native difference. Though still in embryonic form, constitutional jurisprudence surrounding s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, which recognizes and affirms "existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada,"³³ implicitly rests on a vision of native people as simultaneously similar to and different than nonnative people. Similarity and difference constitute the currency of justification for the invocation and application of traditional categories of legal understanding in the resolution of legal disputes involving native people.

Third, each set of principles can be characterized as establishing and maintaining a hierarchical relationship between native people and the Canadian state.

³²In formulating this aspect of the thesis, I have benefitted from and adapted insights of recent feminist scholarship on the way in which the law and society historically has imagined women as both similar to and different than men. Works that I found helpful include N. Duclos, "Lessons of Difference: Feminist Theory on Cultural Diversity" (1990) 38 *Buffalo L. Rev.* 325; B. Cossman, "A Matter of Difference: Domestic Contracts and Gender Equality" (1990) 28 *Osgoode Hall L.J.* 303; C.A. MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State* (Cambridge: Harvard University Press, 1989); Z. Eisenstein, *The Female Body and the Law* (Berkeley: University of California Press, 1988); M. Minow, "The Supreme Court 1986 Term — Foreword: Justice Engendered" (1987) 101 *Harv. L. Rev.* 10; B. Johnson, *A World of Difference* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1987); N.C. Sheppard, "Equality, Ideology and Oppression: Women and the Canadian Charter of Rights and Freedoms" in C. Boyle *et al.*, eds, *Charterwatch: Reflections on Equality* (Toronto: Carswell, 1986); J. Feral, "The Powers of Difference" in Z. Eisenstein & A. Jardine, eds, *The Future of Difference* (New Brunswick: Rutgers University Press, 1985) 88; G. Greene & C. Kahn, "Feminist Scholarship and the Social Construction of Women" in G. Greene & C. Kahn, eds, *Making a Difference: Feminist Literary Criticism* (London: Methuen, 1985) 1.

³³The meaning accorded to these terms is discussed in Part V. See *infra*, text accompanying notes 236-240.

Treaty jurisprudence, for example, establishes a legal relationship of dependence by native people on the sovereign authority of the Canadian state. Jurisprudence under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* implicitly acknowledges a relationship of hierarchy between native peoples and the Canadian state. The common law of aboriginal title and the principles governing federalism disputes evince a similar pattern. Each frame of reference brought to bear in legal disputes involving native people, in other words, is constituted by a series of doctrinal choices that perpetuate a hierarchical relationship between native people and the Canadian state by relying on the idea that native people are both similar to and different than nonnative people. The doctrinal choices that constitute each frame of reference have historically worked to exclude native self-government as one of the law's possibilities.

Despite the law's historic resistance to the aspiration of self-government by Canada's First Nations, it would be a mistake to engage in a blanket condemnation of the legal system as it relates to disputes involving native people. Each frame of reference invoked by the law to make sense of and structure native reality contains moments of possibility for the realization of native self-government. Although currently on the borders of the legal imagination, these moments represent opportunities for expanding and transforming the law so that it can serve as an instrument of native empowerment. That the legal forum is a useful site for engaging in the politics of self-government is also borne out by the fact that the legal forum is regarded by many to be more of an ally than an obstacle in the quest for a greater degree of individual and collective native autonomy. The Meech Lake Accord, for example, was seen by many native people as detrimental to native interests for a number of reasons, including the fact that it would have given institutions which native people fear, provincial governments, a greater say in the constitution of an institution which native people trust, the Supreme Court of Canada.³⁴ The Accord's demise will no doubt complicate, if not stall, constitutional negotiations between First Nations and Canadian politicians in the near future, providing even more justification for a jurisprudence of reform.

More generally, it is fair to claim that native people have made far more strides in their dealings with nonnative people in the legal sphere than in the political sphere, with legal decisions often serving to initiate political and constitutional change. In *Guerin v. R.*,³⁵ for example, the Supreme Court of Canada created a new form of legal accountability on the part of the Crown in its dealings with native land. *Guerin* and cases like it have served to spur political and legal reform, pushing federal and provincial governments to reconceive their duties and obligations to native peoples. It may well be the case that current

³⁴See "Meech Lake and Canada's Aboriginal Peoples," *supra*, note 14.

³⁵[1984] 2 S.C.R. 335, 13 D.L.R. (4th) 321 [hereinafter *Guerin* cited to S.C.R.]. See *infra*, notes 104-12 and accompanying text.

jurisprudence is inadequate to the task of reconstructing native self-government; indeed, I hope to demonstrate this fact in the course of this article. Yet, to reduce the role of law to that of villain in the saga of the struggle for native self-government has the effect of ignoring the important moments, however few, in which the law has served to improve the lives of native people and forecloses a powerful source of potential social transformation.

A related reason to be cautious of blanket condemnations of the legal system as it relates to construction and reproduction of native reality is the fact that to reduce law to a purely negative, obstructionist role paints a distorted picture of the history and content of native peoples law and, more importantly, runs the risk of attributing a type of essentialism to law's possibilities, which in turn places disabling constraints on the legal imagination. One of the great achievements of post-realist legal scholarship³⁶ has been the ability to successfully discard the view that there is an ahistorical, apolitical essence to law which in turn preordains the correctness of legal decision-making, and instead to conceive of law as a set of practices that constitutes economic, social and political relations among individuals and groups in society which is itself open to transformation.³⁷ According to this view, there is nothing preordained about the trajectory of legal doctrine. Indeterminacy is a cause for hope, not despair. The fact that we do not know "what will come next" means that what will come next is a function of political and ethical commitment.³⁸ Should law fail to improve the condition of native peoples in Canada, it will not be a function of the immanent rationality of law, the inherent logic of the legal form, or the necessary relation between law and the economic base, but rather a simple failure to act. Responsibility for the perpetuation of current conditions of native peoples will lie on those in power to effect legal change as well as those who advocate the view that legal change is impossible.

The thesis, then, is that the law governing native people in Canada is resistant to claims to self-government because of the unquestioned adherence to basic categories of the Anglo-Canadian legal imagination effected by the denial and acceptance of native difference. The result is a set of principles which work

³⁶Classic legal realist texts include F. Cohen, "Transcendental Nonsense and the Functional Approach" (1935) 35 Columbia L. Rev. 809; M. Cohen, "Property and Sovereignty" (1927) 13 Cornell L.Q. 8; and R. Hale, "Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State" (1923) 38 Pol. Sci. Q. 470. For analysis, see J. Singer, "Legal Realism Now" (1988) 76 Cal. L. Rev. 465.

³⁷See, e.g., R. Gordon, "Critical Legal Histories" (1984) 36 Stanford L. Rev. 57; G.E. Frug, "The Ideology of Bureaucracy in American Law" (1984) 97 Harv. L. Rev. 1276; R. Unger, "The Critical Legal Studies Movement" (1983) 96 Harv. L. Rev. 561; D. Kennedy, "The Structure of Blackstone's Commentaries" (1979) 28 Buffalo L. Rev. 205; K. Klare, "Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness, 1937-1941" (1978) 62 Minn. L. Rev. 265.

³⁸See J. Frug, "Argument as Character" (1988) 40 Stanford L. Rev. 869.

to establish and maintain a hierarchical relationship between native peoples and the Canadian state. Each frame of reference, however, contains doctrinal possibilities for the realization of self-government. The purpose of this article is to take these moments of possibility from the borders of the legal imagination and place native self-government at the centre of the law governing Canada's First Nations. This is not to deny that similarities and differences exist between native and nonnative peoples, but rather to challenge the use to which similarity and difference has been put by the law. That is, my claim is not that the legal assertion and denial of difference is somehow illegitimate or contradictory, but rather to challenge the idea that similarity and difference support a relationship of dependence between native peoples and the Canadian state. The legal assertion and denial of difference in each frame of reference has operated on behalf of domination.³⁹ The objective is to challenge what the law has traditionally imagined to be the implication flowing from native similarity and difference, and to posit another, one which embraces native participation in the definition of native difference and native consent to the laws that govern their lives.

Yet if the law is to play a facilitative role in the quest for self-government by First Nations, basic categories of the Anglo-Canadian legal imagination must be rethought and adapted so that the law does not perpetuate the continued imposition of Anglo-Canadian norms and values onto native reality. The achievement of self-government for First Nations through legal reform ultimately will require legal *reformation*, namely, a remaking of the conceptual map by which the law structures and makes sense of native reality. Native interests and needs cannot be accommodated within current categories of legal understanding, as the necessary changes require more than the simple embrace of those interests and needs into already existing and accepted ways of understanding the world. The law must construct spaces in which native self-government can take root and flourish, and legal principles within each frame of reference must be restructured so as to permit native participation in the formation of rules that govern their lives. Traditional notions of property, contract, legislative supremacy, and constitutional right must be questioned and reconceptualized so as to reshape the law's relation to native people and to permit Canada's First Nations to devise institutional arrangements that conform to and celebrate native forms of life. Current ways of knowing are not so much part of the solution as part of the problem, and reform requires the creation of new ways of legal understanding that embrace native difference.

³⁹See E.V. Spelman, *Inessential Woman: Problems of Exclusion in Feminist Thought* (Boston: Beacon Press, 1988) at 11 ("assertion of difference and denial of difference can operate on behalf of domination").

II. The Common Law of Aboriginal Title

There are several schools of thought on when the ancestors of Canada's native peoples began to populate North America. Anthropological estimates on the beginning of a human presence on the continent vary from 12,000 to 30,000 years ago.⁴⁰ Regardless of the precise date, native people in this country have developed unique and special relationships to the land in part derived from their descent from the continent's original first peoples. Fred Plain of the Nishnabwe-Aski nation, for example, states the following:

Our links with the earth are sacred links that no man can ever sever. We are one with the earth, and the earth is one with us.... [W]e have the right to govern and control our own people in our own land, and the right to remedy our own situations. The efforts that are made to meet our needs must come from our own people.⁴¹

Similarly, Leroy Little Bear writes of native conceptions of ownership:

Indian ownership of property, like Indians' way of relating to the world, is holistic. Land is communally owned; ownership rests not in any one individual, but rather belongs to the tribe as a whole, as an entity. The members of a tribe have an undivided interest in the land; everybody, as a whole, owns the whole. Furthermore, the land belongs not only to people presently living, but also to past generations and future generations, who are considered to be as much a part of the tribal entity as the present generation. In addition, the land belongs not only to human beings, but also to other living things (the plants and animals and sometimes even the rocks); they, too, have an interest.⁴²

Whatever the precise nature of the native relationship to land, which presumably varies from peoples to peoples, the way in which the law regulates native interests in land is critical to the realization or frustration of self-government. If the common law of property were to reflect the fact that native peoples were the first nations of Canada, protect native interests in land from nonnative interference, permit the establishment of a territorial base from which native self-government could flourish and grow, and facilitate the meaningful expression of the diverse ways in which native peoples relate to their land, the

⁴⁰See A.D. McMillan, *Native Peoples and Cultures of Canada: An Anthropological Overview* (Toronto: Douglas & McIntyre, 1988) at 19-30, and sources cited therein. For comprehensive texts tracking the development of relations between natives and European settlers, see J.R. Miller, *Skyscrapers Hide the Heavens: A History of Indian-White Relations in Canada* (Toronto: University of Toronto Press, 1989); and B.G. Trigger, *Natives and Newcomers: Canada's "Heroic Age" Reconsidered* (Kingston: McGill-Queen's University Press, 1985).

⁴¹F. Plain, "A Treatise on the Rights of the Aboriginal Peoples of the Continent of North America" in M. Boldt & J.A. Long, eds, *The Quest for Justice: Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights* (Toronto: University of Toronto Press, 1985) 34.

⁴²L. Little Bear, "Aboriginal Rights and the Canadian 'Grundnorm'" in *Arduous Journey: Canadian Indians and Decolonization*, *supra*, note 15, 243 at 245.

law conceivably could assist in giving native people more control over their ability to shape their destiny.

Current law on the nature and extent of the native interest in ancestral and reserve lands, however, represses the fact that native people were the original inhabitants of the continent. Jurisprudence on native proprietary interests is not formulated with an eye to institutionalizing the special relationships native people have with respect to ancestral and reserve land. Instead, the common law of aboriginal title, constructed by an appeal to a vision of native people as both similar to and different than nonnative people, assumes that the Crown possesses underlying title to all of Canada and carves out a property interest unique to native people that places native people in a position of dependence in relation to the Crown. The native property interest at common law in reserve lands and lands not surrendered to the Crown has been characterized as a right of occupation or possession, despite the fact that native people were the original inhabitants of Canadian soil. Should native authorities decide to surrender or transfer their interest in the land, a transfer to a nonnative person cannot occur without a prior surrender to the Crown. Upon surrender, the Crown is under a fiduciary obligation to deal with the land for the benefit of those who engaged in the act of surrender. Absent surrender, the Crown remains free to extinguish the native interest. Thus the common law establishes and maintains a dependent relationship between native people and the Crown with respect to native land. All land transfers must occur through the Crown, and native people hold their lands at the mercy of the Crown. As will be seen, reform efforts which do not question the hierarchical relationship built into the structure of the native proprietary interest are bound to reproduce native dependency in a new form.

A. *The Marshall Legacy*

Contemporary jurisprudence on aboriginal title at common law owes its existence in part to the strength and power of three judgments authored by Chief Justice Marshall in the United States in the first half of the nineteenth century.⁴³ Culminating with *Worcester v. Georgia*⁴⁴ in 1832, this line of cases provided inspiration for Canadian conceptions of common law aboriginal title. The Marshall legacy also provides traces of an alternative vision of the common law of

⁴³See *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832) [hereinafter *Worcester*]; *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823) [hereinafter *Johnson*]; *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. (6 Cranch) 87 (1810). For commentary, see F. Cohen, "Original Indian Title" (1947) 32 Minn. L. Rev. 28; H.R. Berman, "The Concept of Aboriginal Rights in the Early Legal History of the United States" (1978) 27 Buffalo L. Rev. 637; W. Walters, "Review Essay: Preemption, Tribal Sovereignty, and *Worcester v. Georgia*" (1983) 62 Oregon L. Rev. 127; and C. Wilkinson, *American Indians, Time, and the Law* (New Haven: Yale University Press, 1987).

⁴⁴*Ibid.*

aboriginal title which, if embraced by the judiciary, would facilitate rather than frustrate the realization of native self-government.

In *Fletcher v. Peck*,⁴⁵ at issue was the validity of a Georgia statute revoking a prior statutory land grant to the New England Mississippi Land Company. Upon its receipt, the company's director, John Peck, divided and resold the land to various individuals, including Robert Fletcher. Invoking specific provisions of the Constitution of the United States and "general principles which are common to our free institutions," Marshall C.J. struck down the repealing statute in the name of freedom of contract.⁴⁶ Since the land had never been surrendered by Indian bands to the United States government or the state of Georgia before the legislature made it the subject of a grant, Marshall C.J. went on to discuss the nature of the Indian interest in the land. Referring to what he termed "Indian title," Marshall C.J. held that the native interest in land was to be a title of occupancy only. Though "certainly to be respected by all courts," Marshall C.J. added that such an interest could be "legitimately extinguished" and that it "is not such as to be absolutely repugnant to seisin in fee on the part of the state."⁴⁷ Justice Johnson wrote a vigorous dissent in which he argued that native peoples in North America retained "absolute proprietorship of their soil" which could be extinguished only by conquest or purchase.⁴⁸

The second case of the trilogy, *Johnson v. M'Intosh*,⁴⁹ provided Marshall C.J. with an opportunity to offer justifications for his conclusion in *Fletcher v. Peck* that the native interest in land is one of occupancy only with fee simple title vesting in the state. *Johnson* is a useful example of how an appeal to a vision of native people as simultaneously different than and similar to nonnative people can work to avoid questioning the legitimacy of basic categories of the legal imagination and maintain a hierarchical relation between native people and the state. *Johnson* is also immediately relevant to Canadian jurisprudence for it contains many of the arguments traditionally used to support common law treatment of native people in Canada. In *Johnson*, international law and the concept of Crown prerogative were relied upon to support the conclusion that underlying title vests with the state, the native interest in land being one of occupancy only. In his reliance on international law principles, Marshall C.J. empha-

⁴⁵*Supra*, note 43.

⁴⁶*Ibid.* Marshall C.J. stated, at 139:

[T]he estate having passed into the hands of a purchaser for a valuable consideration, without notice, the state of Georgia was restrained, either by general principles which are common to our free institutions, or by the particular provisions of the constitution of the United States, from passing a law whereby the estate of the plaintiff in the premises so purchased could be constitutionally and legally impaired and rendered null and void.

⁴⁷*Ibid.* at 142-43.

⁴⁸*Ibid.* at 146.

⁴⁹*Supra*, note 43.

sized difference, whereas in his reliance on the Crown prerogative, he emphasized similarity. Out of this interplay between similarity and difference emerged a set of legal categories true to traditional ways of legal understanding and resistant to the aspiration of native self-government.

In *Johnson*, the appellant claimed title to certain lands by virtue of a devise from his father, who had obtained the land from the Piankeshaw and Illinois nations. The federal government also claimed title to the land on the basis of grants made to it by the same Indian nations after they purported to make the grants to Johnson's father. Marshall C.J. found for the federal authorities, holding that the federal government had the exclusive right to acquire Indian title.

In support of this conclusion, Marshall first argued that the "doctrine of discovery" gave the British Crown, and hence the federal government, an exclusive right to acquire Indian land. The doctrine of discovery was a principle of international law developed during the period of colonial expansion to address and reconcile competing claims over territory by European nations. The doctrine provided that the discoverer of unoccupied land (or *terra nullius*) enjoyed territorial sovereignty⁵⁰ over such land as against subsequent arrivals.⁵¹ With respect to occupied land, sovereignty could only be acquired by the "discovering" nation by conquest or cession.⁵² Since much of North America was inhabited by indigenous populations prior to European settlement, one would have thought that territorial sovereignty over the continent or parts thereof could only be acquired by conquest or cession. Yet international law provided that land was unoccupied and hence "discoverable," despite the presence of an indigenous population, if that population did not possess a certain degree of political orga-

⁵⁰"Sovereignty" and "title" are used interchangeably in international law discourse to refer to the totality of international rights and duties recognized by international law that accompanies statehood: see, generally, M.M. Whiteman, vol. I, *Digest of International Law* (Washington: Department of State Publications, 1963) 233. "Title" in the international law sense should not be confused with "title" in English law governing ownership of real property. As will become apparent, sovereignty over a particular territory does not necessarily vest title to the land in the sovereign authority. Title to land is determined not by international law principles but by reference to the relevant domestic laws governing property ownership. To keep these concepts separate, I will use the term "sovereignty" to denote the totality of powers that a state possesses under international law, and "title" to refer to the ownership of real property under domestic property law.

⁵¹Some have argued that discovery alone, or discovery accompanied by symbolic acts of the assertion of sovereignty, was sufficient to establish territorial sovereignty over unoccupied land: see A.S. Keller, O.J. Lissitzyn & F.J. Mann, *Creation of Rights of Sovereignty Through Symbolic Acts, 1400-1800* (New York: Columbia University Press, 1938); others have argued that effective occupation was also required: see R.Y. Jennings, *The Acquisition of Territory in International Law* (Manchester: Manchester University Press, 1963).

⁵²See, generally, I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4th ed. (Oxford: Clarendon Press, 1990) at 127-71.

nization.⁵³ In *Johnson*, Chief Justice Marshall was of the view, widely shared at the time,⁵⁴ that discovery of North America vested territorial sovereignty over such land in the discovering nation despite the existence of indigenous populations. He noted that from their inception American states adopted the view that "discovery gave an exclusive right to extinguish the Indian title of occupancy, either by purchase or by conquest; and gave also a right to such a degree of sovereignty, as the circumstances of the people would allow them to exercise."⁵⁵ Prior to the American Revolution, those rights vested in the Crown and its representatives in the colonies; after the American Revolution, territorial sovereignty vested "in that government which might constitutionally exercise it."⁵⁶

Marshall C.J. noted that the European justification for the assertion of territorial sovereignty in the face of an indigenous population rested on the view that native North Americans were "heathens."⁵⁷ In his words,

the character and religion of [North America's] inhabitants afforded an apology for considering them as a people over whom the superior genius of Europe might claim an ascendancy. The potentates of the old world found no difficulty in convincing themselves that they made ample compensation to the inhabitants of the new, by bestowing on them civilization and Christianity, in exchange for unlimited independence.⁵⁸

Marshall C.J. did not embrace a sectarian justification of the doctrine of discovery, though he did attempt to support its invocation by reference to "the character and habits of the people whose rights have been wrested from them."⁵⁹ In his view, it was impossible to apply the laws of conquest to address proprietary claims of indigenous populations. Traditional principles governing the conquest of territory provide that property entitlements in existence prior to conquest continue to exist in the absence of legislative expropriation; if applied to govern relations between native and nonnative people, these principles would support the view that the "conquest" of North America did not in itself alter pre-

⁵³Scholars disagree over the extent of political organization necessary to exclude the doctrine of discovery. The early view appears to have required a certain degree of "civilization"; see, for example, L. Oppenheim, ed., *The Collected Papers of John Westlake on Public International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 1914) at 145 (requiring "a native government capable of controlling white men or under which white civilization can exist"). Recent scholarship and caselaw suggest that the presence of nomadic tribes with some degree of political and social organization will preclude a territory from being regarded as *terra nullius*. See, for example, J. Crawford, *The Creation of States in International Law* (Oxford: Clarendon Press, 1979) at 176-81; and *Western Sahara Case*, [1975] I.C.J. Rep. 12 at 38-40.

⁵⁴See R.A. Williams, *The American Indian in Western Legal Thought: The Discourses of Conquest* (New York: Oxford University Press, 1990).

⁵⁵*Supra*, note 43 at 587.

⁵⁶*Ibid.* at 585.

⁵⁷*Ibid.* at 577.

⁵⁸*Ibid.* at 573.

⁵⁹*Ibid.* at 589.

existing patterns of land holdings.⁶⁰ In rejecting this line of reasoning, Marshall C.J. stated the following:

[T]he tribes of Indians inhabiting this country were fierce savages, whose occupation was war, and whose subsistence was drawn chiefly from the forest. To leave them in possession of their country, was to leave the country a wilderness; to govern them as a distinct people, was impossible, because they were as brave and as high spirited as they were fierce, and were ready to repel by arms every attempt on their independence.⁶¹

In light of this difference between native people and other conquered peoples, "[the] law which regulates ... the relations between the conqueror and conquered, was incapable of application."⁶² In its place, Marshall C.J. invoked the doctrine of discovery, arguing that,

if the principle has been asserted in the first instance, and afterwards sustained; if a country has been acquired and held under it; if the property of the great mass of the community originates in it, it becomes the law of the land, and cannot be questioned.⁶³

As a result, the discovering nation was exclusively entitled to assert territorial sovereignty over the indigenous population and to acquire rights in the land from that population in accordance with domestic laws governing land transfers. In Marshall C.J.'s own words, "[t]he exclusion of all other Europeans, necessarily gave to the nation making the discovery the sole right of acquiring the soil from the natives, and establishing settlements upon it."⁶⁴ Thus the doctrine of discovery established a priority among European nations as to acquisition of native land. It was but a short leap to conclude that discovery therefore affected the power of native people "to dispose of the soil at their own will, to whomsoever they pleased."⁶⁵

The interplay of native difference and similarity underpinning the assertion of sovereignty over native people will be assessed in Part III of this article.⁶⁶ What is of present concern is the distinction between territorial sovereignty and title to land. For it was one thing to recognize that the doctrine of discovery entitles the discovering nation to assert sovereignty over native people and an exclusive right to acquire native land from native people as against other Euro-

⁶⁰English law, for example, provided that local laws, except in the case of incompatibility with the change of sovereignty or subsequent legislative developments, remain in force: see, e.g., *Blankard v. Galdy* (1693), Holt K.B. 341; see generally K. McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (Oxford: Clarendon Press, 1989) at 110-16 and sources cited therein; and B. Slattery, "The Independence of Canada" (1983) 5 Sup. Ct L. Rev. 369 at 384-90.

⁶¹*Johnson, supra*, note 43, at 590.

⁶²*Ibid.* at 591.

⁶³*Ibid.* at 591.

⁶⁴*Ibid.* at 573.

⁶⁵*Ibid.* at 574.

⁶⁶See also *infra*, notes 118-20 and accompanying text.

pean nations and that this right of acquisition affects the freedom of native people to alienate their lands to third parties. It was another to conclude that discovery actually vests underlying title to land in the discoverer as against the original inhabitants of the land. Adhering to the former entails only that the sovereign power is authorized to obtain ownership of the land over which sovereignty is asserted in accordance with its domestic laws governing title to land and ownership of real property. Although his judgment occasionally appears to acknowledge the difference between territorial sovereignty and title to land,⁶⁷ Marshall C.J. unfortunately blurred the distinction⁶⁸ in his enlistment of the royal prerogative as further support for his conclusion that the federal government had valid title to the land in question. He referred to "the theory of the British constitution," which, in his words, provides that "all vacant lands are vested in the crown, as representing the nation; and the exclusive power to grant them is admitted to reside in the crown, as a branch of the royal prerogative."⁶⁹ English constitutional theory, according to Marshall C.J., made "no distinction ... between vacant lands and lands occupied by Indians;"⁷⁰ title to both was vested in the Crown. Since title to land vested in the Crown, it could not vest with the indigenous populations: "[a]n absolute title to lands cannot exist, at the same time, in different persons, or in different governments."⁷¹ In Marshall's view, since title to vacant land and lands occupied by native peoples vests with the Crown, the Crown is entitled to grant such lands to third parties. Marshall C.J. was thus able to characterize the Indian interest in land as "a right of occupancy," subject to the absolute power of the Crown to extinguish that right.⁷²

Johnson thus built on Marshall C.J.'s preliminary description in *Fletcher v. Peck* of the native interest in land to be a right of occupancy. In *Johnson*, Marshall C.J. held that the combined effect of the doctrine of discovery and the Crown prerogative was to confer on the discovering nation not only territorial sovereignty but also title to land. With respect to the doctrine of discovery,

⁶⁷Marshall C.J., for example, states:

If the discovery be made, and possession of the country be taken, under the authority of an existing government, which is acknowledged by the emigrants, it is supposed to be equally well settled, that the discovery is made for the whole nation, that the country becomes a part of the nation, and that the vacant soil is to be disposed of by that organ of government which has the constitutional power to dispose of the national domains, by that organ in which all vacant territory is vested by law (emphasis added, *Johnson*, *supra*, note 43 at 595).

⁶⁸Others have made this point as well. See McNeil, *supra*, note 60 at 228-29 & 245-46; Berman, *supra*, note 43. See also Johnson J.'s dissent in *Fletcher v. Peck*, *supra*, note 43 at 147 ("All the restrictions upon the right of soil in the Indians, amount only to an exclusion of all other competitors from their markets").

⁶⁹*Supra*, note 43 at 595.

⁷⁰*Ibid.* at 596.

⁷¹*Ibid.* at 588.

⁷²*Ibid.*

native difference was relied on to support the conclusion that title to land vested with the discovering nation, insofar as native difference made the application of the law of conquest – which would have resulted in the continuation of pre-existing property entitlements – impossible. Yet with respect to the Crown prerogative, native difference was ignored to support the same conclusion. Marshall C.J. was unwilling to acknowledge any difference between native people and nonnative people which might justify special treatment with respect to the Crown prerogative. Invoking the royal prerogative to support the conclusion that the Crown possesses title to native land treats native people as if they were British subjects, and ignores the fact that native people were original inhabitants of the land in question and that such land was not in fact vacant. Marshall C.J., in other words, simultaneously denied and accepted native difference to support the assertion of Crown title to native lands.

In the third case of the trilogy, *Worcester v. Georgia*,⁷³ Marshall C.J. retreated from his earlier view that discovery vests underlying title to native lands in the state, preferring instead the more cautious view that discovery only creates an exclusive right to acquire native lands as against other nations. In *Worcester*, at issue was the validity of a notorious set of Georgia statutes, which sought to assume jurisdiction over the Cherokee Nation by annexing Cherokee lands, thereby violating federal treaties entered into with the Cherokee and annulling the Cherokee constitution and laws. One statute required white persons to obtain permission of the state before entering Cherokee territory. Samuel Worcester, a missionary from Vermont, was arrested for failing to obtain state authorization. Worcester challenged the Georgia statute on the basis that it was contrary to the U.S. Constitution and treaties and laws of the federal government. In his reasons for judgment, Marshall C.J. recanted the view that discovery yields title, stating that “[i]t is difficult to comprehend ... that the discovery ... should give the discoverer rights in the country discovered, which annulled the pre-existing rights of its ancient possessors.”⁷⁴ Instead, discovery yields only the exclusive right to acquire title. This restatement of the effect of discovery led Marshall C.J. to a more subdued interpretation of the *Royal Proclamation of 1763*,⁷⁵ which he had interpreted in *Johnson* to be an assertion of title as

⁷³*Supra*, note 43.

⁷⁴*Ibid.* at 543.

⁷⁵Reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. I [hereinafter *Royal Proclamation*]. The *Royal Proclamation* asserted sovereignty over territory claimed by Britain, and prohibited the granting of unceded Indian lands by colonial governments, the settlement of unceded Indian lands by British subjects, and the purchase of unceded Indian lands by private individuals. The Proclamation also established a system of public purchases for the extinguishment of Indian title. For analysis and commentary, see B. Slattery, “The Hidden Constitution: Aboriginal Rights in Canada” (1984) 32 *Am. J. Comp. Law* 361 at 368-72; G.S. Lester, *The Territorial Rights of the Inuit of the Canadian Northwest Territories: A Legal Argument* (D. Jur. Thesis, York University, 1981) [unpublished]; B. Slattery, *The Land Rights of Indigenous Canadian Peoples, as Affected by the Crown's Acquisition*

against native people rendered lawful by principles of Crown prerogative. In *Worcester*, Marshall C.J. instead viewed the *Royal Proclamation* as asserting a title against Europeans only and reserving the right to acquire land from native people solely to the Crown. Speaking more generally of the protection offered by the Crown to native nations, Marshall C.J. stated:

The Indians perceived in this protection only what was beneficial to themselves — an engagement to punish aggressions on them. It involved, practically, no claim to their lands, no dominion over their persons. It merely bound the nation to the British crown, as a dependent ally, claiming the protection of a powerful friend and neighbour, and receiving the advantages of that protection, without involving a surrender of their national character.⁷⁶

Marshall C.J. went on to hold that “[t]he Indian nations ha[ve] always been considered as distinct, independent political communities, retaining their original natural rights, as the undisputed possessors of the soil.”⁷⁷ Thus, when the Crown transferred to the colony of Georgia the rights and powers it possessed in relation to Cherokee land, “the crown could not be understood to grant what the crown did not affect to claim; nor was it so understood.”⁷⁸ Furthermore, jurisdiction over the Cherokee was transferred to the federal government upon confederation of the American states. In Marshall C.J.’s view, state laws such as the Georgia statute in question could not apply within Indian territory at all.⁷⁹

Worcester represents the capstone judgment in a bold vision of aboriginal title not only because Marshall C.J. was prepared to acknowledge the political independence of the Cherokee nation from state law, but also because he laid down general principles governing the jurisdiction of the federal government. According to Marshall C.J., the relationship between the Cherokee nation and

of Their Territories (Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1979) [hereinafter *Land Rights of Indigenous Canadian Peoples*].

⁷⁶*Worcester*, *supra*, note 43 at 552.

⁷⁷*Ibid.* at 559.

⁷⁸*Ibid.* at 545.

⁷⁹In Marshall C.J.’s words, *ibid.* at 561:

The Cherokee nation, then, is a distinct community occupying its own territory, with boundaries accurately described, in which the laws of Georgia can have no force, and which the citizens of Georgia have no right to enter, but with the assent of the Cherokees themselves, or in conformity with treaties, and with the acts of congress. The whole intercourse between the United States and this nation, is, by our constitution and laws, vested in the government of the United States.

The state of Georgia refused to acknowledge the validity of the judgment in *Worcester v. Georgia*, and federal authorities did not attempt to enforce the ruling. See J. Burke, “The Cherokee Cases: A Study in Law, Politics, and Morality” (1969) 21 *Stanford L. Rev.* 500. The Cherokee were subsequently expelled from Georgia, resulting in a mass exodus of an estimated 17,000 people. About 4,500 people died in the walk. See G. Jahoda, *The Trail of Tears* (New York: Holt Rinehart & Winston, 1975).

the federal government was one of association, with the right of self-government intact:

The settled doctrine of the law of nations is, that a weaker power does not surrender its independence — its right to self-government — by associating with a stronger, and taking its protection. A weak state, in order to provide for its safety, may place itself under the protection of one more powerful, without stripping itself of the right of government, and ceasing to be a state.⁸⁰

Grounding this association in treaties entered into by the Cherokee nation with the federal government, Marshall C.J. held that such an association engendered a duty on the part of the federal government to act as the guardian of native interests.⁸¹

Chief Justice Marshall's vision of the nature of the native proprietary interest in *Worcester* contains the seeds for a common law of aboriginal title that would facilitate the development of native self-government. By acknowledging the error of his ways in *Johnson*, where he concluded that the doctrine of discovery and the Crown prerogative vested title to native land in the Crown, Marshall C.J. in *Worcester* reconceptualized the native proprietary interest as an entitlement not dependent on a prior grant from the Crown; in fact, he openly accepted the fact that the native interest arose prior to any interest on the part of the "discovering" nation. Discovery, properly understood, vests only the exclusive right to acquire title from native people as against other potential nations. This holding is critical to the development of a set of principles governing the common law of aboriginal title that would facilitate the realization of self-government, for it challenges the assumption that the Crown holds underlying title to native land, and instead suggests that Crown regulation or extinguishment of the native proprietary interest at common law cannot occur absent native consent. Such a formulation respects the fact that, in Chief Justice Marshall's view, "[a] weak state, in order to provide for its safety, may place itself under the protection of one more powerful, without stripping itself of the right of government."⁸² *Worcester* thus represents a moment of opportunity for the common law of aboriginal title to become an instrument of self-government. If the common law were to borrow from Marshall C.J.'s vision of the common law of aboriginal title implicit in *Worcester* and reject the assumption that the Crown holds underlying title to native land, the result would be a set of principles that acknowledges the fact that native people were the original inhabitants of the

⁸⁰*Supra*, note 43 at 561.

⁸¹Compare *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831) at 12, where a majority of the Court, per Marshall C.J., held that the Cherokee people constituted a state possessing political independence, with "their relation to the United States resembl[ing] that of a ward to his guardian."

⁸²*Supra*, note 43 at 561.

continent by requiring native consent to Crown regulation or extinguishment.⁸³ Such a formulation would result in the inclusion of native peoples in the exercise of executive action that affects their lives.

B. *The Canadian Framework*

The Marshall vision of native proprietary rights strongly influenced Canadian developments.⁸⁴ Yet by adopting an extremely thin version of the Marshall vision, English and Canadian courts have constructed a set of proprietary entitlements for native people which has the effect of entrenching a hierarchical relationship between native people and the Crown. Instead of viewing native people as enjoying underlying title to ancestral lands with discovery vesting a mere right to acquire native title, Canadian courts assume that underlying title vests in the Crown and that as a result aboriginal title can be extinguished by the Crown absent native consent and absent any compensatory obligation. Unlike Chief Justice Marshall, who first articulated this view of native proprietary interests in *Johnson* but who soon realized its flaws in *Worcester*, Cana-

⁸³Although Marshall C.J.'s judgment is strongly suggestive of a more expansive definition of native property entitlements beyond a right to occupancy at the mercy of the federal government, one which would include limits on the government's authority to extinguish native title absent consent, the United States Supreme Court subsequently determined that the power of Congress to extinguish Indian title is supreme. See *United States v. Santa Fe Pacific Ry*, 314 U.S. 339 (1941) and *Buttz v. Northern Pacific Ry*, 119 U.S. 55 (1886). In *U.S. v. Wheeler*, 435 U.S. 313 (1978) at 323, for example, it was stated:

The sovereignty that the Indian tribes retain is of a unique and limited character. It exists only at the sufferance of Congress and is subject to complete defeasance. But until Congress acts, the tribes retain their existing sovereign powers. In sum, Indian tribes still possess those aspects of sovereignty not withdrawn by treaty or statute, or by implication as a necessary result of their dependent status.

In the case of ambiguity, there must be a "clear and plain indication" that extinguishment was intended; otherwise Indian title continues: see *Lipan Apache Tribe v. United States*, 180 Ct. Cl. 487 (1967) (U.S.S.C.) at 492. Upon extinguishment, however, the native interest is not a compensable property right unless Congress had unambiguously "recognized" a native right of permanent occupancy. Absent such recognition, Congress is entitled to extinguish the native interest in reserve lands or unsurrendered lands absent consent and without any corresponding obligation to provide compensation for such actions. See *Tee-Hit-Ton Indians v. U.S.* 348 U.S. 272 (1955). For critical commentary, see McNeil, *supra*, note 60 at 259-64; I. Harvey, "Constitutional Law: Congressional Plenary Power Over Indian Affairs — A Doctrine Rooted in Prejudice" (1982) 10 Am. Indian L. Rev. 117; S. Bloxham, "Aboriginal Title, Alaskan Native Property Rights and the Case of the Tee-Hit-Ton Indians" (1980) 8 Am. Indian L. Rev. 299; N. Jessup Newton, "At the Whim of the Sovereign: Aboriginal Title Reconsidered" (1980) 31 Hastings L.J. 1215. For a general overview of U.S. federal law over Indian affairs, see R. Ericson & D.R. Snow, "The Indian Battle for Self-Determination" (1970) 58 Cal. L. Rev. 445 and D.G. Kelly, "Indian Title: The Rights of American Indians in Lands They Have Occupied Since Time Immemorial" (1975) 75 Columbia L. Rev. 655.

⁸⁴For an overview, see J. Hurley, "Aboriginal Rights, the Constitution, and the Marshall Court" (1982-83) 17 R.J.T. 403; see also N. H. Mickenberg, "Aboriginal Rights in Canada and the United States" (1971) 9 Osgoode Hall L.J. 119.

dian jurisprudence has failed to acknowledge the fact that discovery ought to establish rights as against other potential discoverers but not against the original inhabitants of the land, save an exclusive right of acquisition.

In an early case indirectly involving native title, *St. Catherines Milling and Lumber Co. v. R.*,⁸⁵ the Privy Council assumed the responsibility of delineating the nature of the native interest at common law in lands not surrendered by treaty to the Crown. The issue arose in the context of a dispute between Ontario and the federal government over the legality of a logging permit issued by the federal government to St. Catherines Milling. The federal government argued that it possessed the authority to issue a permit because it obtained title to the land in question by virtue of a treaty it entered into with the Ojibway nation in 1873, in which the Ojibway people agreed to “cede, release, surrender, yield up, transfer and relinquish” specified lands to the Crown forever in return for the recognition of limited hunting and fishing rights and reserve lands, among other benefits. The federal government also relied on s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*⁸⁶, which gives exclusive jurisdiction to Parliament over “Indians, and Lands reserved for the Indians.” The province argued that it possessed underlying title to the land in question by virtue of s. 109 of the *Constitution Act, 1867*, which provides that all lands belonging to the province at the time of Confederation continue to belong to the province. In dismissing the federal government’s arguments under s. 91(24), Lord Watson distinguished between the federal right to legislate with respect to native land and provincial proprietary rights. Under s. 91(24) the federal government is entitled to enter into treaties with respect to native land and to extinguish native title. Should native people be divested of their proprietary interest in land, however, title to the land remains with the provincial Crown by virtue of s. 109 of the *Constitution Act, 1867*.

In so holding, Lord Watson made reference to the nature and extent of the native interest in terms similar to those articulated by Marshall C.J. in *Johnson*. Lord Watson spoke of a “personal and usufructory right” attaching to native people with respect to unsurrendered land, “dependent on the good will of the sovereign.”⁸⁷ This “usufructory right” is a right of use and possession subject to surrender to or extinguishment by the Crown. In Lord Watson’s view, the source of the native interest was the *Royal Proclamation*: “[t]heir possession, such as it was, can only be ascribed to the general provisions made by the royal proclamation in favour of all Indian tribes then living under the sovereignty and protection of the British Crown.”⁸⁸ The text of the *Royal Proclamation*, according to Lord Watson, made it clear that occupancy rights were “dependent on the

⁸⁵(1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.) [hereinafter *St. Catherines Milling*].

⁸⁶*Supra*, note 11.

⁸⁷*Supra*, note 85 at 54.

⁸⁸*Ibid.*

good will of the sovereign.”⁸⁹ Yet his judgment implies that the same result would accrue in the absence of a proclamation: “there has been all along vested in the Crown a substantial and paramount estate, underlying the Indian title, which became a plenum dominium whenever that title was surrendered or otherwise extinguished.”⁹⁰ *St. Catherines Milling* thus assumes the dependent proprietary relationship which Chief Justice Marshall sought to justify in *Johnson*: namely, that notwithstanding the fact that native people were the original occupants of the lands, the Crown has underlying title and is entitled to extinguish the native interest without native consent. Lord Watson is unclear as to the source of this dependency: on the one hand he implies that it is a function of the *Royal Proclamation*; on the other he implies that it is embedded in the common law. In either case, the result is that property law imagines the Crown to hold underlying title to Indian land and the native relation to land to be “dependent on the good will of the sovereign.”⁹¹

That this is the case was borne out by the famous split decision of the Supreme Court of Canada in *Calder v. A.G.B.C.*⁹² *Calder* involved an action brought by members of the Nishga tribe on the coast of British Columbia requesting a declaration that their title to certain lands in the province had never been lawfully extinguished. Despite the fact that the Nishga people had not surrendered the lands in question by treaty, the provincial Crown had made numerous grants with respect to the lands for development purposes: mining, petroleum exploration, tree farming, and forestry and fee simple grants. The Nishga people claimed that they possessed aboriginal title to the land either by virtue of the fact that they had been occupants “from time immemorial” or in the alternative because of the *Royal Proclamation*. The Court dismissed the native claim, with Pigeon J.’s narrow holding relating to Crown fiat carrying the day.⁹³ The other members of the Court were split on the question of extinguishment of title. Judson J., with whom Martland and Ritchie JJ. concurred, argued that whatever interest the Nishgas may have had at common law, it had been extinguished by legislation and proclamation prior to British Columbia’s joining Confederation. Referring to U.S. cases which rely on the Marshall trilogy for the proposition that “the exclusive right of the United States to extinguish Indian title has never been doubted,”⁹⁴ Judson J. was quick to conclude that in

⁸⁹*Ibid.*

⁹⁰*Ibid.* at 55.

⁹¹*Ibid.* at 54. For further discussion, see McNeil, *supra*, note 60 at 272-74; see also K. McNeil, “The Temagami Indian Land Claim: Loosening the Judicial Straightjacket” in M. Bray & A. Thomson, eds, *Temagami: A Debate on Wilderness* (Toronto: Dundurn Press, 1990).

⁹² [1973] S.C.R. 313, 34 D.L.R. (3d) 145 [hereinafter *Calder* cited to S.C.R.].

⁹³Pigeon J. argued that access to the Court for the determination of the Nishga’s claim was barred by sovereign immunity from suit without a fiat granted by the Lieutenant Governor of British Columbia pursuant to the *Crown Procedure Act*, R.S.B.C. 1960, c. 89.

⁹⁴*Supra*, note 92 at 334-35, quoting *United States v. Santa Fe Pacific Ry.*, *supra*, note 83.

the present case “the sovereign authority elected to exercise complete dominion over the lands in question, adverse to any right of occupancy which the Nishga Tribe might have had, when, by legislation, it opened up such lands for settlement, subject to the reserves of land set aside for Indian occupation.”⁹⁵ Compensation, in Judson J.’s view, is owed only when there is a “statutory direction to pay” — when, in other words, the legislature so decides.⁹⁶

Justice Hall wrote a powerful dissent, concurred in by Spence and Laskin JJ., in which he argued that Nishga title was not extinguished by colonial proclamations and legislative enactments.⁹⁷ Reacting against the tenor of historical documentation which imagined native people to be “in effect a subhuman species,”⁹⁸ Justice Hall sought to expand the nature of the Indian proprietary interest within the confines established by *St. Catherines Milling* and the Marshall trilogy. Rather than claiming the source of the native interest to be the *Royal Proclamation*, which he saw as governing Nishga land but “declaratory” of their rights, Hall J. rooted the native interest in the common law of property and invoked the common law principle that “[p]ossession is of itself at common law proof of ownership.”⁹⁹ The evidence clearly established that the Nishga people were *prima facie* “owners of the lands that have been in their possession from time immemorial.”¹⁰⁰ Yet Hall J. nevertheless appeared to accept that the Crown possesses underlying title to Indian land to the extent that he referred to, and seemingly accepted, the fact that the Nishgas did “not deny the right of the Crown to dispossess them.”¹⁰¹ In his view, the native interest in land could lawfully be extinguished by legislation absent consent and presumably absent compensation, yet would require a legislative intention to extinguish Indian title to be “clear and plain.”¹⁰² Absent a clear expression of intent, native title would continue to exist. His acceptance of an underlying Crown title to native lands appears to contemplate the further possibility of executive extinguishment as well.

Unlike Lord Watson in *St. Catherines Milling*, both Judson and Hall JJ. were willing to imagine native property rights as potentially rooted in the com-

⁹⁵*Ibid.* at 344.

⁹⁶*Ibid.* at 343.

⁹⁷For a similar view, see W.H. McConnell, “The Calder Case in Historical Perspective” (1974) 38 Sask. L. Rev. 88. See also K. Lysyk, “The Indian Title Question in Canada: An Appraisal in the Light of Calder” (1973) 51 Can. Bar Rev. 450.

⁹⁸*Supra*, note 92 at 346.

⁹⁹*Ibid.* at 368.

¹⁰⁰*Ibid.* at 375.

¹⁰¹The Nishgas advanced the proposition that the native proprietary interest is “a right to occupy the lands and to enjoy the fruits of the soil, the forest and of the rivers and streams which does not in any way deny the Crown’s paramount title as it is recognized by the law of nations” (*ibid.* at 352).

¹⁰²Quoting Davis J. in *Lipan Apache v. United States*, *supra*, note 83.

mon law and therefore not solely dependent on the terms of the *Royal Proclamation*. Judson J. was willing to entertain the possibility that native title existed independently of the *Royal Proclamation*, for he was of the view that the nature of such title would in any event permit the sovereign to extinguish it without compensation or consent, and that such extinguishment had occurred in the present case.¹⁰³ Hall J., on the other hand, reasoned that the native interest was not limited to the reach of the *Royal Proclamation* and instead rested on the fact of original possession, and that the native interest in the present case had not been extinguished by state action. Yet despite this difference, both judgments remain true to the relationship of dependence enshrined in the legal categories which structure native interests in land. Judson J. is explicit that any property rights native people may enjoy are contingent on the discretion of the Crown, and that the Crown is entitled to extinguish native interests at any time without consent and without compensation. Hall J. adopts a similar framework of understanding to the extent that he envisages that the Crown or a legislature is entitled to extinguish absent consent and compensation as long as it expresses a clear intent to do so. While Hall J. is sympathetic to native forms of life, neither of them questions that executive or legislative action can extinguish what permits these forms of life to flourish: native use and enjoyment of land.

C. Recent Developments

Hall J.'s dissenting judgment is an illustration of how judicial attempts to ameliorate the proprietary position of native peoples that do not question the legitimacy of the hierarchical relationship built into the structure of the proprietary interest simply reproduce the dependency in a new form. Another case which powerfully illustrates this dilemma is the landmark judgment of *Guerin*,¹⁰⁴ where the Supreme Court of Canada held the federal Crown liable for breach of a fiduciary obligation owed to the Musqueam Indian band with respect to the leasing of reserve land. Provisions in the *Indian Act* governing the use and enjoyment of reserve land codify aspects of the native property interest at common law, namely, that natives enjoy full use and enjoyment of reserve land subject to regulation or extinguishment by the Crown.¹⁰⁵ Moreover, native people are precluded from alienating reserve land to anyone other than Crown representatives.¹⁰⁶ In *Guerin*, the band had surrendered a portion of its reserve land to the Crown so that it could be leased to third parties as a golf club. The

¹⁰³Complicating *Calder* was the fact that the Crown's proclamations and ordinances at the time had legislative force in the colony.

¹⁰⁴*Supra*, note 35. For commentary, see R.H. Bartlett, *Indian Reserves and Aboriginal Lands in Canada: A Homeland* (Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1990) at 194-204; D.P. Emond, "Case Comment: *Guerin v. R.*" (1986) 20 E.T.R. 61; and J. Hurley, "The Crown's Fiduciary Duty and Indian Title: *Guerin v. R.*" (1985) 30 McGill L.J. 559.

¹⁰⁵*Indian Act*, s. 18.

¹⁰⁶*Ibid.* s. 37.

Crown in turn leased the land to the third party on terms which were not as attractive as those the band had been led to believe it would receive upon surrender. In finding for the Indian band, Dickson J. (as he then was), for a majority of the Court held that the Crown is under a fiduciary obligation with respect to the Musqueam band to deal with the surrendered lands for the benefit of the band.¹⁰⁷ He also made more explicit the source and nature of aboriginal title. As for the source of native title, Dickson J. affirmed what both Justice Hall and Justice Judson appeared to acknowledge in *Calder*, and held that "aboriginal title existed in Canada (at least where it has not been extinguished by appropriate legislative action) independently of the Royal Proclamation."¹⁰⁸ As for the nature of native title, Dickson J. referred to Chief Justice Marshall's conclusion in *Johnson* that discovery gave ultimate title to European discoverers and reduced the native interest in land to occupancy and possession, alienable only to the Crown. The nature of the native interest was such that it called for the recognition of a fiduciary relationship between native people and the Crown. More specifically, the reason for the existence of a fiduciary obligation on the part of the Crown is that "the Indian interest in the land is inalienable except upon surrender to the Crown."¹⁰⁹ Due to the fact that "the relative legal positions are such that one party is at the mercy of the other's discretion,"¹¹⁰ Dickson J. was of the view that certain obligations attached to the Crown by virtue of its superior position.¹¹¹

Guerin deserves to be recognized for advancing the cause of First Nations by its willingness to subject the exercise of Crown authority to judicial review. The attachment of fiduciary obligations on the Crown in its dealings with native lands ensures that native interests will be respected and protected by the Crown in its dealings with third parties. Yet *Guerin*, by not questioning the hierarchical relationship inherent in the property interest created by the common law, simply reproduces native dependency in a new form. Justice Dickson's judgment, premised on the proposition generated by Marshall C.J. in *Johnson* that the Crown enjoys underlying title to native land, accepts the hierarchical relation

¹⁰⁷Wilson J. was of the view that an express trust was established upon surrender. Estey J. would have relied on agency law to reach a similar conclusion.

¹⁰⁸*Guerin*, *supra*, note 35 at 377. In so holding, Dickson J. concluded that the native interest in the land would be the same if the land in question was not reserve land but rather traditional tribal lands. For a criticism of this holding, see Bartlett, *supra*, note 104. See also McNeil, *supra*, note 60 at 286-88.

¹⁰⁹*Ibid.* at 376.

¹¹⁰Quoting E. Weinrib, "The Fiduciary Obligation" (1975) 25 U.T.L.J. 1 at 7.

¹¹¹For the intimation that fiduciary obligations attach to the provincial, as well as the federal, Crown, see Dickson C.J.'s concurring judgment in *Mitchell and Milton Management Ltd. v. Peguis Indian Band et al.*, [1990] 2 S.C.R. 85 at 109, 71 D.L.R. (4th) 193 [hereinafter *Peguis* cited to S.C.R.] ("[f]rom the aboriginal perspective, any federal-provincial divisions that the Crown has imposed on itself are internal to itself and do not alter the basic structure of Sovereign-Indian relations").

created by the recognition of underlying Crown title, and proposes to rein in the unbridled authority that ensues to the stronger party as a result by the attachment of legal duties attendant upon the exercise of such power. A fiduciary relationship by its very nature assumes a hierarchical relationship, in that "one party is at the mercy of the other's discretion."¹¹² By seeking to ameliorate some of the adverse consequences that flow from the establishment of a legal relationship of inequality, however, *Guerin* leaves intact the underlying hierarchical relation between the Crown and First Nations in the context of property entitlements. In so doing, and despite its intentions to the contrary, *Guerin* frustrates rather than facilitates the quest for a greater degree of self-government for Canada's First Nations.

D. Summary: The Myth of Crown Title

Property law, as a frame of reference that structures the relationship between native peoples and land, consists of a set of legal categories specific to native people which produces a relationship of dependence by native people on the Canadian state. Native people are restricted to use and enjoyment of unsundered or reserve land, and are precluded from personally alienating their lands to third parties. Premised on the assumption that the Crown holds underlying title to native lands and thereby enjoys the right to unilaterally extinguish native title, the common law of aboriginal title accepts the fact that one party is at the mercy of the other's discretion. Reformist impulses, as evidenced by Dickson J.'s judgment in *Guerin*, which do not openly question the legitimacy of an entrenched position of authority for the Crown, simply reproduce the dependency in a new form. The attachment of a fiduciary obligation only offsets some of the adverse side-effects of a hierarchical relationship and does not eliminate the fact that native peoples' interests in land are imagined in law as dependent on the will of the Crown. The principles that work to preserve this relationship of dependency have been supported and sustained by a vision of native people as both different than and similar to nonnative people. Native difference supports the extension of the doctrine of discovery to vest title in land in the "discovering" nation. Yet native similarity supports the proposition that native people hold property only by grant from the Crown. The result is a set of legal categories which resist calls for self-government, permits the Crown to extinguish native interests in land without native consent, and perpetuates a legal state of dependence by native people on the mercy and good will of the Canadian state.

The common law of aboriginal title represses the fact that native people were the original inhabitants of North America. Founded on a fatal misreading of the doctrine of discovery, the common law of aboriginal title assumes that the

¹¹²*Supra*, note 110.

Crown holds underlying title to native land. Anglo-Canadian property law extended the "English law fiction...that all lands in the realms were originally possessed, and accordingly owned, by the Crown,"¹¹³ to the Canadian context by reference to and reliance on the doctrine of discovery. Yet, as originally formulated, the doctrine of discovery vests in the discovering country territorial sovereignty and a right to priority of acquisition as against subsequent arrivals. Territorial sovereignty does not necessarily entail sovereign ownership of the land in question. Questions surrounding land ownership are to be resolved by reference not to international law but to domestic property law. As Kent McNeil has persuasively argued, the English common law of property does not support the notion of underlying Crown title; instead, in the absence of conquest, it suggests that title does not lie with the Crown unless it was made the subject of a treaty.¹¹⁴

Revising the common law of aboriginal title to provide that the Crown does not possess underlying title to native lands would result in a significant shift in the way in which the law structures and makes sense of native reality. The assumption of Crown title is central to Anglo-Canadian ways of understanding property relations between individuals and the state. Borrowed from feudal notions governing the relation between landholders and the English Crown, the fiction of underlying Crown title has worked to legitimate the distribution of land holdings in the settlement of Canada. Yet, in the words of Chief Justice Marshall in *Worcester*, "the crown could not be understood to grant what the crown did not affect to claim."¹¹⁵ Similar recognition of the myth of Crown title can be found in Justice Wilson's concurring judgment in *Guerin*. Unlike Dickson J., who was fully comfortable with the proposition that "[a]ll our institutions recognize the absolute title of the Crown,"¹¹⁶ Wilson J. exhibited less enthusiasm for the proposition that the Crown has an unfettered right of extinguishment. In her view,

[t]he bands do not have the fee in the lands; their interest is a limited one. But it is an interest which cannot be derogated from or interfered with by the Crown's utilization of the land for purposes incompatible with the Indian title, unless, of course, the Indians agree.¹¹⁷

In order to lend legitimacy to the fact that native people were the first inhabitants and occupants of this country, the common law of aboriginal title

¹¹³McNeil, *supra*, note 60 at 11.

¹¹⁴McNeil demonstrates that the Crown at best is lord paramount over lands subject to common law aboriginal title. Thus the Crown is entitled to grant a lordship to a third party, but such a grant would not affect the fee simple title native people possess by virtue of their occupation. *Ibid.* at 193-243. See also McNeil, "The Temagami Indian Land Claim: Loosening the Judicial Straight-jacket", *supra*, note 91 at 213-70.

¹¹⁵*Supra*, note 43 at 545.

¹¹⁶*Supra*, note 35 at 380, quoting Marshall C.J. in *Johnson v. M'Intosh*, *supra*, note 43 at 588.

¹¹⁷*Ibid.* at 349.

ought to embrace Marshall C.J.'s vision of the relationship between native people and the Crown in *Worcester*, expand upon Justice Wilson's requirement of native consent, and reimagine proprietary relationships between the Crown and Canada's First Nations. The myth that the Crown possesses underlying title to native lands ought to be abolished. If the Crown wishes to put native lands to nonnative use either by regulating or extinguishing native use and enjoyment, then native consent must be obtained. The requirement of native consent would have the effect of transforming traditional Anglo-Canadian understandings of property ownership, which perpetuate a state of dependence by native people on the good will of the Crown. It would also enable native people to begin to have greater control over their individual and collective relationships to their ancestral land and to influence executive action that affects their needs and interests.

III. The Distribution of Legislative Authority

When the Fathers of Confederation in 1867 agreed to the principles enshrined in the *Constitution Act, 1867*, there was no question among those responsible for Confederation that the Dominion of Canada would exercise legislative jurisdiction over Canada's First Nations. The assertion of jurisdiction over native peoples by Canada conformed to dominant understandings of international law principles governing the acquisition of territorial sovereignty in the face of an indigenous population. As described previously,¹¹⁸ it was widely accepted among colonial powers that territorial sovereignty over vacant lands vested with the discoverer as against subsequent arrivals. With respect to occupied lands, sovereignty could only be acquired through conquest or cession. Yet, despite the presence of indigenous populations, international law and European nations treated the North American continent as vacant. Territorial sovereignty could be asserted without resort to conquest or treaty. British settlement was sufficient to acquire sovereignty over lands not controlled by a competing colonial power, and British sovereignty over lands settled by other European powers was obtained through conquest or cession, as was the case with New France and the *Treaty of Paris* in 1763.¹¹⁹ Perhaps to eliminate any doubt, the *Royal Proclamation* of the same year asserted territorial sovereignty over lands populated by the indigenous population of North America.¹²⁰ Thus, when more than a hun-

¹¹⁸See *supra*, notes 50-53 and accompanying text.

¹¹⁹In the *Treaty of Paris*, France ceded all its remaining territories in Canada to the British Crown, as well as its territories east of the Mississippi River. In the same treaty, Britain also acquired territorial sovereignty over Florida from Spain.

¹²⁰The *Royal Proclamation* stated the following: "And We do further declare it to be Our Royal Will and Pleasure, for the present as aforesaid, to reserve under our Sovereignty, Protection, and Dominion, for the use of the said Indians, all the Lands and Territories not included within the Limits of our said Three new Governments [Quebec, East Florida, and West Florida], or within the Limits of the Territory granted to the Hudson's Bay Company, as also all the Lands and Territories

dred years later the British Parliament passed the *Constitution Act, 1867* and carved out a sphere of legislative authority for a newly-created federal government for its Canadian colonies, Crown sovereignty over Canada's First Nations was never in question.

As is evident from Chief Justice Marshall's judgment in *Johnson*, the assertion of territorial sovereignty over lands populated by native peoples of North America was supported by a rhetoric of justification which imagined native people as different than, and inferior to, European settlers. North America was deemed vacant despite the presence of an indigenous population on the basis that its native inhabitants were either heathens or insufficiently civilized to be worthy of the benefit of international law principles governing the acquisition of sovereignty over occupied territories. Native difference was seen as the justification for the assertion of territorial sovereignty without resort to conquest or cession. Native difference, in other words, provided the justification for treating native people the same as nonnative people, namely, as subjects of the Crown.

Nowhere in the jurisprudence devoted to the distribution of legislative authority between Parliament and provincial legislatures over aspects of native life is there any sustained examination of the legitimacy of the assertion of Canadian sovereignty over First Nations beyond the reasons alluded to by Chief Justice Marshall in *Johnson*. Working well within the boundaries of the Anglo-Canadian legal imagination, courts have never seriously questioned Canadian sovereignty over native people.¹²¹ Much like jurisprudence under the common law of aboriginal title, which vests in the Crown an underlying proprietary interest in native lands and which permits the Crown to regulate and extinguish native interests absent native consent, the law governing the distribution of legislative authority permits Parliament and provincial legislatures to pass laws regulating the life and culture of native people without native consent.¹²² Native consent is either assumed or deemed irrelevant in the law governing the distribution of authority over native people. The issue underlying every dispute relating to jurisdiction over matters pertaining to native people is not whether the

lying to the Westward of the Sources of the Rivers which fall into the [Atlantic Ocean] from the West and North West. ..."

¹²¹*Logan v. A.G. Canada* (1960), 20 D.L.R. (2d) 416, O.W.N. 361 (Ont. C.A.), is the only case to my knowledge which directly addresses this issue. In *Logan*, a member of the Six Nations Confederacy, composed of the Mohawk, Oneida, Onondaga, Cayuga, Seneca and Tuscarora nations, argued unsuccessfully that members of the Six Nations were not subjects of the Crown and therefore outside the reach of the *Indian Act*. In dismissing the argument, King J., at 442, argued that the Six Nations were once "faithful allies of the Crown" but became "loyal subjects of the Crown" by virtue of accepting reserve land from the Crown.

¹²²With the passage of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, the exercise of legislative authority must not interfere with "existing aboriginal or treaty rights;" see *infra*, notes 232-56 and accompanying text.

state has authority to regulate incidents of native title, but rather which level of government is entitled to regulate the matter in dispute. The underlying assumption is that native title is subject to legislative regulation and extinguishment. Principles governing relations between levels of government accept without question a relationship of sovereign and subject between the Canadian state and native peoples. The law governing the division of power over native people is thus premised on a hierarchical relationship between the state and native people, with the former enjoying sovereign power over the latter.

Acceptance and denial of native difference legitimate not only the assertion of legislative authority over native people but also the distribution of that authority between Parliament and provincial legislatures by the Canadian judiciary. The distribution of legislative authority is effected through a process of judicial interpretation that vacillates between a vision of native people as different than nonnative people and one which sees native people as similar to nonnative people. The boundary between federal and provincial jurisdiction over native people is identified by reference to native difference. The acceptance and denial of native difference work to determine the scope of federal and provincial sovereignty over native people and to maintain a hierarchical relationship between native people and the Canadian state.

A. *Federal Jurisdiction*

The starting point of the law relating to the distribution of power is s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, which confers on Parliament jurisdiction over "Indians, and Lands reserved for the Indians." Section 91(24) has been interpreted to authorize Parliament to single out native people, including Inuit peoples,¹²³ and treat them differently than nonnative people, and provides the constitutional authority for the *Indian Act* and other federal statutes which single out native people for special treatment. The *Indian Act* provides for the establishment of band councils and the management and protection of Indian lands and moneys, and defines certain Indian rights such as exemption from taxation in certain circumstances and entitlements to band membership and Indian status.

Parliament is also entitled to pass laws pursuant to other federal heads of power listed in the *Constitution Act, 1867* and treat native people the same as nonnative people. That federal legislation passed pursuant to a head of power other than s. 91(24) applies to native people is poignantly illustrated by *R. v.*

¹²³The judiciary has interpreted s. 91(24) to include Inuit peoples. See *Reference re Term "Indians"*, [1939] S.C.R. 104, 2 D.L.R. 417. It has yet to be determined whether s. 91(24) also refers to Metis people. See J. Woodward, *Native Law* (Toronto: Carswell, 1989) at 6. See also C. Chartier, "'Indian': An Analysis of the Term as Used in Section 91(24) of the British North America Act, 1867" (1977-79) 43 Sask. L. Rev. 37.

Derriksan,¹²⁴ which involved a dispute between a native person and fisheries officials. Derriksan was apprehended fishing in a certain area without a license, contrary to provincial regulations passed pursuant to the federal *Fisheries Act*.¹²⁵ Derriksan argued that he was exercising his common law aboriginal right to fish in the area. The Supreme Court of Canada had little time for the argument, dismissing it orally on the basis that even if Derriksan was correct in asserting an aboriginal right to fish in the waters in question, Parliament has jurisdiction to regulate aboriginal rights not only by virtue of s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* but also by virtue of its other heads of power in s. 91. The Court held the *Fisheries Act*, enacted pursuant to s. 91(12), to be applicable to native people despite the fact that it is not in relation to "Indians, and Lands reserved for the Indians." Thus Parliament is entitled to have its laws, passed under heads of power other than s. 91(24), applied to native people as well as nonnative people. Parliament, in other words, is entitled to ignore native difference and treat native people the same as nonnative people. It is also entitled, by virtue of s. 91(24), to pass laws which single out native people and treat native people differently than nonnative people.

As evidenced by the Court's cursory dismissal of Derriksan's claim that his right to fish could not be interfered with by federal legislation, principles designed to effect the distribution of authority between Parliament and provincial legislatures are founded on an unquestioned belief in the authority of Parliament, pursuant to either s. 91(24) or another source of federal power, to pass laws that affect First Nations without their consent. Judicial acceptance of federal authority over native people is based on the view that the *Constitution Act, 1867* authorizes Parliament to pass laws affecting native people and that, by implication, native people surrendered their sovereignty to the overarching authority of European monarchs upon the settlement of the continent. Yet the legitimacy of this assumption is never seriously questioned by those entrusted with distributing the legislative power entailed by the assertion of territorial sovereignty. Ultimately grounded on notions of native inferiority, the assertion of territorial sovereignty had the effect of subjecting native forms of self-government to the legislative authority of the colonies.

Continued reliance on the doctrine of discovery to ground the legitimacy of traditional understandings of s. 91 of the *Constitution Act, 1867*, however, is deeply problematic.¹²⁶ As illustrated by Chief Justice Marshall's reasons in *Johnson*, historical justifications for the assertion of territorial sovereignty are

¹²⁴(1976), 71 D.L.R. (3d) 159, 31 C.C.C. (2d) 575 (S.C.C.).

¹²⁵R.S.C. 1970, c. F-14 [hereinafter *Fisheries Act*], now R.S.C. 1985, c. F-14.

¹²⁶See B. Slattery, "Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims: Reconstructing North American History" (1991) 29 Osgoode Hall L.J. (forthcoming) for the view that "the premise that America was legally vacant when Europeans arrived cannot be justified either by reference to systems of conventional law or to natural law" (*supra* at 15 of manuscript).

based on unacceptable notions of native inferiority. The judiciary must begin to construct principles that accept the fact that native people did not surrender their sovereignty or pre-existing forms of government by the mere fact of European settlement. The law governing the distribution of legislative authority over native people ought to eliminate the interpretive obstacles currently in place that permit extensive federal regulation of native people absent native consent, and construct principles governing the distribution of authority to allow for the ability of native people themselves to pass laws governing their individual and collective lives. In Part V of this article, I argue that s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* authorizes and indeed requires such judicial action.¹²⁷ The remainder of this Part is devoted to describing how such a result can be achieved. Although it will be no easy task, it is not a wholly unfamiliar one for the judiciary. Principles constructed by the judiciary to police the boundaries of provincial jurisdiction over native people offer a useful doctrinal approach which, if deepened and extended to the federal sphere, could provide a model for judicial protection against the assertion of legislative authority over Canada's First Nations.

B. Provincial Jurisdiction

Embedded in the principles constructed by the judiciary to determine the scope of provincial jurisdiction over native people are the seeds of an approach which could facilitate the realization of First Nations self-government. Yet current efforts to carve out a space free from provincial legislative regulation are not justified by the need to preserve and promote native autonomy; instead, provincial laws of general application are read down solely to protect federal legislative authority over First Nations.¹²⁸ To this end, a province is not entitled to single out native people and treat them differently than nonnative people. Legislation to this effect would be in pith and substance legislation in relation to "Indians" and therefore *ultra vires* the province. This is illustrated by *R. v. Sutherland*,¹²⁹ in which the Supreme Court of Canada held that s. 49 of Manitoba's *Wildlife Act*¹³⁰ was *ultra vires* the province because it singled out and thus was a law in relation to native people. Lurking in the background of the case was a memorandum of agreement between the federal and provincial government designed to transfer from the federal government to the province all ungranted lands within the province.¹³¹ The memorandum of agreement stated that provincial fish and game laws would not apply to native people seeking to hunt and fish on unoccupied Crown lands or on lands on which native people had a right

¹²⁷See *infra*, text accompanying notes 232-57.

¹²⁸See B. Ryder, "The Demise and Rise of the Classical Paradigm in Canadian Federalism: Promoting Autonomy for the Provinces and First Nations" (1991) 36 McGill L.J. 308.

¹²⁹[1980] 2 S.C.R. 451, 113 D.L.R. (3d) 374.

¹³⁰R.S.M. 1970, c. W-140 [hereinafter *Wildlife Act*], now R.S.M. 1987, c. W-130.

¹³¹Para. 13 of the *Memorandum of Agreement Under the Manitoba Natural Resources Act*, S.M. 1930, c. 30, S.C. 1930, c. 29, 1930 (U.K.) 20-21 Geo. V, c. 26.

of access. Section 49 of Manitoba's *Wildlife Act* deemed a huge amount of Crown land to be occupied, thereby eliminating the authority which the memorandum of agreement gave to native people to hunt and fish on the land in question. In the Court's view, provincial jurisdiction over property and civil rights does not entitle a province to single out native people and treat them differently than nonnative people; since s. 49 was aimed at native people, it was therefore *ultra vires* the province.¹³²

Despite the fact that a province cannot seek to regulate native people by singling them out and treating them differently than nonnative people, a province, generally speaking, is entitled to treat native people the same as nonnative people and regulate their affairs by laws of "general application." This is illustrated in *Kruger and Manuel v. R.*,¹³³ where at issue was whether a provincial game law applied to non-treaty natives hunting off a reserve on unoccupied Crown land. Before concluding that the relevant statute was applicable to native people, the Court offered some guidance on what constitutes a law of general application. Rejecting the view that a law which has a disparate impact on native people is not a law of general application, the Court held that "the fact that a law may have graver consequence to one person than to another does not, on that account alone, make the law other than one of general application."¹³⁴ Since the legislation had a uniform territorial operation and a valid provincial purpose, it was held to be a law of general application.

Though a province is entitled to treat native people the same as nonnative people and regulate native affairs by laws of "general application," the Court noted in *Kruger and Manuel* that provincial authority in this regard is not unlimited. In the words of Dickson C.J., "[t]he line is crossed ... when an enactment, though in relation to another matter, by its effect, impairs the status or capacity" of native people.¹³⁵ A similar test was articulated by Justice Beetz in *Four B*

¹³²The Court went on to accept the trial judge's finding that, in fact, the land in question was "occupied" within the meaning of the memorandum of agreement because it was being used as a wildlife management reserve pursuant to valid provincial legislation, but that since the public had a limited right of access to the land, native people possessed an unlimited right to hunt and fish for food pursuant to the memorandum of agreement.

¹³³(1977), [1978] 1 S.C.R. 104, 75 D.L.R. (3d) 434 [hereinafter *Kruger and Manuel* cited to S.C.R.].

¹³⁴*Ibid.* at 110.

¹³⁵*Ibid.* In *Kruger and Manuel*, the Court concluded that the legislation in question did not have such an effect. Whether a province can extinguish, as opposed to regulate, aboriginal title is a complicated question. If the law in question singles out native people in the act of extinguishment then, according to traditional principles such a law would be *ultra vires* the province. If, however, the law is one of general application, it could be argued that it nonetheless touches on matters that are "inherently Indian" and therefore inapplicable. See *R. v. Dennis and Dennis* (1974), [1975] 2 W.W.R. 630, 56 D.L.R. (3d) 379 (B.C. Prov. Ct.), for the view that a provincial law that extinguishes aboriginal rights is legislation in relation to Indians and therefore *ultra vires*, and that exclusive federal authority over extinguishment of aboriginal title is a "most desirable social objec-

Manufacturing v. United Garment Workers of America,¹³⁶ where he spoke of provincial laws of general application which touch on matters which are "inherently Indian" or "regulate Indians *qua* Indians."¹³⁷ In such cases, the law, despite its general applicability, will be held to be inapplicable to native people. In *Derrickson v. Derrickson*,¹³⁸ for example, the Court was of the view that provincial legislation of general application did go to the essence of federal jurisdiction over native people. At issue was whether provisions of British Columbia's *Family Relations Act*¹³⁹ dealing with division of family assets apply to lands located in a reserve held by a native. The *Indian Act* provides that possession of lands in a reserve is to be allotted to individual band members by the band council with the approval of the Minister of Indian and Northern Development who issues a certificate of possession.¹⁴⁰ The appellant wife brought a petition for divorce and sought a declaration pursuant to the *Family Relations Act* that she was entitled to an undivided one-half interest in the properties for which her husband held certificates of possession. For a unanimous Court, Chouinard J. held that "[t]he right to possession of lands on an [I]ndian reserve is manifestly of the very essence of the federal exclusive legislative power under s. 91(24) of the Constitution Act, 1867," noting that to hold otherwise "would significantly impact on the ability of the Band and the federal Crown to ensure that reserve lands are used for the benefit of the Band."¹⁴¹ Thus the Court imagined possession of reserve lands as going to the core of federal jurisdiction.¹⁴²

tive" (at 390). But see *A.G. Ontario v. Bear Island Foundation* (1984), 49 O.R. (2d) 353, 15 D.L.R. (4th) 321 (Ont. H.C.), aff'd [1989] 68 O.R. (2d) 394, 58 D.L.R. (4th) 117 (Ont. C.A.) (leave to appeal to the S.C.C. granted, 19 October 1989). See W. Pentney, "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the Constitution Act, 1982: Part II: Section 35: The Substantive Guarantee" (1987) 22 U.B.C. L. Rev. 207, for an argument in support of exclusive federal power to extinguish aboriginal title.

¹³⁶(1979), [1980] 1 S.C.R. 1031, 102 D.L.R. (3d) 385 [hereinafter *Four B Manufacturing* cited to S.C.R.].

¹³⁷*Ibid.* at 1048.

¹³⁸[1986] 1 S.C.R. 285, 26 D.L.R. (4th) 175 [cited to S.C.R.].

¹³⁹R.S.B.C. 1979, c. 121 [hereinafter *Family Relations Act*].

¹⁴⁰*Supra*, note 10, s. 20.

¹⁴¹*Supra*, note 138 at 296.

¹⁴²For other cases involving claims that provincial laws go to the core of federal jurisdiction under s. 91(24), see *Re Stony Plain Indian Reserve No. 135* (1981), 130 D.L.R. (3d) 636, 35 A.R. 412 (Alta. C.A.); *R. v. Smith* (1980), [1981] 1 F.C. 346, 113 D.L.R. (3d) 522 (Fed. C.A.); *Western Industrial Contractors Ltd. v. Sarcee Developments Ltd.*, [1979] 3 W.W.R. 631, 98 D.L.R. (3d) 424 (Alta. S.C.A.D.); *Milbrook Indian Band v. Northern Counties Residential Tenancies Board* (1978), 28 N.S.R. (2d) 268, 84 D.L.R. (3d) 174 (N.S.S.C.); *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 S.C.R. 751, 60 D.L.R. (3d) 148; *Cardinal v. A.G. Alberta*, [1974] S.C.R. 695, 40 D.L.R. (3d) 553 [hereinafter *Cardinal* cited to S.C.R.]; *Corporation of Surrey v. Peace Arch Enterprises* (1970), 74 W.W.R. 380 (B.C.C.A.); *R. v. Rodgers* (1923), 33 Man. L.R. 139, 3 D.L.R. 414 (Man. C.A.); *R. v. Jim* (1915), 22 B.C.R. 106, 26 C.C.C. 236 (B.C.S.C.). Judicial protection of the "core of Indianness" from provincial regulation is more notional than real, due to judicial interpretation of s. 88 of the *Indian Act* which has consistently been held to nonetheless incorporate

Thus a province is not entitled to single out native people and treat them differently than nonnative people, nor is a province, under the guise of similar treatment, entitled to regulate native peoples' essential difference. Yet difficulties arise when the judiciary is asked to provide a precise location for this difference. Should it refer to attributes which are associated with the legal definition of "Indian" or should difference be located elsewhere, for example, in native culture or history? The former leaves the provinces free to subject native people to norms and values which are alien to native culture so long as they are embodied in laws of general application and do not affect the legal status of native people. In *Kruger and Manuel*, for example, the Court not only held that the provincial game law was a law of general application but also that it did not "impair the status or capacity" of native people. In *Four B Manufacturing*, a similar conclusion was reached with respect to provincial labour legislation. In both cases, few reasons were offered for the conclusion, though few are needed if by "status and capacity" the Court means to refer to those attributes which make native people native in the eyes of the law. Provincial game laws, like provincial labour legislation, does not threaten "Indian status ... [or] rights so closely connected with Indian status that they should be regarded as necessary incidents of status such for instance as registrability, membership in a band, the right to participate in the election of chiefs and band councils, reserve privileges, etc."¹⁴³ Yet if by status and capacity one means to refer to the ability of native people to engage in the cultural practices which help to constitute their individual and collective self-definition, provincial game laws do threaten the status and capacity of native people for whom hunting and fishing is a central aspect of their native identity. To reduce the meaning of status and capacity to its legal attributes leaves the provinces free to eliminate all that constitutes native difference apart from the formal shell of legal status, so long as this process of elimination occurs through laws of general application.

The spectre of provincial legislation riding roughshod over native difference through the guise of laws of general application has prompted some judges to move beyond a legal definition of status and capacity and embrace a richer definition of "Indianness." In *R. v. Dick*,¹⁴⁴ for example, at issue was the familiar fact-situation of a native person caught hunting out-of-season off his reserve but on the traditional hunting grounds of his people. Lambert J.A. in dissent noted

by reference provincial laws of general application which impair the status and capacity of native people so long as such laws do not conflict with treaty rights or federal legislation, or address a subject matter dealt with by the *Indian Act*. See, for example, *Dick v. R.*, [1985] 2 S.C.R. 309, 23 D.L.R. (4th) 33 (S.C.C.); *Jack and Charlie v. R.*, [1985] 2 S.C.R. 332, 21 D.L.R. (4th) 641 [hereinafter *Jack and Charlie* cited to S.C.R.]. For an overview, see L. Little Bear, "Section 88 of the Indian Act and the Application of Provincial Laws to Indians" in *Governments in Conflict?*, *supra*, note 31 at 175.

¹⁴³*Four B Manufacturing*, *supra*, note 136 at 1047-48.

¹⁴⁴(1982), 41 B.C.L.R. 173, 3 C.C.C. (3d) 481 (B.C.C.A.), *aff'd supra*, note 142.

the close connection between the rituals of hunting and the self-definition of the Alkali Lake Band to which the respondent belonged and argued that "it is impossible to read the evidence without realizing killing fish and animals for food and other uses gives shape and meaning to the lives and members of the Alkali Lake Band," and therefore that provincial game laws strike at "the central core of Indianness."¹⁴⁵ The majority of the Court of Appeal agreed with the lower court's holding that the case was indistinguishable from *Kruger and Manuel*.¹⁴⁶

Contained in Lambert J.A.'s attempt to move beyond a strictly legal definition of status and capacity are the beginnings of an approach to the distribution of legislative authority which, if extended beyond the provincial sphere to govern federal authority, would facilitate the realization of First Nations self-government. By shielding native people from the application of federal or provincial laws that strike at the core of their self-identity, the law governing the distribution of authority could acknowledge the illegitimacy of continuing to assume that native people surrendered their sovereignty by the mere fact of European settlement, and provide a doctrinal basis for reimagining Canada's relations with its indigenous population. The judiciary could police the boundary between Canada and First Nations simply by extending the Lambert J.A. approach to protect native self-identity from provincial and federal intrusion.¹⁴⁷

That such an approach is not without risks is illustrated by *Jack and Charlie v. R.*¹⁴⁸ In *Jack and Charlie*, two native people were apprehended hunting without a license out-of-season. The activity was done in conjunction with a religious ceremony in which the Salish people of the west coast cook meat to satisfy the needs and desires of their ancestors, whom they believe to have the same needs and desires as living people. Counsel for the Salish argued among other things that the law struck at the core of Indianness and regulated native people *qua* native people by virtue of the fact that it interfered with the religious practices of the Salish people. Justice Beetz, writing for a unanimous Court, drew a distinction between the killing of the deer and the religious ceremony

¹⁴⁵*Ibid.* at 183 & 187.

¹⁴⁶The Supreme Court of Canada held that the provincial law was incorporated by reference by s. 88 of the *Indian Act*. See *supra*, note 133 and accompanying text.

¹⁴⁷For a similar view, see Ryder, *supra*, note 128. Ryder argues that the judiciary should prevent provincial laws from applying to "matters that touch the heart of First Nations peoples' identities" or to areas in which federal or First Nations laws have "covered the field," and that Parliament ought to be prevented from delegating federal legislative authority over "Indians, and Lands Reserved For Indians" without the consent of parties involved (at 363). Compare Laskin's dissent in *Cardinal*, *supra*, note 142 at 716, where he stated:

Indian Reserves are enclaves which, so long as they exist as Reserves, are withdrawn from provincial regulatory power. If provincial legislation is applicable at all, it is only by referential incorporation through adoption by the Parliament of Canada.

¹⁴⁸*Supra*, note 142.

and held that "there was no evidence that the killing of the deer was part of the religious ceremony."¹⁴⁹ Though evidence was given at trial that raw deer meat was required for the ceremony, Justice Beetz held that this did not entail that the killing of the deer itself was a ceremonious act in the absence of evidence to suggest that "the use of defrosted deer meat was sacrilegious."¹⁵⁰ What is problematic about Justice Beetz' reasons for judgment is not so much the cavalier "buy-a-freezer" character to it, but rather the risks associated with the simple possibility that he might be wrong.¹⁵¹

The risks associated with the judiciary assuming the task of engaging in acts of cultural definition, however, can be ameliorated by enhancing the ability of native people to participate in the litigation process and sensitizing the judiciary to native difference. Lambert J.A.'s approach to the delineation of the scope of provincial power remains a useful means by which the judiciary can attempt to facilitate the realization of native self-government. Native people would be free from federal or provincial legislation that threatens their self-identity. Such a result is the logical implication of rejecting the legitimacy of the doctrine of discovery in the Canadian context.

C. Summary: Challenging Legislative Supremacy

The law governing the distribution of legislative authority as it relates to Canada's First Nations is a thicket of doctrinal manoeuvres that accepts without question legislative sovereignty over native peoples. Federal jurisdiction is derived from s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, which has been read to permit Parliament to single out native people and treat them differently than nonnative people. Parliament is also entitled to treat native people the same as nonnative people under laws passed pursuant to other heads of federal power. Provincial legislatures are not entitled to treat native people differently than nonnative people, but can pass laws regulating native forms of life so long as such laws are of general application and do not touch on matters which are inherently Indian. By not questioning the legitimacy of the assumption of legislative jurisdiction by either level of government over Canada's First Nations, however, the law relating to the distribution of authority perpetuates a legal relationship of dependence between native peoples and the Canadian state.

¹⁴⁹*Ibid.* at 345.

¹⁵⁰*Ibid.* at 344.

¹⁵¹ Although proposed by counsel for the Salish, this part of Justice Beetz' reasons was not devoted to rebutting the argument that regulating the hunt interfered with the core of Indianness, as Justice Beetz opted for the narrower, legalistic definition of federal authority articulated in *Dick v. R.*, *supra*, note 142. He drew a distinction between the hunt and ceremony to refute the argument that federal incorporation under s. 88 of the *Indian Act* of provincial regulation of the hunt would infringe the religious freedom of the Salish people protected by the *Canadian Bill of Rights*, *supra*, note 30. Yet the risk of error would be the same had he opted for Lambert J.A.'s approach.

With respect to federal jurisdiction, s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* has been interpreted by the judiciary as conferring on Parliament the authority to pass laws specifically in relation to native forms of life absent native consent. With respect to provincial jurisdiction, s. 92 of the *Constitution Act, 1867* has been interpreted as authorizing provincial legislatures to engage in legislative intervention which has a similar effect. Jurisprudence governing the distribution of legislative authority, premised on the Anglo-Canadian notion of legislative supremacy, imagines native people to be subjects of the Crown and in this respect essentially the same as nonnative people. This assimilationist vision forms the conceptual backdrop to the assertion of legislative authority absent native consent.

Yet the automatic acceptance of legislative supremacy by the judiciary in the context of the distribution of power between Parliament and the provinces must be challenged if the law is to facilitate the realization of self-government. Although the notion that there is a sphere of activity immune from the reach of the legislature is antithetical to Canadian understandings of the law of federalism, vesting authority in Canadian legislatures to pass laws that regulate native forms of life is equally antithetical to the aspiration of native self-government, to the extent that self-government requires that native people possess control over their individual and collective destinies. One component of such control is the ability to pass laws and organize social relations free from federal or provincial interference. Although translating such an aspiration into the discourse of the law governing the distribution of power will necessarily proceed on a case-by-case basis, the distribution of legislative power against the backdrop of multiple communities in Canadian political life is not a wholly unfamiliar task for the judiciary. As Richard Simeon has argued, "the essential message of federalism is that it is a regime of multiple loyalties."¹⁵² Moreover, jurisprudence addressing the extent to which provinces are entitled to regulate native forms of life by laws of general application already contains a doctrinal technique suitable for the task of reconciling overlapping allegiances in the context of First Nations self-government. Current jurisprudence engages in such an inquiry for the purposes of determining whether a province as opposed to Parliament can engage in cultural interference. The judiciary ought to extend its current approach with respect to provincial laws of general application to apply to all laws, be they federal or provincial, that touch on matters central to native identity. Federal laws and provincial laws of general application that do not bear on matters relating to cultural self-definition could continue to apply to native people without threatening forms of self-government. If a federal or provincial law is held to govern matters central to native identity, they ought to be declared

¹⁵²R. Simeon, "Aboriginal Self-Government and Canadian Political Values" (Address to the National Symposium on Aboriginal Self-Determination, Toronto, 2 October 1990) at 53 [unpublished].

ultra vires absent native consent and participation in their formulation. Section 91(24) ought to be re-interpreted as authorizing Parliament to pass laws specifically in relation to native people only if native people participate in and consent to the formation of those laws.¹⁵³ The potential for cultural insensitivity by the judiciary when engaging in the task of delineating matters central to native identity, as evidenced by Justice Beetz' reasons in *Jack and Charlie*, can be alleviated by native participation in the litigation process and an increased awareness of native difference on the part of the judiciary.

The concept of legislative sovereignty, so central to the Canadian legal imagination that it structures the very way the law conceives of legal problems involving legislative jurisdiction over Canada's First Nations, is intimately connected to the law's inability to embrace native forms of self-government. As stated by Bruce Ryder, "valid claims of First Nations people to autonomy have been ignored by the doctrinal structure of Canadian federalism."¹⁵⁴ Built into the premises of the law governing the distribution of legislative authority is a form of legal understanding that conceptually excludes serious consideration of native self-government. The task facing decisionmakers is not to devise ways in which self-government can be accommodated within the current rubric of legislative supremacy, but rather to acknowledge that legislative supremacy, as a way of understanding and structuring native reality in law, must itself be accommodated and adapted so as to create constitutional spaces in which First Nations self-government can flourish.

IV. Treaty Rights and Treaty Interpretation

Since 1700, close to 500 treaties have been negotiated between representatives of the Crown and native people in Canada.¹⁵⁵ The year 1850 is often used to distinguish two different types of treaties. Most treaties signed prior to 1850 involved a one-time payment by the Crown for the surrender of relatively small tracts of land. Under the 1781 Treaty between the Crown and the Chippewa and Mississagua nations, for example, Indian land was surrendered to the Crown in return for three hundred suits of clothing. Occasionally annual payments were provided for, as was the case in another treaty negotiated between the Chippewa nation and the Crown in 1827, where the Chippewas agreed to surrender over 2 million acres of land in return for a paltry 18 thousand acres of reserve land and an annual payment of eleven hundred pounds.¹⁵⁶ Some pre-1850 treaties did

¹⁵³Compare M. Krasnick, "Remarks before the National Symposium on Aboriginal Self-Determination" (Address to the Symposium, Toronto, 1 October 1990) at 5 [unpublished] (section 91(24) authorizes federal regulation of "some aspects of Indian life, but cannot displace those aspects of Indian life that are essential to continuing Indian culture").

¹⁵⁴Ryder, *supra*, note 128 at 322.

¹⁵⁵D.J. Purich, *Our Land: Native Rights in Canada* (Toronto: James Lorimer and Co., 1986) at 95.

¹⁵⁶Canada, *Indian Treaties and Surrenders From 1680 to 1902*, reprinted ed. (Toronto: Coles Publishing, 1971).

not refer to land surrenders but were simply peace and friendship treaties whereby natives would agree to lay down their arms and support the Crown in the war against the French by England. Peace and friendship treaties often were negotiated without any reciprocal obligations attaching to the Crown. One exception was the Treaty of 1752, where the Micmac nation in Nova Scotia was guaranteed the right to hunt and fish in return for its agreement to "submit to the King" and "forbear all acts of hostility towards English subjects."¹⁵⁷ Another exception was an agreement signed in 1760 by General Murray and the Huron nation, in which the Hurons agreed to make peace with British forces in return for a guarantee of "the free exercise of their Religion, their Customs, and their Liberty of trading with the English."¹⁵⁸

Treaties negotiated during and after 1850 covered much more land and provided for annual payments. The Robinson-Huron Treaty, for example, one of two treaties negotiated in 1850 by William Benjamin Robinson, provincial commissioner of Upper Canada,¹⁵⁹ involved the surrender of all land held by the parties north of Lake Huron to the border between Canada and what was then known as Rupert's Land. In exchange, the native signatories were guaranteed a lump sum payment of 2000 pounds, an annuity of 500 pounds, three areas of reserve lands, and the right to hunt and fish on unoccupied lands.¹⁶⁰ Eleven numbered treaties, negotiated between 1871 and 1921, cover land from Quebec's border with Ontario to the northwest edge of the country. Treaty Number Six, for example, involved the surrender of approximately 120,000 square miles of territory in what is now central Saskatchewan and Alberta in return for one square mile of reserve land per family of five; continued hunting and fishing rights; a one-time payment of \$12.00 per Indian, farm stock and equipment, seed, a flag, a medal, and a horse, harness and wagon for each chief; \$1500.00 annual payments, as well as an additional \$1000.00 a year for three years for provisions; a promise to maintain a school on reserve land; and an undertaking to provide for a medicine chest for the benefit of Indians and assistance in the case of pestilence or famine.¹⁶¹

¹⁵⁷*Ibid.* See also *infra*, text accompanying notes 165-75 and 199-208.

¹⁵⁸*Indian Treaties and Surrenders, supra*, note 156; see also *infra*, text accompanying notes 209-15.

¹⁵⁹The other was known as the Robinson-Superior Treaty, which extinguished the rights of native signatories to all land north and east of Lake Superior to the boundary between Canada and Rupert's Land, and contained terms similar to those of the Robinson-Huron Treaty. Both are found in *Indian Treaties and Surrenders, ibid.* at 147-49.

¹⁶⁰*Ibid.* See also *infra*, text accompanying notes 185-98.

¹⁶¹The complete texts of the numbered Treaties are available in A. Morris, *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories*, reprinted ed. (Toronto: Coles Publishing, 1971) [hereinafter *The Treaties of Canada*]; see also *infra*, text accompanying notes 176-83. For an analysis of events leading up to the negotiation of Treaties Number Six and Seven, see J.L. Taylor, "Two Views on the Meaning of Treaties Six and Seven" in R. Price, ed., *The Spirit of the Alberta Indian Treaties* (Edmonton: Pica Pica Press, 1987) 9.

Though each is unique in its terms and scope of application, and apart from a few early peace and friendship treaties, virtually every treaty entered into by the Crown and native people involves the surrender of ancestral lands in return for certain benefits to be provided by state authorities. Treaties thus simultaneously frustrate and facilitate the aspiration of native peoples to have more control over their individual and collective destinies. On the one hand, the fact that the Crown has entered into agreements that have been held to deprive native people of their historic connection to their ancestral lands and involve the relocation of native people to reserves is a source of profound disempowerment. However much it may vary from context to context, the aspiration to self-government is inextricably tied to native peoples' relationship to ancestral lands. The severing of such a relationship through surrender and the relocation of native peoples to reserves has had a devastating effect on native peoples' ability to maintain native forms of life. On the other hand, treaties contain positive elements and entitlements for native people which, if read sympathetically, could facilitate the realization of self-government. The act of surrender, for example, need not be interpreted by reference to traditional Anglo-Canadian understandings of title transfers. A surrender need not be read as conveying an absolute right of exclusion and as automatically stripping native people of continued use and enjoyment of the land in question. Instead, a surrender could be viewed as the granting of consent to a system of priority of use, whereby native people, in return for benefits provided by the Crown, agree either that nonnative use or native use will have priority in the event of conflict between uses. When there is no conflict in use, namely, where one party can engage in activity that does not threaten the use put to the land by the other party enjoying priority, the act of surrender need not foreclose native use and enjoyment. The content of treaties also provides moments of possibility for the realization of aspects of self-government. The promise to maintain a school and a medicine chest on reserve lands in Treaty Six, for example, potentially binds the Crown to provide complete funding for educational and medical services to those covered by its terms. Judicial interpretation of treaties between the Crown and native peoples in Canada thus is critical to the success or failure of treaties to serve as instruments of self-government.

Jurisprudence surrounding treaties, however, historically has been unsympathetic to viewing treaties in a way which would minimize their potential for disempowerment and maximize the opportunities they present for realizing the aspiration of self-government. Judicial resistance to the aspiration of self-government in the context of treaty jurisprudence is reflected in two areas: the legal status accorded to treaties by law, and the way in which substantive treaty rights are interpreted by the courts. The former refers to the legal force accorded to treaties. The latter refers to the way in which the judiciary has given substantive content to vague treaty guarantees. Although each area has seen a historical shift toward the development of principles which are more accommodating of

native concerns, contemporary treaty jurisprudence in both spheres continues to reflect and perpetuate a hierarchical relationship between native people and the Canadian state.

With respect to the legal status of treaties, treaty rights have been imagined in law in such a way as to render them either unenforceable or enforceable only against state inaction. More specifically, judicial attitudes toward the legal status of treaties entered into by native peoples and the Crown historically has involved a shift from an approach that imagines native people as different than, and inferior to, nonnative people, toward an approach that imagines native people as the same as nonnative people and therefore not worthy of special consideration. The earlier approach viewed agreements between the Crown and native peoples as essentially political agreements not enforceable in a court of law. Traditional international law principles provide that an agreement between two "independent powers" constitutes a treaty binding on the parties to the agreement.¹⁶² Courts viewed native people as "uncivilized" and as belonging to an inferior race and thus agreements between native peoples and the Crown were not binding on the Crown in law. Contemporary jurisprudence has rejected the view that native people are different than, and inferior to, nonnative people, with the result being that treaties are elevated from the level of nonbinding political agreement to that of contractual right. Native people are imagined under this approach as possessing legal personality similar to that possessed by nonnative people in Canada and therefore capable of entering into binding agreements with the Crown. Because such agreements are not viewed as anything more than contractual agreements with the Crown, despite exhortations by the courts that treaties are "unique,"¹⁶³ they are seen as subject to legislative authority. Prior to 1982,¹⁶⁴ this had the effect of permitting Parliament to regulate or extinguish existing treaty rights.

With respect to judicial interpretation of the content of treaty guarantees, there has been a shift in the opposite direction, namely, toward the embrace of

¹⁶²See e.g. *Principles of Public International Law*, *supra*, note 52 at 58-70. It should be noted that, even if treaties between the Crown and First Nations were accorded "international treaty" status, this fact alone would not render them enforceable in domestic courts; implementing legislation would be required. See *A.G. Canada v. A.G. Ontario (Labour Conventions)*, [1937] A.C. 326, 1 D.L.R. 673 (P.C.).

¹⁶³The uniqueness of treaties is emphasized to dampen the application of international law principles to the treaty context. In *Simon v. R.*, [1985] 2 S.C.R. 387 at 404, 24 D.L.R. (4th) 390 [hereinafter *Simon* cited to S.C.R.], for example, Dickson C.J. stated that "[a]n Indian treaty is unique; it is an agreement *sui generis* which is neither created nor terminated according to the rules of international law." See also *R. v. White and Bob* (1964), 52 W.W.R. 193, 50 D.L.R. (2d) 613 at 617-18 (B.C.C.A.), *aff'd* [1965] S.C.R. vi, 52 D.L.R. (2d) 481n (S.C.C.); and *Francis v. R.*, [1956] S.C.R. 618 at 631, 3 D.L.R. (2d) 641; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, 70 D.L.R. (4th) 427 [hereinafter *Sioui* cited to S.C.R.].

¹⁶⁴See *infra*, text accompanying notes 187-98.

native difference. More specifically, early judicial pronouncements on the content of treaty guarantees were blind to native cultural difference. Treaty rights historically were rendered concrete and given determinate meaning by reference to Anglo-Canadian public and private law norms and values. The "plain meaning" of a treaty guarantee was determined by a process that accepted without question the legitimacy of basic categories of Anglo-Canadian legal consciousness. This resulted in expansive definitions of the meaning of land surrenders and narrow interpretations of treaty benefits flowing to native people. Recent jurisprudence is more sensitive to native expectations about treaty negotiation and thus is more accommodating of native difference. This shift has resulted in more expansive definitions of treaty benefits to native people, though the meaning of land surrenders effected by treaty continues to be steeped in Anglo-Canadian notions concerning title and transfer.

A. *Treaties and Native Inferiority*

The case of *R. v. Syliboy*¹⁶⁵ is illustrative of the tendency of early jurisprudence to view treaties as little more than political arrangements between native people and the Crown through a rhetoric of justification that imagined native people as different than, and inferior to, nonnative people. Patterson J.'s judgment also illustrates the judicial tendency to accept as unquestioned the legitimacy of Anglo-Canadian public and private law categories and values in the adjudication of threshold legal issues surrounding treaty disputes.

In *Syliboy*, the grand chief of the Micmac nation was convicted of illegal hunting on Cape Breton Island, contrary to Nova Scotia's *Lands and Forests Act, 1926*.¹⁶⁶ Syliboy admitted to the acts complained of, but asserted a right to hunt and trap under a treaty entered into in 1752 by the then-Governor of the Province of Nova Scotia and various delegates of the Micmac nation. Article 4 of the treaty provided that "the said Tribe of Indians shall not be hindered from but have free liberty to hunt and fish as usual."¹⁶⁷ Despite the relative clarity of the terms of the treaty, Patterson J. dismissed Syliboy's appeal. Bombarding the reader with a fusillade of arguments supporting the Crown's case, the judgment illustrates many of the difficulties associated with the assertion of native treaty rights. Articulating the view that native people are different than, and inferior to, nonnative people, Patterson J. held that the Micmac nation was an "uncivilized people" and as a result could not be said to be an "independent power," which would confer on it the status to enter into a treaty with another nation.¹⁶⁸ Referring to a version of the doctrine of discovery which Marshall C.J. recanted

¹⁶⁵[1929], 1 D.L.R. 307, 50 C.C.C. 389 (N.S. Co. Ct.) [hereinafter *Syliboy* cited to D.L.R.].

¹⁶⁶S.N.S. 1926, c. 4, now *Crown Lands Act*, R.S.N.S. 1989, c. 114.

¹⁶⁷*Syliboy*, *supra*, note 165 at 308.

¹⁶⁸*Ibid.* at 313.

in *Worcester*,¹⁶⁹ Patterson J. stated that “[a] civilized nation first discovering a country of uncivilized people or savages held such country as its own until such time as by treaty it was transferred to some other civilized nation,” and that as a result “[t]he savages’ rights of sovereignty were never recognized.”¹⁷⁰ With Kafkaesque flair, Patterson J. found support for his conclusion that the Micmac did not claim to be an independent power in “the very fact” that they sought from the Governor the right to hunt in Nova Scotia.¹⁷¹ In his words, “if they were [an independent power], why go to another nation asking this privilege or right and giving promise of good behaviour that they might obtain it?”¹⁷² Patterson J. concluded this part of his reasons with the statement that “the Treaty of 1752 is not a treaty at all; ... it is at best a mere agreement made by the Governor and a handful of Indians.”¹⁷³ Patterson J. further held in the alternative that even if the Treaty of 1752 was in fact a treaty, it did not extend to Cape Breton Island due to the fact that Cape Breton Island was not part of the Province of Nova Scotia when the treaty was negotiated and because the signatories, in his view, did not represent the precise tribe of Micmac to which Syliboy belonged. He was also of the view that if the Treaty of 1752 was a treaty, it had expired due to the outbreak of hostilities, but in any case contemplated provincial regulation of hunting. Patterson J. concluded by viewing the agreement as a form of political agreement unenforceable in the courts under contractual principles, characterizing the benefits that flowed to the Micmac not in terms of contractual or treaty right but rather as a manifestation of the good will of the state as expressed in statutory form.¹⁷⁴

Patterson J.’s judgment is an example, albeit extreme, of some of the threshold difficulties native people face in attempting to assert treaty rights in the context of a jurisprudence that imagines natives as different than and inferior to nonnative people. In *Syliboy*, native difference is cast in terms of native inferiority and then relied upon to deny the ability of native people to enter into agreements having the force of law. Since native peoples are not imagined as similar to “independent powers,” agreements made between native representatives and the Crown do not constitute international treaties. Patterson J.’s argument that the agreement is not a treaty because the Micmac nation was “unciv-

¹⁶⁹See *supra*, notes 73-81 and accompanying text.

¹⁷⁰*Supra*, note 165 at 313.

¹⁷¹*Ibid.*

¹⁷²*Ibid.*

¹⁷³*Ibid.* Patterson J. was also of the view that the Governor did not have treaty-making authority as there was no evidence that the Governor was not specially deputed by the constituted authorities of Great Britain for this purpose (*supra* at 314).

¹⁷⁴For discussion of the lack of any definition of the status of a native treaty in Canadian law, see D.E. Sanders, “Aboriginal Peoples and the Constitution” (1981) 19 Alta. L. Rev. 410 at 417-18. For a contrary holding, see *R. v. Wesley*, [1932] 2 W.W.R. 337, 4 D.L.R. 774 (Alta C.A.). For analysis, see K. McNeil, *Indian Hunting, Trapping and Fishing Rights in the Prairie Provinces of Canada* (Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1983).

ilized" and "savage" is rooted in racist assumptions about native difference. He referred to the native negotiators as "a handful of Indians"¹⁷⁵ and resisted conceptualizing those involved as acting on behalf of a legal entity, namely, the Micmac nation, capable of entering into binding agreements with the Crown. *Syliboy* also is an illustration of an early tendency to accept without question the legitimacy of Anglo-Canadian public and private law norms in the determination of threshold legal issues surrounding treaty litigation. In his rejection of the possibility that the Treaty of 1725 extends to Cape Breton Island, Patterson J. determined the scope of the treaty by reference to legal boundaries which have little or no meaning to the Micmac people. Thus Patterson J.'s resistance to the proposition that the agreement constitutes a treaty is rooted in a view of native people as different than and inferior to nonnative people, whereas his view that the agreement does not extend in any event to Cape Breton Island is premised on the unquestioned acceptance of Anglo-Canadian legal boundaries.

B. *The Contractualist Vision*

Although contemporary jurisprudence no longer is explicitly grounded in the view that native people are an inferior race, threshold questions of status, applicability, and expiry similar to those raised in *Syliboy* continue to haunt and infuse contemporary litigation surrounding treaty rights. As well, judicial interpretation of vague treaty guarantees, at least until recently, has been marked by a tendency to import Anglo-Canadian norms into the interpretive process, and has resulted in narrow constructions of treaty provisions which exclude native interests in land use and self-government. The tendency to interpret treaty guarantees narrowly is exemplified in the case of *Johnston v. R.*,¹⁷⁶ where the appellant was appealing a conviction of a failure to pay hospital tax as required by Saskatchewan legislation. The *Saskatchewan Hospitalization Act*¹⁷⁷ created a general obligation to pay hospital tax but exempted Indians living on reserves as well as Indians living off reserves for less than 12 months. A further exemption existed for those who were entitled to obtain general hospital services from the federal government. Johnston had been living off his reserve for more than 12 months but he argued that Treaty Number Six entered into in 1876 between the Wood Cree and the Crown entitled him to obtain general hospital services from the federal government. More specifically, Treaty Number Six provided the following:

That a medicine chest shall be kept at the house of each Indian Agent for the use and benefit of the Indians at the direction of such agent.

¹⁷⁵*Supra*, note 165 at 313.

¹⁷⁶(1966), 56 D.L.R. (2d) 749, 56 W.W.R. 565 (Sask. C.A.) [hereinafter *Johnston* cited to D.L.R.].

¹⁷⁷R.S.S. 1953, c. 232, now R.S.S. 1978, c. S-23.

That in the event hereafter of the Indians comprised within the treaty being overtaken by any pestilence, or by a general famine, the Queen, on being satisfied and certified thereof by her Indian Agent or Agents, will grant to the Indians assistance of such character and to such extent as her Chief Superintendent of Indian Affairs shall deem necessary and sufficient to relieve the Indians from the calamity that shall have befallen them.¹⁷⁸

In the court below, the Magistrate held that the provision for a medical chest required that the federal government provide "all medical services, including medicines, drugs, medical supplies and hospital care free of charge."¹⁷⁹ In allowing the appeal, Culliton C.J.S. was faced with a choice between a broad interpretation and a narrow interpretation of the clause, with very little interpretive aids to assist him. He opted for the latter. Referring to the meaning "conveyed by the words themselves in the context in which they are used," Culliton C.J.S. interpreted the clause to provide for an undertaking by the Crown to keep at the house of the Indian agent a medicine chest for the use and benefit of the Indians at the direction of the agent, adding that he could "find nothing historically, or in any dictionary definition, or in any legal pronouncement, that would justify the conclusion that the Indians, in seeking and accepting the Crown's obligation to provide a 'medicine chest' had in contemplation provision of all medical services, including hospital care."¹⁸⁰

In refusing to read the medicine chest provision as requiring the Crown to provide medical care free of charge, Culliton C.J.S. adopted an interpretive strategy of giving meaning to treaty rights by reference to the meaning of the terms used in existence at the time of negotiation. This "frozen rights" approach to treaty interpretation is the result of a narrow stress on the intent of those involved in treaty negotiations. In examining the record for evidence of such intent, Culliton C.J.S. goes no further than the official record of the Honourable Alexander Morris, P.C.¹⁸¹ This is not to suggest that determining the understanding of the native negotiators would have been an easy task,¹⁸² but rather to challenge an interpretive process which determines the meaning of treaty rights by reference to the state of medicine as it existed in 1876. Culliton C.J.S.'s reading of Treaty Number Six is indicative of a tendency to imagine treaty rights at best as contractual guarantees, and a reluctance to accord them the kind of status worthy of constitutional documents. When contrasted to the interpretive style adopted by the judiciary in relation to the *Constitution Act, 1867*, viewed as a

¹⁷⁸*The Treaties of Canada*, *supra*, note 161 at 354-55.

¹⁷⁹*Supra*, note 176 at 751.

¹⁸⁰*Ibid.* at 753. For an opposite conclusion, see *Dreaver v. The King*, an unreported judgment of the Exchequer Court of Canada, referred to in *Johnston*, *ibid.* at 754.

¹⁸¹*The Treaties of Canada*, *supra*, note 161.

¹⁸²For the view that "[t]he intent was that Indians should receive from the Federal Government whatever medical care could be made available," see Indian Chiefs of Canada, "Citizens Plus" in Wanbageshig, ed., *The Only Good Indian* (Toronto: New Press, 1970) 5 at 35.

"living tree capable of growth and expansion within its natural limits,"¹⁸³ the historically impoverished nature of treaty jurisprudence could not be starker.

A further illustration of the tendency to inject Anglo-Canadian norms and values into the process by which meaning is given to abstract treaty rights is found in *Pawis v. R.*,¹⁸⁴ where four members of the Ojibway nation were charged with violating federal fishery regulations. All four had been fishing in a traditional manner for food for themselves and other band members in places where they had fished regularly in the past. In their defence, they appealed to a treaty right to hunt and fish pursuant to the Robinson-Huron Treaty of 1850, which provided that in consideration of the surrender of lands covered by the treaty, the chiefs and tribes covered were granted "the full and free privilege to hunt over the territory now ceded by them, and to fish in the waters thereof, as they have theretofore been in the habit of doing."¹⁸⁵ The accuseds argued that the Crown was in breach of its treaty obligations and in breach of trust by the enactment of fishery regulations.¹⁸⁶

Dismissing the above arguments, Marceau J. first held that the Robinson-Huron Treaty was "tantamount to a contract."¹⁸⁷ Viewing the treaty through contractualist lenses had the effect of triggering several threshold concerns detrimental to the success of the appeal. According to Marceau J., any breach of contract occurred not at the date of the apprehension of the four accuseds, but rather when fisheries regulations were first passed by federal authorities. As a result, "[t]he breach of contract they allege, and the damage they say was thereby caused to the Ojibways, occurred long before they were born."¹⁸⁸ The limitation period for maintaining an action in breach of contract long expired prior to their apprehension.¹⁸⁹ Thus, conceptualizing a treaty as a type of contract renders it subject to limitation periods; as a result, treaty rights which have been systematically ignored by the authorities cannot be invoked in aid of an action in breach of contract.

Viewing the treaty as if it were a contract also enabled Marceau J. to resort to the technique of implication. More specifically, Marceau J. held that he would infer into the agreement, "in like manner that clauses that are customary or necessary are supplied in ordinary contracts between individuals," that the

¹⁸³*Edwards v. A.G. Canada*, [1930] A.C. 124 at 136, 1 D.L.R. 98 (P.C.), Lord Sankey.

¹⁸⁴[1980] 2 F.C. 18 at 18, 102 D.L.R. (3d) 602 (F.C.T.D.) [hereinafter *Pawis* cited to F.C.].

¹⁸⁵*Ibid.* at 22.

¹⁸⁶*Ibid.* at 23. It was also argued that the Crown was guilty of negligent representation due to statements by former Ministers of Indian Affairs to the effect that the policy of the Government was to "recognize the lawful obligations imposed on the Crown by treaties entered into with the Indian people."

¹⁸⁷*Ibid.* at 25.

¹⁸⁸*Ibid.* at 31.

¹⁸⁹*Limitations Act*, R.S.O. 1970, c. 246, now R.S.O. 1980, c. 240.

right to hunt and fish is subject to state regulation.¹⁹⁰ Guiding this part of his reasons is the underlying view that the Crown could not contractually bind itself to not enact legislation regulating methods of fishing. Analogizing to property ownership, Marceau J. concluded that

[t]he right acquired by the Indians in those treaties was...necessarily subject in its exercise to restriction through acts of the legislature, just as the person who acquires from the Crown a grant of land is subject in its enjoyment to such legislative restrictions as may later be passed as to the use which may be made of it.¹⁹¹

The enactment of fishery regulations, in Marceau J.'s view, stemming from valid exercises of legislative authority, could not constitute breach of contract. In his words, "[h]ow can a legal act be at the same time an act to be sanctioned as an illegal breach of contract?"¹⁹²

In any event, Marceau J. was of the view that the treaty did not contain a promise that the Crown would not regulate the right to fish. More specifically, he held that the reference to "full and free privilege to fish" did not exclude state regulation. Marceau J. reached this conclusion by interpreting the treaty right to hunt and fish by reference to Anglo-Canadian private law categories of understanding. More specifically, the reference to a "free privilege to fish" was given meaning by the invocation of contractualist values. Marceau J. stated that "it simply means that no consideration is to be exacted from those entitled to hunt and fish in exercise of the right."¹⁹³ The reference to "full ... privilege to fish" was interpreted through the prism of property ownership, and seen as "connot[ing] a plenary quality, a completeness of the right ... strictly as regards the right of the owner or possessor of the land."¹⁹⁴ Thus in Marceau J.'s view, the "full and free privilege to hunt and fish" accorded to the Ojibway nation by the terms of the Robinson-Huron Treaty does not refer to the methods used but to the purpose for which the activity was carried on, "[t]he words have nothing to do with the *manner* of fishing."¹⁹⁵ He therefore concluded that "the wording does not import any intention that there be unrestricted rights in perpetuity to fish regardless of the general laws regulating the means of hunting and fishing."¹⁹⁶

Pawis is an example of how treaty jurisprudence simultaneously devalues the status of treaty rights to at best the level of contractual rights as against the Crown, and involves an interpretive process that views those guarantees through the lenses of Anglo-Canadian private law categories of understanding. By

¹⁹⁰*Supra*, note 184 at 27.

¹⁹¹*Ibid.* at 28.

¹⁹²*Ibid.*

¹⁹³*Ibid.* at 26-27.

¹⁹⁴*Ibid.* at 26.

¹⁹⁵*Ibid.*, emphasis added.

¹⁹⁶*Ibid.* at 27.

reducing the status of treaties to the category of contract, the law is able to maintain the supremacy of legislative initiatives that infringe upon treaty guarantees.¹⁹⁷ Treaty rights become enforceable only in the context of Crown inaction, in circumstances where the Crown has failed to live up to the promises set out in the treaty. Even in cases of state inaction, maintaining a cause for breach of contract will be possible only where a plaintiff can point to recent Crown inaction; otherwise limitation periods will govern. In any event, no relief is available in circumstances where legislative initiatives regulate the exercise of treaty rights, as in the case of regulations passed pursuant to federal jurisdiction over fisheries.¹⁹⁸ Moreover, by interpreting the nature and extent of treaty guarantees by reference to Anglo-Canadian private categories of understanding, as evidenced by Marceau J.'s reliance on market freedom and private property to infuse the right in question with determinate content, the law governing treaty interpretation excludes from its interpretive horizons native interests in land use and self-government.

C. Recent Developments

The Supreme Court of Canada has since repudiated many of the arguments put forward by Patterson J. in *Syliboy*, and indicated that the judiciary should not engage in the type of interpretation offered by Culliton C.J.S. in *Johnston* and Marceau J. in *Pawis*. In *Simon*,¹⁹⁹ for example, the appellant was convicted of an offence under Nova Scotia's *Lands and Forests Act*.²⁰⁰ The issue before the Court was whether the Treaty of 1752 created a right to hunt so as to preclude the application of the provincial law. Dickson C.J. for the Court stated that Patterson J.'s judgment in *Syliboy* "reflects the biases and prejudices of another era in our history."²⁰¹ He went on to hold that the Treaty of 1752 was validly created by competent parties, that it contained a right to hunt which applied to the appellant's activities in question, and that the treaty had not been terminated by hostilities between the Micmacs and the British in 1753 or by extinguishment through occupancy by nonnatives under Crown grant or lease. He held further that the appellant was an Indian covered by the treaty and that, as a result of s. 88 of the *Indian Act*, the hunting rights contained in the treaty exempted the appellant from prosecution under the Nova Scotia legislation. Dickson C.J. also affirmed a principle of interpretation which calls for construing treaties "not according to the technical meaning of their words, but in the sense that they

¹⁹⁷For an illustration of this principle, see *Sikyea v. R.*, [1964] S.C.R. 642, 50 D.L.R. (2d) 80.

¹⁹⁸In *Pawis*, *supra*, note 184 at 29, Marceau J. hints that compensation may be due in cases where "property is actually taken possession of, or used by, the government" quoting Wright J. in *France Fenwick and Company Limited v. R.*, [1927] 1 K.B. 458 at 467.

¹⁹⁹*Supra*, note 163.

²⁰⁰R.S.N.S. 1967, c. 163 [hereinafter *Lands and Forests Act*], now *Crown Lands Act*, *supra*, note 166.

²⁰¹*Supra*, note 163 at 399.

would naturally be understood by the Indians.”²⁰² This led him to interpret the Treaty of 1752 as “an effective source of protection of hunting rights,” and “sensitive to the evolution of changes in normal hunting practices.”²⁰³

Simon represents a shift in judicial understanding concerning the meaning of treaty guarantees. Dickson C.J.’s judgment challenges the blind acceptance of the legitimacy of Anglo-Canadian public and private law values in the process of determining the meaning of vague treaty rights, and calls for heightened sensitivity to native expectations surrounding the negotiation of a treaty. *Simon*, however, is ambivalent on the critical question of the extinguishment or regulation of treaty rights. It should be emphasized that the reason offered by Dickson C.J. as to why Nova Scotia’s *Lands and Forests Act* did not apply to the appellant’s activities was not because the treaty rights shielded the appellant from provincial regulation, but rather because s. 88 of the federal *Indian Act* shielded the treaty right from provincial regulation.²⁰⁴ While stating that he does “not wish to be taken as expressing any view on whether, as a matter of law, treaty rights may be extinguished,”²⁰⁵ Dickson C.J. stated that it “seems appropriate to demand strict proof of the fact of extinguishment in each case where the issue arises.”²⁰⁶ Retaining the possibility of the extinguishment or regulation of treaty rights implies that treaty rights have no more force than contractual guarantees against the Crown, and that legislatures are entitled, within their respective spheres of jurisdiction and subject to paramountcy principles, to pass laws that regulate or extinguish treaty rights should they so desire. Absent the protective shield of s. 88 of the *Indian Act*, treaty rights would not bind provincial legislatures from passing laws which effected their regulation or extinguishment. Treaty rights can be asserted against valid provincial laws not because they constrict the exercise of legislative authority but because Parliament has stated in s. 88 of the *Indian Act* that provincial laws of general application shall not infringe treaty guarantees. The legal force of a treaty in the context of a provincial law that threatens its regulation or extinguishment is conditional on the existence of federal legislation. Moreover, there is nothing in s. 88 that provides that treaty rights are paramount over federal legislation.²⁰⁷ Viewing legislative initiatives as paramount over treaty guarantees has the effect of envisioning treaties as a form of protection against failures by the Crown to provide benefits

²⁰²*Ibid.* at 402, quoting *Nowegijick v. R.*, [1983] 1 S.C.R. 29, 144 D.L.R. (3d) 193, and *Jones v. Meehan*, 175 U.S. 1 (1899). See also *R. v. Bartleman* (1984), 55 B.C.L.R. 78, 12 D.L.R. (4th) 73 (B.C.C.A.) and *R. v. Taylor* (1981), 34 O.R. (2d) 360, 62 C.C.C. (2d) 227 (Ont. C.A.), leave to appeal refused [1981] 2 S.C.R. xi. For a discussion of the “*Nowegijick* principle” as it relates to the interpretation of statutes, see *Peguis*, *supra*, note 111 at 98-100.

²⁰³*Supra*, note 163 at 402.

²⁰⁴See *supra*, note 142.

²⁰⁵*Supra*, note 163 at 407.

²⁰⁶*Ibid.* at 406.

²⁰⁷See *R. v. George*, [1966] S.C.R. 267, 55 D.L.R. (2d) 386.

stipulated in the treaty, and not as a form of protection against valid exercises of legislative authority. Except in the context of a simple failure to act by the Crown, the legal force of a treaty is dependent on the good will of Parliament.²⁰⁸

A similar judicial orientation to the legal status and interpretation of treaties is evident in the recent case of *Sioui*.²⁰⁹ In *Sioui*, the respondents were members of the Huron band on the Lorette Indian reserve in Quebec. They were convicted of cutting down trees, camping and making fires in a provincial park, contrary to provincial legislation.²¹⁰ They alleged that they were engaged in ancestral customs and religious rites protected by a treaty entered into by the Hurons and the Crown in 1760. Justice Lamer (as he then was) held for the respondents, ruling that the agreement between the Hurons and the Crown constituted a treaty, that the parties thereto were competent to enter into it, that it had not been extinguished, and that the respondents were exempt from the relevant provincial regulations by virtue of s. 88 of the *Indian Act*. In his analysis of the scope of the right asserted, Lamer J. gave a broad and liberal interpretation of the treaty's provision for "the free Exercise of [the Hurons'] religion, [and] their Customs."²¹¹ Given that there is no mention made in the treaty of the territory over which the treaty rights may be exercised, it was argued that the treaty right did not extend to activities performed in park territory. Lamer J. held that the issue had to be resolved "by determining the intention of the parties ... at the time it was concluded."²¹² Sensitive to native expectations as well as those of the English, Lamer J. was of the view that "the rights guaranteed by the treaty could be exercised over the entire territory frequented by the Hurons at the time, so long as the carrying on of the customs and rites is not incompatible with the particular use made by the Crown of this territory."²¹³ Yet, like Dickson C.J.'s

²⁰⁸This is now subject to s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*; see *infra*, text accompanying notes 232-57.

²⁰⁹*Supra*, note 163.

²¹⁰*Parks Act*, R.S.Q. 1977, c. 9.

²¹¹*Supra*, note 163 at 1031.

²¹²*Ibid.* at 1068.

²¹³*Ibid.* at 1070. It should be noted that Lamer J. excluded the free exercise of religion on private property from the scope of the treaty right. He did this by claiming that the intent of the parties conformed to nonnative legal categories, namely, the distinction between public and private ownership, while at the same time acknowledging that the Hurons were probably unaware of the consequences of private ownership. He stated the following:

I readily accept that the Hurons were probably not aware of the legal consequences, and in particular of the right to occupy to the exclusion of others, which the main European legal systems attached to the concept of private ownership. Nonetheless I cannot believe that the Hurons ever believed that the treaty gave them the right to cut down trees in the garden of a house as part of their right to carry on their customs (*supra* at 1072).

Relying on the intent of the parties to support the invocation of the public/private distinction in the context of an agreement where one party is unaware of the legal consequences of the concept of private ownership is, to say the least, highly problematic.

reasons in *Simon*, and subject to the Court's view on s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*,²¹⁴ Justice Lamer's judgment presumes that a legislature possesses the legislative authority to regulate or extinguish treaty rights. The provincial legislation making it an offence to cut down trees in the park was held inapplicable to the respondents not by virtue of the existence of the treaty right in and of itself but by virtue of its combined effect with s. 88 of the *Indian Act*. Section 88 was held to protect the treaty from extinguishment by provincial legislation, and Justice Lamer further held that the appellant's arguments that a number of actions by the British Crown constituted extinguishment did not meet the strict burden of proof governing extinguishment as stipulated in *Simon*.

Both *Simon* and *Sioui* indicate a shift in the nature of treaty jurisprudence away from an approach marked by a multiplicity of procedural hurdles and narrow readings of treaty rights as evidenced by the judgments in *Pawis* and *Sylbi-boy*. In its place is a set of principles more sensitive to native interests, which call for broad and liberal readings of treaty rights and a relaxation of procedural requirements usually associated with actions in breach of contract. Both judgments heed the expectations of native negotiators at the time the treaty was entered into, and neither relies unduly on Anglo-Canadian values detrimental to native interests when giving meaning to abstract treaty rights. Yet despite a statement by Justice Lamer in *Sioui* that "[t]he very definition of a treaty ... makes it impossible to avoid the conclusion that a treaty cannot be extinguished without the consent of the Indians concerned,"²¹⁵ both judgments ultimately rest on the existence of s. 88 of the *Indian Act*, which legislatively provides that treaty rights will be paramount over conflicting provincial legislation. Parliament has jurisdiction over "Indians, and Lands reserved for the Indians" by virtue of s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, which enables it to shield treaty rights from provincial regulation. Federal legislation renders treaty rights paramount over conflicting provincial law; a treaty standing alone is still conceived of as subordinate to legislative authority. It is an open question whether a treaty right would be paramount over conflicting provincial legislation in the absence of s. 88. More importantly, apart from the *obiter* by Justice Lamer in *Sioui*, treaty rights are not paramount over federal legislation. Still conceived in contractual terms, treaties are not imagined as binding the legislative authority of Parliament. Subject to the Court's view of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*,²¹⁶ Parliament remains supreme, and rights stemming from treaties with the Crown are subject to federal legislative interference.

Although *Sioui* and *Simon* indicate a significant movement away from traditional judicial methods of treaty interpretation, the shift has not been com-

²¹⁴See *infra*, text accompanying notes 232-57.

²¹⁵*Supra*, note 163 at 1063.

²¹⁶See *infra*, text accompanying notes 232-57.

plete. In *Horse v. R.*,²¹⁷ a case decided before *Sioui* but after *Simon*, the appellants were charged and convicted of violating provincial game laws for hunting on private farm property. The appellants alleged that they were entitled to engage in the activity in question by virtue of Treaty Six. Though the text of the Treaty supported the Crown's case, in that it provided that the "said Indians shall have the right to pursue their avocations of hunting and fishing throughout the tract surrendered ... saving and excepting such tracts as may from time to time be required or taken up for settlement,"²¹⁸ the appellants pointed to oral evidence suggesting that they were entitled to hunt on private land subject to the interests of the property holder and with regard to the safety of others.²¹⁹ The appellants argued that oral evidence suggested that Treaty Six contemplated that Indians were entitled to hunt over land taken up for settlement under a joint use concept, namely, upon the settlement of these lands, the Indian right to hunt was not extinguished but rather the lands came to be used jointly by the Indian and the settler.

In dismissing the appeal, Estey J. for a unanimous Court had "reservations" about referring to oral evidence given the parole evidence rule that "extrinsic evidence is not to be used in the absence of ambiguity."²²⁰ Paying lip service to Dickson C.J.'s exhortation in *Simon* that treaties "should be liberally construed and doubtful expressions resolved in favour of the Indian,"²²¹ though not conceding that the text of Treaty Six is ambiguous on the point, Estey J. went on to consider the Morris text, which he claimed "reinforces the conclusion that the argument of the appellant for joint use of lands taken up by settlement must be rejected."²²² Yet when he examined the Morris text, Estey studiously ignored the evidence supportive of the appellant's case, and concentrated instead on parole evidence in relation to three *other* treaties: Treaties One, Three and Four. Estey J. then argued that during the negotiation of the treaty at issue, Treaty Six, federal negotiators stated that the agreement was analogous to Treaties One, Three and Four. In his view, since in the records of these other negotiations there was no statement made by the Indians expressly requesting the right to hunt on occupied lands, and since federal negotiators indicated that the terms of Treaty Six "were analogous to those of the previous treaties," the conclusion that Treaty

²¹⁷[1988] 1 S.C.R. 187, 47 D.L.R. (4th) 526 [hereinafter *Horse* cited to S.C.R.].

²¹⁸*The Treaties of Canada*, *supra*, note 161 at 353.

²¹⁹More specifically, the appellants relied on the following extract from *The Treaties of Canada*, *ibid.* at 215-18:

[Chief Tee-Tee-Quay-Say:] We want to be at liberty to hunt on any place as usual ...
 [Lieutenant Governor Morris:] You want to be at liberty to hunt as before. I told you we did not want to take that means of living from you, you have it the same as before, only this, if a man, whether Indian or Half-breed, had a good field of grain, you would not destroy it with your hunt...

²²⁰See *Cross on Evidence*, 6th ed. (London: Butterworths, 1985) at 615-16.

²²¹*Supra*, note 217 at 202.

²²²*Ibid.* at 203.

Six did not contemplate hunting on occupied lands was "inescapable."²²³ He added that the evidence relied on by the appellant "can be read in a manner consistent with the written provision,"²²⁴ though he offered no reasons as to why one ought to read the extrinsic evidence in such a manner.

Estey J.'s judgment in *Horse* is an indication that the shift in interpretive technique advocated by Dickson C.J. in *Simon* and subsequently adopted by Lamer J. in *Sioui* has not been complete. Estey J.'s reluctance to consider oral evidence in *Horse* may have been overcome by Dickson C.J.'s statement in *Simon* that treaties are to be liberally construed, but his understanding of the text of Treaty Six and his treatment of oral evidence surrounding the treaty's negotiation evoke the interpretive blindness of another era. His refusal to concede that the text of the Treaty does not foreclose hunting on settled lands is a manifestation of an unwillingness to accept the possibility that a surrender of Indian lands can be viewed in nonexclusive terms, namely, as involving an invitation by natives to nonnative people to use the land in question and to assert priority when such use conflicts with Indian interests. Estey J.'s judgment assumes without question the legitimacy of applying traditional Anglo-Canadian assumptions concerning the meaning of surrender in a context where joint use by natives and nonnative people is possible. His stubborn focus on oral evidence surrounding the negotiation of three other treaties and his claim that such evidence supports the view that Treaty Six did not contain the right to hunt on occupied territories, are at best disingenuous arguments and at worst constitute a profoundly disturbing exercise of judicial power. Simply stating that the oral evidence surrounding the negotiation of Treaty Six can be read in a manner consistent with the written guarantee, *i.e.*, in a manner consistent with the conclusion that the Treaty does not include the right to hunt on occupied lands, begs the question whether the written guarantee in fact ought to exclude such activity. It also begs the question whether the oral evidence ought to be read in a manner consistent with such a conclusion. The alternative conclusion, that the oral evidence does support a right to hunt on occupied Crown lands, is not ruled out by the language of the Treaty and can be supported by the oral evidence presented by the appellant. Given that the evidence and the text of the Treaty are ambiguous on the point, why reach the conclusion that the Treaty does not authorize the activity in question? No reasons are offered in this regard, and the failure by Estey J. to offer such reasons indicates a stubborn unwillingness to seriously entertain treaty claims in the face of legislative regulation.

Another case decided after *Simon* but before *Sioui* indicates that treaty jurisprudence is caught between two interpretive approaches: the expansive, liberal vision of *Simon* and *Sioui* and the narrow, conservative vision of early juris-

²²³*Ibid.* at 205 & 208.

²²⁴*Ibid.*

prudence and Justice Estey in *Horse*. In *Horseman v. R.*,²²⁵ a member of the Horse Lakes Indian Band shot and killed a grizzly bear in self-defence while lawfully hunting moose under the terms of Treaty Eight and the Alberta Natural Resources Transfer Agreement of 1930. A year later, in need of money to support his family, he obtained a grizzly bear hunting license and sold the hide. When read in conjunction with the Transfer Agreement, the treaty entitled the appellant to hunt for food only, namely, for sustenance for himself or his family, and not for commercial purposes. At the time he shot the grizzly, he was not in possession of a grizzly hunting license. He was subsequently charged with unlawfully trafficking in wildlife, contrary to s. 42 of the *Alberta Wildlife Act*.²²⁶ The issue facing the Supreme Court of Canada on appeal was whether *Horseman* could properly be said to have been hunting for food pursuant to Treaty Eight when he killed the bear in self-defence. If so, s. 88 of the *Indian Act* would shield the appellant from prosecution under s. 42 of the *Wildlife Act*.

In dismissing *Horseman's* appeal, Cory J. held that the fact that the bear was killed in self-defence is no defence to the charge of illegally trafficking in bear hides. Reading the treaty right to hunt "for food" as meaning only the right to hunt for direct consumption of the product of the hunt, Cory J. refused to consider a more liberal interpretation of the right to hunt for food, one which would include the right to hunt for support and subsistence and exclude sport or commercial hunting.²²⁷ Cory J. attempted to justify his conclusion by arguing that "if it were permissible to traffic in hides of grizzly bears that were killed in self-defence, then the numbers of bears slain in self-defence could be expected to increase dramatically."²²⁸ If the permission to traffic in bear hides came from a treaty right to engage in commercial hunting, then this might in fact be the case. Yet if the permission to traffic came from a treaty right to hunt for support and sustenance, the number of bears slain in "self-defence" could not be expected to rise dramatically. Justice Cory himself noted the low chances of success on planned bear hunts, a success rate between two and four per cent for a license holder.²²⁹ In any case, there was no question but that the bear was slain in self-defence in the present case. Indeed, as Justice Wilson pointed out in dissent, "it is difficult ... to describe Mr. *Horseman's* act as 'hunting' at all."²³⁰ Justice Cory's steadfast refusal to interpret the appellant's treaty right to hunt for food as including slightly more than the right to hunt for direct consumption of the product of the hunt indicates a reluctance to embrace the trend begun in *Simon*

²²⁵[1990] 1 S.C.R. 901, 55 C.C.C. (3d) 353 [hereinafter *Horseman* cited to S.C.R.].

²²⁶R.S.A. 1980, c. W-9, s. 42 [hereinafter *Wildlife Act*], now S.A. 1984, c. W-9.1.

²²⁷A distinction drawn by Wilson J. in dissent. See also Dickson J. (as he then was) in *Moosehunter v. R.*, [1981] 1 S.C.R. 282, 123 D.L.R. (3d) 95.

²²⁸*Supra*, note 225 at 937.

²²⁹*Ibid.*

²³⁰*Ibid.* at 922.

and continued in *Sioui* toward liberal interpretations of treaty guarantees, geared toward native understandings of permissible practice.

D. Summary: Revising Treaty Jurisprudence

Jurisprudence surrounding treaties negotiated between the Crown and native peoples is marked by a well-defined set of principles that speak to the legal status of treaties and the substantive rights established by the treaty-making process. With respect to the former, jurisprudence was originally based on the view that natives were different than, and inferior to, nonnative people. Native people were imagined as not possessing the authority to enter into binding reciprocal arrangements with the Crown. Treaties were imagined as not having the force of law, and amounted to little more than nonbinding political arrangements entered into by the Crown with native people. Eventually, the law came to recognize the legal status of native people to enter into agreements which could be enforced in a court of law, by abandoning the view that native people are different than and inferior to nonnative people. Grounded in connotations of similarity, the enforceability of treaties is currently seen in contractual terms. Native people are imagined as similar to other subjects of the realm, entitled to enter into contractual arrangements with the Crown and sue for noncompliance. Yet, if treaties are imagined as little more than contractual arrangements, their contents will be subject to legislative regulation and extinguishment. At least prior to the passage of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, legislative initiatives were seen as paramount to the terms and conditions of treaties. Under this view, the fact that provincial legislation is rendered inoperative in the context of the successful assertion of a treaty right is not because treaties occupy a higher plane of entitlement than statutory initiatives but rather because federal legislation declares treaty rights to be paramount over provincial legislation. Absent s. 88 of the *Indian Act*, treaty rights would be subject to the valid exercise of legislative authority by either level of government. Their status with respect to provincial legislation is a function of the good will of Parliament as expressed in s. 88 of the *Indian Act*, and not because they occupy a special place in Canadian law.

With respect to the way in which the judiciary has interpreted the content of treaty guarantees, the interpretive enterprise was initially characterized by a refusal to treat native expectations differently than nonnative expectations. That is, vague treaty guarantees were infused with substantive meaning by unquestioned reference to a reliance on Anglo-Canadian categories of legal understanding. Notions of private property and freedom of contract guided the judiciary in interpretive movements from abstract treaty rights to concrete applications. The "plain meaning" of vague treaty guarantees was determined by a process which accepted without question the legitimacy of Anglo-Canadian legal categories of understanding. Recently, treaty jurisprudence has come to

embrace native difference, with the acknowledgement that native expectations concerning the meaning of treaty entitlements may well have been markedly different than those entertained by the agents of the Crown. The interpretive process still places a high premium on the intent of the parties to the agreement, expanded to incorporate the original expectations of native negotiators. Yet Anglo-Canadian understandings concerning the meaning of land surrenders still permeate jurisprudence surrounding the interpretation of treaties with native people, legitimated by a vision of native people as the same as nonnative people. Treaties that involve the surrender of land in return for certain specified benefits from the Crown are imagined as vesting in the Crown an absolute right to exclude native use and enjoyment of ceded land. Thus a set of assumptions steeped in Anglo-Canadian understandings concerning the ownership and the right of exclusion unquestionably informs treaty jurisprudence, to the detriment of alternative understandings of land surrenders which would acknowledge the possibility of joint use except in the case of actual conflict.

The above jurisprudential traits have the effect of maintaining and perpetuating a hierarchical relationship between native peoples and the Canadian state through the medium of treaty guarantees. Though the extremes of traditional acts of judicial interpretation have been eliminated by the new approach called for by Chief Justice Dickson in *Simon*, Anglo-Canadian conceptions are still imported into the process of interpreting treaty guarantees in the context of determining the meaning of land surrenders. Moreover, unless the Court holds to the contrary under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, Parliament remains free to regulate or extinguish rights guaranteed by treaties, and in the absence of specific federal legislation to the contrary, provincial legislatures are similarly empowered to regulate and even extinguish treaty rights. The end result is a set of principles that perpetuates a state of legal dependence by native peoples on the legislative good will of the Canadian state and frustrates rather than facilitates the realization of self-government.

If the law governing treaty rights is to further the cause of native self-government, treaties ought to be interpreted as binding on Parliament and provincial legislatures. Justice Lamer's statement in *Sioui* that "[t]he very definition of a treaty ... makes it impossible to avoid the conclusion that a treaty cannot be extinguished without the consent of the Indians involved"²³¹ ought to be taken seriously as precedential support for the proposition that federal and provincial legislation is not paramount over conflicting treaty guarantees; promises made to natives by the Crown ought to be imagined as setting the boundaries of permissible legislative activity in the future. Imagining treaties in this way forces reconsideration of traditional understandings of the nature of legislative authority; its end result would be to view treaties entered into by the

²³¹*Supra*, note 163 at 1063.

Crown with native peoples as constitutional documents demarcating permissible and impermissible spheres of legislative authority as it intersects with native interests. Yet treaties ought to be imagined as constitutional documents; they represent historic agreements between Canada's First Nations and settling people as to the use and enjoyment of land and played a critical role in the constitution of Canada.

Moreover, despite their particular differences, treaties share the overarching purpose of protecting forms of native self-government from nonnative interference. Jurisprudence surrounding the interpretation of the substance of treaties ought to accord treaties the type of interpretive respect befitting a constitutional document that has as its purpose the protection of fragile forms of self-government. Although *Simon* and *Sioui* do much to reorient the interpretive understanding of treaties in this manner by their acceptance of "liberal and purposive" interpretations of treaty guarantees, treaty jurisprudence should acknowledge that the purpose toward which purposive interpretations of treaty rights ought to be geared is the protection of nascent forms of native self-government. This redefinition of the purposes of treaties ought to redirect the interpretation of the content of treaty guarantees away from the tendency to infuse substantive content by reference to Anglo-Canadian categories of understanding. Again, *Simon* and *Sioui* represent bold efforts in this regard, though their success must be tempered in light of *Horse* and *Horseman*.

The approaches taken in *Simon* and *Sioui*, however, need to be extended to govern understandings of land surrenders. Still viewed through Anglo-Canadian lenses of understanding, provisions governing surrenders are conceptualized as vesting in the Crown an absolute right to dictate the use to which surrendered lands can be put and a corresponding right to exclude native use and enjoyment regardless of the lack of any potential conflict in use engendered by native enjoyment. Justice Lamer's theory of compatibility of use, articulated in *Sioui* where the treaty at issue did not contemplate land surrender, ought to be extended to govern the meaning of land surrender treaties. That is, a treaty involving the surrender of land by native people should not be viewed as automatically stripping native people of continued use and enjoyment of the land in question. Instead of viewing a surrender as a relinquishment of all native rights to the land, a surrender should be treated as the granting of consent to a system whereby land could be shared by native and nonnative people, with priority of use attaching to one party by virtue of the surrender. Where native people can continue to use the land in a manner that does not threaten the use put to the land by the Crown, then surrender need not foreclose native use and enjoyment. Such an interpretation of land surrender agreements challenges traditional Anglo-Canadian ways of understanding title transfers, yet is critical to the ability of native people to use and enjoy ancestral lands surrendered by treaty to the

Crown, which use and enjoyment is intimately connected to the aspiration of native self-government.

V. Aboriginal Rights and the Constitution

Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982* provides that "[t]he existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed." Depending on the meaning given to s. 35(1), the constitutional sphere could serve as a powerful source for the realization of the aspiration of native self-government. Unlike the other areas of law analyzed earlier, the constitutional sphere is one which could facilitate self-government without the need to rearrange basic Anglo-Canadian categories of legal understanding. For years, the judiciary has policed the boundary between federal and provincial jurisdiction. With the advent of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*,²³² the judiciary is relatively comfortable with the task of striking down legislation that interferes with constitutional rights and freedoms. The idea that laws must conform to basic constitutional principles is no longer alien to the Canadian constitutional imagination. To the extent that self-government requires immunity from legislative action, much of the interpretive work necessary to realize self-government could proceed in the constitutional sphere without upsetting traditional categories of legal understanding.

A. *R. v. Sparrow*

Although it is too early to define with certainty the traits that characterize constitutional jurisprudence under s. 35(1), there are indications that s. 35(1) may well involve the entrenchment of aspects of a legal relationship of dependence between First Nations and the Canadian state through the medium of constitutional right. In *R. v. Sparrow*,²³³ the Supreme Court of Canada recently had occasion to interpret the scope and meaning of s. 35(1) with respect to its relation to aboriginal rights existing at common law. At issue in *Sparrow* was the validity of a fishing permit issued under the federal *Fisheries Act*²³⁴ to the Musqueam Indian band which required members of the band to use a drift net with a maximum length of 25 fathoms. The appellant was apprehended fishing with a net which was 45 fathoms in length. He admitted violating the terms and conditions of the permit but asserted an aboriginal right to fish and that the length restriction in the permit was inconsistent with s. 35(1) and therefore invalid. Prior to the passage of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, the case would have been decided in accordance with the principle articulated in *R. v. Derrik-*

²³²Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B of the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11.

²³³*Supra*, note 27.

²³⁴*Supra*, note 125, ss. 34, 61(1).

san, where the Court held that any aboriginal right to fish is subject to the valid exercise of federal legislative authority.²³⁵ Legislation passed pursuant to a valid head of power, in this case Parliament's authority to pass laws in relation to inland fisheries pursuant to s. 91(12) of the *Constitution Act, 1867*, can apply so as to regulate common law aboriginal rights. The appellant argued that s. 35(1) "recognized and affirmed" his aboriginal right to fish and as a result shielded him from the application of otherwise valid federal legislation.

In finding for the appellant, Dickson C.J. and La Forest J. set out in broad strokes an approach which no doubt will structure future claims involving s. 35(1). Calling for a "generous, liberal" and "purposive" interpretation of s. 35(1),²³⁶ the two judges analogized to recent jurisprudence surrounding treaties and argued that the content of s. 35 must be sensitive to the interests of native people. They also stated that s. 35(1) must be interpreted in light of *Guerin*'s requirement that the government "act in a fiduciary capacity with respect to aboriginal peoples."²³⁷ These two guiding principles respectively informed the way in which meaning was given to the scope of s. 35 and the assessment of state initiatives which infringe s. 35 interests. With respect to the former, Dickson C.J. and La Forest J. first ruled that s. 35(1) applies to rights which were in existence when the *Constitution Act, 1982* came into effect. Following lower courts on the issue,²³⁸ they held that any aboriginal rights extinguished either by treaty or by legislation cannot be revived by s. 35(1). Secondly, they held that an existing aboriginal right cannot be read so as to incorporate or include the specific manner in which it was regulated before 1982. This holding put to rest a division of opinion between lower courts on the matter. Some courts had held that s. 35(1) protects only the residue of native freedom which remained after accounting for state regulation;²³⁹ such an approach would have the effect of delineating the scope of s. 35(1) by reference to the nature and

²³⁵See also *supra*, text accompanying notes 124-25.

²³⁶*Supra*, note 27 at 1106.

²³⁷See *supra*, text accompanying notes 104-12.

²³⁸See *R. v. Eninew* (1984), 1 D.L.R. (4th) 595, 7 C.C.C. (3d) 443 (Sask. Q.B.), aff'd (1984), 10 D.L.R. (4th) 137, 12 C.C.C. (3d) 365 (Sask. C.A.); *A.G. Ontario v. Bear Island Foundation*, *supra*, note 135; *R. v. Hare and Debassige* (1985), 20 C.C.C. (3d) 1, 3 C.N.L.R. 139 (Ont. C.A.); *Steinhauer v. R.* (1985), 63 A.R. 381, 15 C.R.R. 175 (Alta. Q.B.); *R. v. Agawa* (1988), 28 O.A.C. 201, (1989) 53 D.L.R. (4th) 101. But see *R. v. Martin* (1985), 65 N.B.R. (2d) 21, 17 C.R.R. 375 (N.B.Q.B.). See also D.E. Sanders, "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1983) 61 Can. Bar Rev. 314 at 331; K. Lysyk, "The Rights and Freedoms of the Aboriginal Peoples of Canada" in W.S. Tarnopolsky & G.A. Beaudoin, eds, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary* (Toronto: Carswell, 1989) 478; B. Slatery, "The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights" (1982-83) 8 Queen's L.J. 232 at 262-65; K. McNeil, "The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1982) 4 Sup. Ct. L. Rev. 255 at 257-58; Pentney, *supra*, note 135.

²³⁹*R. v. Martin*, *ibid.*; *R. v. Eninew*, *ibid.*; *Horse v. R.*, [1985] 1 W.W.R. 1 (Sask. C.A.), aff'd *supra*, note 217; *R. v. Netmaker*, [1985] 3 C.N.L.R. 181 (Sask. Prov. Ct.).

extent of state regulation of native activity in existence in 1982. Others argued that the right recognized by s. 35(1) is that which is protected by the common law prior to taking into account the existence of state regulation.²⁴⁰ In siding with the latter approach, Dickson C.J. and La Forest J. made it clear that state regulation of common law aboriginal rights are now subject to constitutional review.

The two judges also found that the Musqueam Indian Band had an aboriginal right to fish, referring to evidence which established that the Musqueam lived on the north shore of the Fraser River as an organized society long before European settlement of surrounding area. Evidence also disclosed that the taking of salmon was an integral part of their lives, being an important source of food and central to the system of ceremony and beliefs of the Salish people, of which the Musqueam were one of several tribes. The appellant was apprehended fishing in ancient tribal territory where his ancestors had fished since "time immemorial."²⁴¹ The Court thus eliminated any lingering doubt as to the existence of aboriginal rights at common law, indicating by implication that *Calder* no longer ought to be interpreted as providing that the common law does not recognize the concept of aboriginal right.²⁴² In further holding that the aboriginal right to fish had not been extinguished prior to 1982 by state action, the Court reiterated that "the Sovereign's intention [to extinguish] must be clear and plain."²⁴³ Permits issued pursuant to the *Fisheries Act* "were simply a manner of controlling the fisheries, not defining underlying rights."²⁴⁴ The Court avoided discussion of whether the Musqueam aboriginal right to fish included a right to fish for commercial purposes, arguing that the case was not presented on the footing of an aboriginal right to fish for commercial or livelihood purposes.

The notion that federal authorities are to act in a fiduciary capacity with respect to native peoples informed the Court's approach with respect to determining whether a particular law or state action infringed s. 35(1) and whether such infringements are constitutionally justifiable. With respect to the question whether s. 35(1) rights had been infringed, the Court was of the view that the presence of a fiduciary relationship entailed asking whether the limitation in question was unreasonable, whether it imposed undue hardship, and whether it denied aboriginal people of the "preferred means" of exercising their right, in sum, "whether either the purpose or the effect of the restriction on net length

²⁴⁰*R. v. Sparrow* (1986), 36 D.L.R. (4th) 246 (B.C.C.A.), aff'd, *supra*, note 27. See also Pentney, *supra*, note 135 at 210-15; Slattery, *supra*, note 238 at 254-57; McNeil, *supra*, note 238 at 256-57; B. Slattery, "Understanding Aboriginal Rights" (1987) 66 Can. Bar Rev. 727 at 781-82.

²⁴¹*Supra*, note 27 at 1084.

²⁴²See *supra*, text accompanying notes 92-102.

²⁴³*Supra*, note 27 at 1099.

²⁴⁴*Ibid.*

unnecessarily infringes the interests protected by the fishing right.”²⁴⁵ The fiduciary relationship between the Crown and native people also informed Dickson C.J.’s and La Forest J.’s analysis of the constitutionality of laws which infringed s. 35(1) interests. In their view, such a relationship required that “federal power must be reconciled with federal duty and the best way to achieve that reconciliation is to demand the justification of any governmental regulation that infringes upon or denies aboriginal rights.”²⁴⁶ Thus even though the *Constitution Act, 1982* does not state that s. 35(1) rights are subject to s. 1 of the *Charter*, the Court was willing to embrace a mode of analysis which required the government to “bear the burden of justifying any legislation that has some negative effect on any aboriginal right protected under s. 35(1).”²⁴⁷ In the event of a s. 35(1) violation, the government would have to demonstrate a valid legislative objective, such as conservation or the prevention of harm to the general populace or aboriginal peoples. Secondly, the government would have to show that “any allocation of priorities after valid conservation measures have been implemented must give top priority” to Indian interests, in this case, fishing interests.²⁴⁸ The Court also indicated that other cases may require determining whether there has been as little infringement as possible in order to effect the desired result; whether fair compensation has been made available in the event of expropriation; and whether there has been adequate consultation with affected native peoples with respect to the implementation of conservation measures. The Court ordered a retrial to allow for findings of fact to determine whether the net length restriction constituted an infringement of the Musqueam right to fish and, if so, whether such regulation was justifiable according to the above-mentioned tests.

Sparrow represents an ambitious and far-reaching attempt to include the needs and interests of First Nations in the constitutional sphere. The Court interpreted s. 35(1) so as to constitutionalize the protection previously accorded to native peoples under the common law of aboriginal title and as a result subject legislative initiatives which regulate or extinguish common law rights to constitutional scrutiny. By calling for a liberal and purposive interpretation of the scope of s. 35(1) rights, the Court was sensitive to native perspectives on the content of aboriginal rights. By interpreting the phrase “existing aboriginal rights” to refer not to the residue of freedom left over after state regulation is taken into account, the Court ensured that laws which engage in regulation of common law rights are tested against a justificatory standard akin to the tests developed in *R. v. Oakes*²⁴⁹ under s. 1 of the *Charter*.

²⁴⁵*Ibid.* at 1112.

²⁴⁶*Ibid.* at 1109.

²⁴⁷*Ibid.* at 1110.

²⁴⁸*Ibid.* at 1116.

²⁴⁹[1986] 1 S.C.R. 103, 26 D.L.R. (4th) 200.

Though *Sparrow* strictly speaking was not a case which involved the assertion of treaty rights, there is no reason why a similar approach might not be taken with respect to laws which regulate or extinguish treaty rights.²⁵⁰ Moreover, by including within the calculus of tests that comprise the justificatory stage of review the need to consult native people affected by state regulation which impairs their interests, the Court in *Sparrow* offset some of the concerns associated with the proposition that aboriginal rights are not shielded from some forms of state intervention. If the requirement of consultation is deepened and extended in future cases, it could result in a constitutional requirement of an equal partnership between governments and First Nations in the drafting of laws which affect s. 35(1) rights; native consent to laws that affect their interests could become a precondition of constitutionality. Though it is too early to judge the extent to which the judiciary will facilitate the realization of self-government by the invocation of constitutional rights, the Court in *Sparrow* laid down a framework for the constitutional protection of First Nations interests which is strongly supportive of the active involvement of native people in the formation of laws which govern their lives.

Yet, although the Court ought to be applauded for its display of sensitivity to the interests and needs of First Nations in its emergent constitutional jurisprudence on aboriginal rights, the principles laid down in *Sparrow* maintain a relationship of legal dependence between native peoples and the Canadian state analogous to that which exists in the other areas of the law canvassed earlier in this article. Underpinning the Court's interpretive understanding of s. 35(1) is the proposition that native people are in a hierarchical relationship with the Crown, albeit tempered by the attachment of fiduciary obligations to the Crown upon the exercise of its discretion. The way in which the Court invoked the proposition that the Crown is under a fiduciary obligation toward native peoples permitted the Court to take a deferential stance with respect to laws that potentially infringe s. 35(1) interests. That is, in order to show an infringement of s. 35(1) interests, a plaintiff will have to demonstrate that state regulation of those interests is "unreasonable" and constitutes "undue hardship."²⁵¹ The application of a reasonableness standard to the initial stage of determining whether a violation of s. 35(1) has occurred injects considerations which ought to be extraneous to this aspect of the constitutional inquiry. Whether a particular infringement is unreasonable has little to do with the fact that it infringes on s. 35(1) interests. Applying a reasonableness standard to the determination whether a particular law infringes aboriginal rights inevitably leads the judiciary into an assessment of the reasons for the legislative initiative. The content of s. 35(1)

²⁵⁰In *Simon*, *supra*, note 163, the Supreme Court of Canada avoided this issue, holding that in light of s. 88 of the *Indian Act* it was not necessary to consider s. 35(1) of the *Constitution Act*, 1982.

²⁵¹*Supra*, note 27 at 1112.

rights becomes dependent in part on the legislative purpose and effect of laws which affect the interests that the right is designed to protect. The inclusion of a reasonableness standard at this stage of the inquiry indicates that the Court is willing to defer to a certain extent to the state's assessment of what is or is not in the interests of First Nations. The scope of aboriginal rights remains dependent upon the actions of those institutions against which First Nations ought to receive constitutional protection. The Court's reliance on the idea that the Crown bears fiduciary responsibilities toward native peoples to support a reasonableness standard indicates that the Court is not willing to move away from a hierarchical vision of the relationship between First Nations and the Canadian state in the realm of constitutional jurisprudence.

Moreover, underlying the Court's reasons in *Sparrow* is the assumption that Canada enjoys sovereign authority over its indigenous population. Laws limiting the exercise of rights protected by s. 35(1) will undergo judicial scrutiny to ensure that they further a valid legislative objective and accord priority to whatever native interests remain after the implementation of means necessary to achieve such an objective. Yet the Court does not question Parliament's ultimate jurisdiction over Canada's First Nations; it only requires that the exercise of legislative authority meet constitutional standards of justification. As stated by Chief Justice Dickson and Justice La Forest, "[i]t is worth recalling that while British policy towards the native population was based on respect for their right to occupy their traditional lands, ... there was from the outset never any doubt that sovereignty and legislative power, and indeed the underlying title, to such lands vested in the Crown."²⁵² This reiteration of legislative supremacy indicates that the judiciary is content to assume the legitimacy of the assertion of sovereignty by the discovering nations over the indigenous population at the time of settlement. The hierarchical relationship between First Nations and Canadian legislatures that emerged as a result of the assertion of sovereignty, ultimately underpinning jurisprudence on the distribution of legislative authority, has been tempered, but not displaced, by the interpretation given to s. 35(1). Parliament continues to possess the authority to pass laws regulating native life, so long as it meets the justificatory standards articulated in *Sparrow*. Absent is any consideration of the possibility that the doctrine of discovery, steeped as it is in notions of native inferiority, is an illegitimate basis for the continued assertion of Canadian sovereignty over the lives of native peoples. Native difference continues to be the justification for treating native people the same as nonnative people, namely, ultimately as subjects of the Crown.

B. Constitutional Recognition of Self-Government

Subsequent jurisprudence under s. 35(1) ought to extend the principles articulated by Dickson C.J. and LaForest J. in *Sparrow* to provide for more

²⁵²*Ibid.* at 1103.

powerful protection of native interests. Section 35(1) ought to be viewed as constitutional recognition of the aspiration of native self-government. Securing self-government through the medium of constitutional right entails the rejection of an approach which includes reasons for state regulation in the definition of the content of s. 35(1). It also entails rejecting the automatic assumption that Parliament has the authority to regulate native life so long as it conforms to acceptable regulatory techniques. Instead, it requires reading s. 35(1) as affirming a sphere of autonomy for native people over those matters that are central to their individual and collective self-definition. Section 35(1), in other words, ought to be viewed as authorizing and indeed requiring the judiciary to assess the legitimacy of the assertion of Canadian sovereignty over Canada's First Nations. Unless and until the law can generate justifications more acceptable than those relied on by Chief Justice Marshall in *Johnson v. M'Intosh* for the continued assertion of territorial sovereignty over Canada's indigenous population, the judiciary ought to police the borders of Canadian and First Nation sovereignty. Section 35(1) ought to be the vehicle through which matters central to the individual and collective self-definition of native peoples are shielded from legislative intrusion.

It may well have been the case that, prior to 1982, it would have been inappropriate for the judiciary to second-guess the legitimacy of the assertion of Canadian sovereignty over Canada's native peoples. Although there is nothing in the text of the *Constitution Act, 1867* dictating the conclusion that Canada possesses jurisdiction to pass laws affecting its indigenous population absent consent, and ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* could have been interpreted in the manner proposed in Part III of this article,²⁵³ courts have been loath to assess the legitimacy of claims of sovereignty made by their parent states. Known in law as the "act of state" doctrine, courts have traditionally imagined executive and legislative action in relation to the acquisition of new territory to fall outside the purview of domestic courts.²⁵⁴ Whatever may have been the case prior to 1982, however, the passage of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* dramatically changes the role of the judiciary as it relates to the legal and constitutional position of Canada's First Nations. Section 35(1) expressly "recognize[s] and affirm[s]" aboriginal and treaty rights of Canada's indigenous population. The content of those rights is directly dependent upon a judicial assessment of the legitimacy of the assertion of territorial sovereignty by European nations at the time of European settlement; Canadian sovereignty over its indigenous population is now a question for domestic constitutional law. Whether or not s. 35(1) shields native forms of life from federal or provincial

²⁵³See *supra*, text accompanying notes 146-54.

²⁵⁴See e.g. *Cook v. Sprigg*, [1899] A.C. 572; *Vajesingji Joravarsingji v. Sec. of State for India* (1924), L.R. 51; *Coe v. Commonwealth of Australia* (1979), 53 A.L.J.R. 403. For discussion, see McNeil, *supra*, note 60 at 131 n. 104 and Slatery, *Land Rights of Indigenous Canadian Peoples*, *supra*, note 75 at 45-59.

intrusion depends on the legitimacy of the claim that territorial sovereignty can be asserted by the settling nation without resort to conquest or cession as against an indigenous population. Section 35(1) thus requires the judiciary to assess the legitimacy of this claim; it subjects "acts of state" against Canada's indigenous population to constitutional scrutiny. Section 35(1), in other words, recognizes and affirms existing aboriginal and treaty rights; Parliament and provincial legislatures cannot assume that they are entitled to regulate those rights absent consent if the claim of sovereignty underlying legislative action is suspect. Given that s. 35(1) requires the judiciary to give meaning to aboriginal and treaty rights, the judiciary can no longer shirk the task of assessing the legitimacy of the claim. For courts to invoke the "act of state" doctrine in such a context would be, in Brian Slattery's words, to "conced[e] their status as passive instruments of colonial rule."²⁵⁵

Questioning the legitimacy of the claim of territorial sovereignty need not be an "all-or-nothing" affair. It may well be that Canada ought to be able to claim sovereign authority over its indigenous population in relation to some matters but not in relation to others, just as traditional constitutional principles governing the distribution of legislative power recognize that Parliament and provincial legislatures possess legislative authority in relation to different subject-matters. At this stage in s. 35(1) jurisprudence, the issue is not so much where the judiciary ought to draw the line but simply that s. 35(1) requires one to be drawn. As stated in Part III of this article, the judiciary already possesses a technique capable of performing this task: current jurisprudence on the limits of provincial jurisdiction over native people can be deepened to protect native self-identity from federal or provincial intrusion.²⁵⁶ No doubt conflict will arise from the constitutional embrace of the fact that native peoples possess "multiple loyalties;"²⁵⁷ multiple loyalties often collide. Yet the threat of possible collision in some cases should not stand as a reason against the establishment of institutional spaces that would permit greater control by native people over their individual and collective destinies. By taking on the twin tasks of assessing the circumstances in which Canadian sovereignty is justified and assisting in the formation of self-governing institutions for native peoples, the judiciary could begin to redress the individual and collective damage caused to Canada's First Nations by the continued invocation of Anglo-Canadian legal categories to resolve relations between native people and the Canadian state.

Conclusion

Despite moments of accommodation, the law governing native peoples has been resistant to the aspiration of native peoples to have more control of their

²⁵⁵Slattery, *supra*, note 126 at 9.

²⁵⁶See *supra*, text accompanying notes 146-54.

²⁵⁷Simeon, *supra*, note 152 at 53.

individual and collective destinies. The common law of aboriginal title recognizes a limited property interest in ancestral lands. Treaty jurisprudence reduces treaties entered into by native people and the Crown to little more than contractual arrangements. The law governing the distribution of authority and jurisprudence under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* assume without question legislative supremacy over First Nations. Each frame of reference utilized by the law to structure and make sense of native disputes involves the imposition of Anglo-Canadian legal categories of understanding onto native reality. The common law of aboriginal title unquestionably accepts the myth of underlying Crown title. The law governing the distribution of authority over native people assumes that there is no sphere of activity immune from state regulation. Treaty jurisprudence assumes the legitimacy of legislative supremacy over treaty guarantees. Jurisprudence under s. 35(1) equally rests on fundamental assumptions concerning the nature of constitutional right. These ways of legal knowing are projected onto the native context by a rhetoric that denies and embraces native difference. Native difference is denied where its embrace would render problematic current ways of knowing. Native difference is embraced where its denial would achieve similar results. As a consequence, each frame of reference utilized by the law to structure and make sense of native disputes perpetuates a legal relationship of dependence by native people on the Canadian state.

Despite the law's historic resistance to the aspiration of self-government by Canada's First Nations, it would be a mistake to suggest that the legal system is solely responsible for the appalling socio-economic conditions into which native people are born in Canada, as indicated by the statistics listed in the introduction to this article. The relationship between law and the socio-economic conditions of native people is far too complex to be reduced to a simple relation of cause and effect. In addition to legal practices, provincial and federal inaction, economic imperatives, ideological factors, as well as the inertia of history, all conspire among themselves to thwart the desire to pin responsibility for the lack of control which native people have over their lives on any one single factor. Law is but one factor among many which participates in the construction and maintenance of native reality. Yet even if law is but partially responsible for the current status of native people, this fact alone ought to be sufficient justification for re-imagining law's relation to Canada's First Nations.

The complexity of causality with respect to the conditions of native life, however, has certain implications for the design of a legal reform agenda aimed at vesting Canada's First Nations with more control over their individual and collective destinies. On the one hand, the fact that legal relations are but one of many factors working to maintain native socio-economic reality adds a dash of realism to the possibility that legal change alone can ameliorate the lives of native people. In fact, a sole emphasis on legal reform may frustrate attempts to improve the concrete lives of native people, in so far as it may serve to

obscure equally fundamental forces that maintain native inequality. What is needed is an all-encompassing set of parallel reforms at a variety of levels in Canadian society, including changes in relatively specific institutional arrangements such as fiscal policy,²⁵⁸ education policy,²⁵⁹ health care,²⁶⁰ child welfare,²⁶¹ policing,²⁶² criminal justice,²⁶³ resource management,²⁶⁴ and economic develop-

²⁵⁸For an excellent analysis of various fiscal arrangements and transfer programmes which could serve as models for a system of fiscal arrangements between the federal and provincial government and native peoples, see D.C. Hawkes and A.M. Maslove, "Fiscal Arrangements for Aboriginal Self-Government" in D.C. Hawkes, ed., *Aboriginal Peoples and Government Responsibility: Exploring Federal and Provincial Roles* (Ottawa: Carleton University Press, 1989) 93. See also M. Malone, *Financing Aboriginal Self-Government in Canada*, Background Paper No. 9 (Kingston: Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University, 1986) and R. Aniol, "Fiscal Arrangements: Creating Unique Financial Transfers for Indian Governments" (Address to the National Indian Government Conference, Toronto, 4 October 1990) [unpublished].

²⁵⁹For an overview of current education policy and analysis of reform options, see J. Paquette, *Aboriginal Self-Government and Education in Canada*, Background Paper No. 10 (Kingston: Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University, 1986). See also J. Barman, Y. Hébert & D. McCaskill, eds, *Indian Education in Canada*, vols. 1 & 2 (Vancouver: University of British Columbia Press, 1986).

²⁶⁰For a general account of issues surrounding health care delivery, see E. Cassidy & R.L. Bish, *Indian Government: Its Meaning in Practice* (Lantzville, B.C.: Oolichan & The Institute for Research on Public Policy, 1989) at 104-105; see also D.C. Speck, *An Error in Judgment: The Politics of Medical Care in an Indian/White Community* (Vancouver: Talonbooks, 1987), for a case study of delivery failure.

²⁶¹For an analysis of child welfare policy, see M.G. Kline, *Child Welfare Law, Ideology and the First Nations* (LLM Thesis, York University, 1990) [unpublished]; see also P. Johnston, *Native Children and the Child Welfare System* (Toronto: Canadian Council on Social Development & Lorimar, 1983); E.F. Carasco, "Canadian Native Children: Have Child Welfare Laws Broken the Circle?" (1986) 5 Can. J. Fam. L. 111; and S. Bull, "The Special Case of the Native Child" (1989) 47 Advocate 525.

²⁶²See *Report of the Osnaburgh Windigo Tribal Council Justice Review Committee*, 31 July 1990 (recommending native administration of justice and policing). For a description of current policing mechanisms, see R.H. Bartlett, "The Power and Jurisdiction of An Indian Act Band Police Force" (1985) 2 C.N.L.R. 1.

²⁶³See *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, Summary of Findings, vol 8, Digest of Findings and Recommendations, *supra*, note 2. The Marshall Report found that the treatment accorded to native people by the justice system is affected by several factors, including marginalized social status, absence of an economic land base, unemployment, poverty and social dysfunction, lack of adequate representation within the legal system, and racist assumptions about native difference. The Report recommended the establishment of a 5 year pilot project creating a community-controlled native criminal court, and the establishment of an Institute of Native Justice empowered to assess the incorporation of traditional law and to monitor potential discriminatory treatment in the legal system. See also M. Jackson, "Locking Up Natives in Canada" (1984) 23 U.B.C. L. Rev. 215 (proposing the implementation of programmes vesting native people with more control over incarceration and rehabilitation).

²⁶⁴For a scenario-based analysis of resource management in the wake of comprehensive land claims settlements in British Columbia, see F. Cassidy & N. Dale, *After Native Claims?: The Implications of Comprehensive Claims Settlements for Natural Resources in British Columbia* (Lantzville, B.C.: Oolichan & The Institute for Research on Public Policy, 1988).

ment on native land,²⁶⁵ as well as transformations of more amorphous phenomena such as political responsibilities toward native people and the way in which nonnative people view their relationship to, and responsibility for, the present conditions of native life.²⁶⁶

On the other hand, the fact that law is not solely responsible for the current conditions of native life makes the task of legal reform less daunting than it might otherwise appear. It is possible for the law to reform itself so as to become an instrument of native empowerment and at the same time avoid fears typically triggered by more radical clarion calls for fundamental transformation. Despite its structural resistance to self-government for Canada's First Nations, the legal imagination contains moments of possibility that could facilitate the realization of native self-government. The Marshall legacy in the common law of aboriginal title contains the seeds of a doctrinal approach to the nature and scope of native proprietary interests in ancestral and reserve lands which respects the fact of original occupation. The law governing the distribution of authority contains an interpretive approach with respect to the applicability of provincial laws of general application that could be extended to all forms of state regulation so as to carve out a sphere of activity immune from legislative intervention in which forms of native self-government could take root and flourish. Treaty jurisprudence ought to be refashioned so as to reconceptualize the purpose of treaties to be the protection of particular forms of self-government, and the broad and purposive method of interpretation currently accepted by the judiciary ought to be redirected so as to conform to such a purpose. Constitutional jurisprudence ought to deepen the requirement that native people be consulted in the formation of laws that affect their individual and collective identities so that native consultation and consent become preconditions of the constitutionality of laws that regulate native forms of life.

Reshaping the law's relation to native people requires questioning traditional Anglo-Canadian ways of understanding the world in which we live. Property law, resting on the assumption of underlying Crown title, thwarts the aspiration of native self-government from the outset by the unquestioned acceptance of a category of understanding antithetical to the desire of native people to have

²⁶⁵See *The Economic Foundation of Indian Self-Government, A Report for the House of Commons Special Committee on Indian Self-Government* (Thalassa Research Associates, 1983) (linking native economic development to settlement of land claims). See also *The Canadian Aboriginal Economic Development Strategy* (Ottawa: Supply and Services, 1989), for a statement of federal economic development objectives. See R. Francis, "The Development of an Economic Basis for Kingsclear Indian Nation" (Address to the National Indian Government Conference, Toronto, 3 October 1990) [unpublished], for a case study of economic development issues on the Kingsclear Indian Reserve in New Brunswick.

²⁶⁶See J.E. Chamberlin, *The Harrowing of Eden: White Attitudes Toward American Natives* (New York: Seabury Press, 1975), for a historical account of the imposition of European values onto native reality.

more control over their individual and collective destinies as those destinies relate to the lands upon which they live. The law governing the distribution of authority assumes rather than justifies the assertion of sovereignty over Canada's First Nations. Treaty jurisprudence rests on contractualist notions and severely limits the possibility of treaties entered into by native people and the Crown to serve as instruments of native self-government. Constitutional jurisprudence entrenches a relationship of hierarchy between native people and the Canadian state by its reliance on the proposition that native people are subject to the discretion of the Crown's authority, albeit tempered by the attachment of a fiduciary obligation. Yet these ways of legal understanding must be challenged and reshaped if the law is to assist in the empowerment of Canada's First Nations. The borders of the Canadian legal imagination must be redrawn so as to include the aspiration of native people to have greater control over their individual and collective destinies. Our home and native land deserves no less.

Les Enfants, Les Incapables et la Génétique

Thérèse Leroux*, Bartha M. Knoppers**
et Jean-Christophe Galloux***†

Les auteurs examinent la protection juridique que le droit canadien accorde actuellement aux enfants et aux incapables, dans la mesure où l'intégrité physique de ces personnes peut être mise en cause par l'expérimentation ou le traitement médical. Plus précisément, ils tentent de déterminer si certaines thérapies géniques peuvent être assimilées à l'une ou l'autre de ces formes d'intervention. Au plan du droit international, les auteurs constatent que le principe de l'inviolabilité de la personne est mis en oeuvre par de nombreux documents, dont la *Déclaration d'Helsinki* et la *Déclaration Universelle des droits de l'homme*. Par ailleurs, la *Charte canadienne des droits et libertés* consacre diverses formes de protection que pourrait invoquer un enfant ou un incapable qui serait soumis à une intervention médicale sans son consentement. Les auteurs se livrent également à une étude des dispositions contenues au *Code criminel* pour terminer par un examen minutieux des textes législatifs provinciaux qui réglementent l'expérimentation, la transplantation et le traitement médical. Les auteurs en arrivent à la conclusion que le droit doit continuer de refléter l'équilibre que notre société cherche à atteindre entre l'avancement des connaissances scientifiques et une protection efficace de ses membres les plus vulnérables.

The authors analyze the legal protection available in Canada to children and incapables where their physical integrity is affected by medical experiments or treatment. The authors are particularly interested in exploring the extent to which genetic techniques may be incorporated into the established categories of medical treatment and experimentation. On an international level, the authors note that the notion of the inviolability of the person is central to the protection of the person in the medical context, and explore this notion in the *Helsinki Declaration*, the *Universal Declaration of Human Rights*, as well as other documents. At the domestic level, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* provides various forms of protection which could be invoked by a child or an incapable who is subjected to a medical treatment without his or her consent. The authors also examine the relevant *Criminal Code* provisions, and undertake a detailed study of provincial legislation dealing with medical experiments, transplants, and treatment. In their conclusion, the authors discuss the need for Canadian society to face the challenge of balancing the promotion of scientific progress with the need to protect the rights of some of its most vulnerable members.

* Chercheur, Centre de recherche en droit public, Université de Montréal.

** Professeur, Faculté de droit et Chercheur associé, Centre de recherche en droit public, Université de Montréal.

*** Chercheur invité, Centre de recherche en droit public, Université de Montréal.

† Cette recherche a été réalisée grâce à une subvention accordée par le ministère fédéral de la Justice à même le Fonds des droits de la personne. Les auteurs remercient les personnes qui ont collaboré à cette recherche : Claire Bernard, Marie Dansereau, Nathalie Girard, Magali Lewis, Lori Luther, Brigitte Morneau et Carole Tremblay. Les auteurs expriment également leur reconnaissance au docteur Claude Laberge pour ses judicieux commentaires. Ce document est à jour au 30 septembre 1990.

Sommaire

Introduction

A. *Concepts scientifiques*

1. Notions générales de génétique humaine
2. Maladies et anomalies génétiques
 - a. *Le concept de pathologie génétique*
 - b. *Les expressions de la pathologie génétique*
3. Moyens de lutte contre les anomalies et les maladies génétiques

B. *Concepts juridiques*

1. Principe de l'inviolabilité de la personne
2. Notion de consentement

La protection juridique accordée aux enfants et aux incapables

A. *Le droit international*

1. L'expérimentation et la transplantation chez l'enfant et chez l'incapable
2. Le traitement médical de l'enfant et de l'incapable

B. *Le droit constitutionnel*

1. La liberté de conscience et de religion
2. La liberté d'association
3. Le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité
4. Les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives
5. Les traitements ou peines cruels et inusités
6. Le droit à l'égalité
7. L'article 1 de la *Charte*

C. *Le droit criminel*

1. La protection de l'intégrité physique de la personne et l'expérimentation
2. La protection de l'intégrité physique de la personne et le traitement médical

D. *Le droit provincial*

1. L'expérimentation
2. Le don de tissus entre vivants et la transplantation
3. Le traitement médical

E. *Les lignes directrices canadiennes*

Conclusion

Introduction

Le développement considérable que connaît la génétique depuis la révélation par Watson et Crick de la structure fine de l'ADN¹ (acide désoxyribonucléique) a ouvert à la médecine d'immenses horizons. Les techniques de l'ingénierie génétique, qui désormais autorisent l'homme à intervenir au niveau des structures géniques de l'individu, permettent tout à la fois d'élaborer de nouvelles molécules thérapeutiques² et de mieux comprendre, d'identifier et de dépister les altérations génétiques dont les patients peuvent ou pourront souffrir. Dans un avenir proche, les médecins prévoient la possibilité de remplacer les gènes délétères par des gènes sains dans le génome même du patient : la thérapie génétique en est à ses premiers essais³. Les praticiens évoquent enfin la possibilité de déterminer les susceptibilités d'un individu en raison de ses caractéristiques génétiques : la génétique devient prédictive.

Les anomalies et les maladies génétiques apparaissent dès lors comme l'un des objets majeurs de la recherche médicale contemporaine. Les possibilités techniques dont nous avons fait mention viennent apporter leur concours, au surplus, à une politique de santé qui tend vers une plus grande sujétion économique, et assurent aux procréateurs la sécurité qu'ils recherchent de plus en plus dans la procréation. En effet, les maladies et anomalies génétiques, à cause des handicaps souvent graves par lesquels elles s'expriment, représentent un poids considérable dans les dépenses de santé. Que l'on songe que cinq à sept pour cent des nouveaux-nés en sont atteints, et que ces anomalies ou maladies génétiques sont responsables d'une grande partie des avortements spontanés. La réduction du nombre de tels handicaps devient donc un objectif de politique sanitaire. En outre, les parents, du moins dans les pays les plus industrialisés où le taux de natalité est bas, acceptent plus difficilement que jadis la naissance d'enfants souffrant de maladies génétiques incurables. De ce fait, ils sont en général prêts à utiliser une politique de choix de reproduction qui se traduit par le recours aux dépistages prénatals et aux avortements thérapeutiques.

Les enfants et les incapables sont au coeur de cette problématique. La plupart des maladies ou des anomalies génétiques vont être dépistées et se développer dans les premières semaines ou les premières années de l'existence. Si l'enfant survit, les déficiences dont il pourra rester atteint feront de lui un incapable

¹Voir J.D. Watson, *La double hélice ; compte rendu personnel de la découverte de la structure de l'ADN*, Paris, Robert Laffont, 1969.

²Comme les interférons, les hormones de croissance, etc., synthétisés par des organismes génétiquement modifiés.

³La première expérience autorisée de transfert génétique chez un patient (première étape vers la réalisation de la thérapie génétique) a été pratiquée le 22 mai 1989 par les professeurs Rosenberg et Anderson à l'Institut américain de Washington. Voir D. Gershon, « Transfer Study Expands » (1990) 344 *Nature* 483 ; J.L. Marx, « Gene Transfer is Coming on Target » (1988) 242 *Science* 191.

de fait ou de droit. Les interventions thérapeutiques seront tentées sur eux, pour les mêmes raisons, par priorité⁴. Par ailleurs, l'étude des maladies et des anomalies génétiques, tant à l'échelon individuel que dans le cadre d'une politique épidémiologique, exige le recours à des enquêtes familiales et le recueil de données médicales ou d'échantillons biologiques auprès de tous les individus concernés. La conduite de ces enquêtes auprès d'enfants ou d'incapables suscite des problèmes spécifiques en raison de l'état de vulnérabilité dans lequel ils se trouvent. Plutôt que d'examiner le seul cas des incapables au sens juridique du terme, c'est-à-dire les personnes ne jouissant pas de la pleine capacité juridique, tels les mineurs et les majeurs protégés, nous nous sommes attachés au sort plus général des individus présentant des faiblesses qui sont constitutionnelles ou psychologiques, passagères ou permanentes, dues à l'âge ou d'origine pathologique et qui les placent dans un état de dépendance, d'infériorité et de vulnérabilité tel qu'on puisse craindre que leurs droits soient trop aisément violés⁵ ou qu'ils ne donnent un consentement parfaitement éclairé et libre aux actes dont ils peuvent être l'objet. Nous examinerons la situation de tous les enfants, quels que soient leur niveau de discernement ou leur aptitude à consentir à un traitement médical et ce, de la naissance à l'âge de la majorité. Les incapables dont nous parlerons, sont ceux que des régimes juridiques protègent spécialement (incapables de droit) comme ceux qui n'en bénéficient pas, mais qui se trouvent, au moment des faits, dans un état d'incapacité tel qu'ils doivent bénéficier d'une protection adaptée (incapables de fait).

La présente étude va s'attacher à examiner le droit applicable à ces personnes plus particulièrement dignes de protection dans le cadre de programmes de prévention et de traitement des maladies et des anomalies génétiques. Les règles juridiques contemporaines sont-elles appropriées et suffisantes pour leur conférer une protection idoine dans toutes les hypothèses ?

Les textes législatifs ne font pas expressément référence à la génétique humaine et à ses retombées au sein de la population. Ainsi, nous devons, tout au long de cette étude, procéder par analogie et extrapolation à partir de ce qui est prévu pour l'expérimentation, la transplantation et les soins. En effet, la thérapie génique peut être assimilée tour à tour à ces actes médicaux. Compte tenu des connaissances scientifiques actuelles, certaines de ces thérapies sont qualifiées d'expérimentales et visent à mettre en oeuvre des manipulations comparables à des transplantations. Ces nouvelles techniques pourront éventuellement faire partie de l'arsenal offert à la pratique médicale et alors, elles seront sans

⁴Conseil De Recherches Médicales Du Canada, *Lignes directrices concernant la recherche sur la thérapie génique somatique chez l'humain*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1990.

⁵Cette définition large de l'incapacité permet au demeurant de s'affranchir des difficultés relatives aux catégorisations juridiques différentes données par les divers ordres juridiques examinés.

doute assimilées à des soins⁶. Par conséquent, il est essentiel d'examiner la protection juridique dont jouissent les enfants et les incapables en regard de ces divers actes médicaux, et de déterminer dans chaque cas si le traitement génétique envisagé est assimilable à l'une ou l'autre de ces formes d'intervention.

Ainsi, notre étude se concentre essentiellement sur les actes médicaux qui englobent à la fois l'expérimentation, la transplantation de même que les traitements et soins usuels. Malgré l'intérêt et l'importance indéniables que revêt la problématique de l'accès aux dossiers et à l'information génétique, nous n'abordons pas ce sujet qui mérite une étude particulière. De plus, l'analyse du statut juridique du matériel génétique est exclue à cause de l'ampleur de cette question et parce qu'elle n'est pas spécifique aux enfants et aux incapables. Toutefois, en vue de mieux circonscrire la problématique de cette étude, nous présentons succinctement certains concepts scientifiques (A) et juridiques (B) déterminants pour notre analyse.

A. *Concepts scientifiques*

Avant de procéder à l'examen de la protection juridique accordée aux incapables, un bref rappel des données scientifiques s'impose. Le discours juridique, en l'occurrence, repose sur la trame des possibilités techniques. Ces possibilités techniques guideront nos développements. Après avoir donné un aperçu sommaire de la génétique humaine (1), nous cernerons les concepts d'anomalie et de maladie génétique (2), pour terminer avec un panorama des moyens actuels de prévention de ces anomalies et de ces maladies génétiques (3). La mise en oeuvre de ces moyens à l'égard de la catégorie de personnes que nous avons définie, sera analysée dans le corps de cette étude sous un angle juridique.

1. Notions générales de génétique humaine

Tous les caractères héréditaires sont déterminés par le matériel génétique que les êtres vivants convoient dans chacune des cellules qui les composent, et plus particulièrement leurs gènes. Les gènes sont des portions, des séquences plus ou moins longues figurées de façon linéaire sur les chromosomes. Chez l'homme, ces derniers sont disposés par paires de chromosomes identiques, au nombre de 23 paires. Elles se composent de 22 paires d'autosomes et d'une paire de chromosomes sexuels : XX chez la femme et XY chez l'homme. Du fait même de cet appariement, les gènes sont à l'état de paires et chaque caractère héréditaire est sous la dépendance de deux gènes. La garniture chromosomique d'un individu forme son caryotype. L'ensemble des gènes constitue le génotype et leur expression visible, le phénotype.

⁶Pour un exposé de la problématique voir, par exemple, les actes du colloque multidisciplinaire tenu à l'Université du Québec à Montréal le 18 mai 1989 au 57e Congrès de l'ACFAS : Conseil de Recherches Médicales du Canada, *Génétique et éthique : Identification et thérapie des maladies génétiques*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1990 [ci-après *Génétique et éthique*].

Chaque gène est constitué d'un segment plus ou moins long d'ADN dont la structure est celle d'une spirale formée de deux chaînes latérales liées entre elles par des structures transversales. Les premières sont constituées par l'alternance régulière d'un sucre et d'un groupe phosphatique. Les secondes, liant les sucres deux à deux, sont formées par des paires de bases au nombre invariable de quatre (guanine, adénine, cytosine et thymine) s'appariant toujours de la même manière, en G-C (C-G) ou T-A (A-T). L'ensemble, composé du sucre, du phosphate et d'une base, s'appelle un nucléotide. La longueur d'un gène est de l'ordre de plusieurs milliers de nucléotides.

L'information génétique est inscrite dans l'enchaînement rigoureux des paires de bases. Elle spécifie la séquence des acides aminés qui constituent les protéines, les protéines étant elles-mêmes le constituant fondamental des êtres vivants. En d'autres termes, le code génétique s'écrit avec quatre signes différents : A-T, T-A, G-C et C-G. Chacun des vingt acides aminés existants est codé par un triplet de ces signes. Une erreur survenant dans l'enchaînement de ces bases vicie la transcription du gène en acide aminé et peut par conséquent interdire ou vicier la production d'une protéine, ce qui peut bloquer, en fin de réaction, la réalisation d'une fonction vitale. Cette erreur est aussi dénommée mutation. C'est un événement rare dont la fréquence est d'environ 1 pour 100 000 gènes et qui apparaît régulièrement de façon spontanée au cours de l'évolution des espèces vivantes. La mutation peut également être provoquée par des causes exogènes, mécaniques⁷ ou chimiques⁸. Toutes les anomalies et les maladies héréditaires résultent de mutations plus ou moins récentes.

On estime que l'homme possède entre 50 000 et 100 000 gènes codants et ayant un rôle fonctionnel : le reste de l'ADN n'est que redondances, mais où les mutations continuent à s'accumuler. La plupart des caractères en cause dans les anomalies ou maladies génétiques dépendent de l'action d'un seul couple de gènes. Si les deux gènes d'un couple (un sur chacun des deux chromosomes de la paire portant le gène) sont identiques, l'individu est dit homozygote. Si ces gènes sont différents, l'individu est hétérozygote. Les variantes d'un même gène sont appelées allèles et il peut y en avoir plusieurs au même site génique. Une variante peut être dominante ou récessive, suivant qu'un allèle à l'état hétérozygote dirige ou non l'expression du caractère. Ces allèles résultent des mutations précédemment décrites. La distribution de ces allèles, transmis pour chacun d'eux par chacun des parents, suit les lois de l'hérédité mendélienne. Ces

⁷Par le fait des radiations ionisantes, provenant de sources nucléaires par exemple : voir K. Sankaranarayanan, « Prevalence of Genetic and Partially Genetic Diseases in Man and the Estimation of Genetic Risks of Exposure to Ionizing Radiation » (1988) 42 *Am. J. Hum. Genet.* 651 aux pp. 651-62.

⁸Voir, par exemple, sur l'ensemble de cette question, les actes du colloque « Évaluation du pouvoir mutagène des produits chimiques » tenu à Paris, le 19 janvier 1989 par l'Association Chimie et Écologie (1989) 9 *Toxicologie clinique et expérimentale*, no 2 bis, numéro supplément.

lois mathématiques simples ont inauguré le premier chapitre de la génétique, la génétique statistique. Ce développement a été suivi par celui de la génétique humaine et médicale ; enfin, récemment encore, nous avons assisté à la naissance de la génétique moléculaire et de la cartographie génétique, cette dernière s'attachant à la localisation des séquences géniques sur les chromosomes. Ces lois de distribution sont à la base du conseil génétique dispensé aux couples et aux individus procréateurs. Une affection peut également se trouver sous l'action de plusieurs gènes, voire, dépendre de facteurs génétiques et de facteurs environnementaux⁹. On parlera alors de la prédisposition de tel individu à telle maladie, en raison de la complexité et de l'incertitude des paramètres présidant à son émergence.

2. Maladies et anomalies génétiques

Le concept de pathologie génétique est au cœur des discussions relatives aux maladies génétiques et à leur éradication. En effet, il vaut mieux savoir avant d'intervenir sur le corps humain si l'intervention projetée poursuit un but thérapeutique, car c'est ce critère qui sert, dans une large mesure¹⁰, à quantifier la licéité d'une atteinte à l'intégrité d'une personne. La définition de la pathologie génétique, en fixant les bornes de l'intervention médicale, permet également d'exclure les comportements strictement eugéniques dont l'attrait est important dans le domaine de la thérapie génétique¹¹. Son examen précède donc la description des formes que revêt cette pathologie.

a. Le concept de pathologie génétique

Par le passé, la naissance d'un enfant affligé d'une anomalie ou d'une difformité quelconque était considérée comme le signe d'une intervention surnaturelle¹². Aujourd'hui, la même difformité ou la même anomalie est vue en termes informationnels, soit comme une erreur de transcription de l'information génétique, soit comme une erreur qui se serait glissée dans le code héréditaire ou encore comme une erreur de chronologie due au hasard dans l'ouverture et la fermeture des gènes lors de l'embryogénèse, qui est un processus extrêmement

⁹Voir, par exemple, l'artériosclérose précoce des coronaires dont les facteurs génétiques ont été bien mis en évidence dans leur interaction avec le milieu : D.J. Galton, « A Genetic Analysis of Premature Coronary Disease » dans T. Sasazuki, éd., *New Approach to Genetic Diseases*, Academic Press, 1988, 3.

¹⁰Puisque certaines atteintes à l'intégrité corporelle peuvent désormais être justifiées par des raisons non médicales : le transsexualisme, la chirurgie esthétique, la collaboration à un programme de recherche en qualité de volontaire sain.

¹¹Voir, par exemple, J.L. Gage, « Government Regulation of Human Gene Therapy » (1986-1987) 27 *Jurimetrics J.* 200 à la p. 215 et s.

¹²Sur l'ensemble de cette question, voir J. Warkany, « Congenital Malformations in the Past » (1959) 10 *J. Chronic Diseases* 84.

complexe. Cette constatation biochimique suffit-elle pour qualifier l'anomalie de pathologique ?

Les différentes appellations de « maladie congénitale », « maladie héréditaire » et « maladie génétique » recouvrent une réalité similaire qui s'oppose aux maladies d'origine écologique comme les intoxications, les carences ou les infections¹³. La maladie se définit comme une déviation par rapport à la normalité biologique telle que définie par le « corpus medicus »¹⁴. Du point de vue génétique, la santé s'évalue d'après la capacité d'adaptation de l'individu. Cet état énonce la seule vraie normativité, individuelle, à laquelle on peut opposer l'état pathologique. Or, en quoi l'anomalie que constitue l'erreur relevée dans le code héréditaire de l'individu, représente-t-elle une infraction à sa propre normativité ? L'erreur innée ne donne pas la possibilité de se référer à un état antérieur de santé ; la normativité biologique de l'individu est ainsi faussée dès le départ. Elle sera néanmoins considérée comme pathologique si elle exprime des normes spécifiques inférieures qui affectent l'individu dans son métabolisme nutritif (par exemple, le fait de ne pas pouvoir métaboliser le galactose dans le cas d'une galactosémie congénitale), ou surtout si elle est la cause de handicaps apparents et sévères (comme la spina bifida). En revanche, le syndrome de Klinefelter (caryotype XXY), qui affecte les mâles, bien qu'il constitue une anomalie génétique, ne serait pas une pathologie véritable en ce qu'il permet aux individus qui en sont atteints de vivre de manière quasi-normale (outre la stérilité qui les frappe, l'apparence physique longiligne et la gynécomastie).

Ainsi, la pathologie génétique se distingue de la pathologie générale en ce sens qu'elle n'est pas seulement diagnosticable objectivement, mais aussi subjectivement, par rapport à l'individu atteint et en comparaison avec la norme. Cette différence avec la pathologie générale est surtout marquée du fait que la cause de la maladie est maintenant reconnue comme étant endogène, innée et non acquise.

En tout état de cause, la normalité génétique ne doit pas se mesurer selon des éléments tirés de statistiques ou de moyennes, sous peine de contraindre la vie entre des bornes qui nieraient son sens même et le fondement scientifique de l'individualité. La vie est variation et adaptation et les bornes au fonctionnement des êtres vivants sont fixées par leur capacité d'adaptation. Ici la médecine génétique tempère et amenuise la force sélective de la vie naturelle et permet une plus grande adaptation (santé) aux individus atteints de maladies génétiques. « On ne dicte pas scientifiquement des normes à la vie. Mais la vie est cette activité polarisée avec le milieu qui se sent ou non normale, selon qu'elle

¹³Voir J.-M. Robert, « Histoire naturelle des maladies d'origine génétique » (1974) 24 R. du Praticien 3421.

¹⁴Sur l'ensemble de cette question, voir l'ouvrage fondamental de G. Canguilhem, *Le normal et le pathologique*, 5e éd., Paris, P.U.F., 1984.

se sent ou non normative »¹⁵. D'un point de vue écologique, on pourrait donc s'interroger sur cette prétention de l'homme à vouloir limiter la variabilité du vivant¹⁶.

Il est donc essentiel que le débat sur les maladies génétiques porte sur une conception cohérente de la pathologie génétique, faute de quoi le terme thérapeutique sera dévoyé et restera vulnérable à toutes les tentations d'eugénisme social.

b. Les expressions de la pathologie génétique

La pathologie génétique se présente sous des formes et à des degrés divers.

La pathologie génétique, selon ce qui vient d'être dit et de façon courante, s'entend des expressions les plus graves, en termes de handicap, d'une anomalie génétique. Ce sont les variations géniques qui engendrent des malformations organiques, tissulaires ou moléculaires. L'apparition de la maladie dans le temps est très variable d'une affection à l'autre.

Les malformations organiques affectent le nombre, la forme ou la structure d'un ou de plusieurs organes internes. Elles sont généralement sévères et résultent essentiellement d'aberrations chromosomiques, la plupart du temps non héréditaires. Ces aberrations consistent en des accidents mécaniques survenus lors d'une division cellulaire, soit au cours de la méiose paternelle ou maternelle, durant laquelle les gamètes parentales sont constituées, soit au cours des premières divisions de l'oeuf fécondé. Les aberrations chromosomiques impliquent une modification substantielle de l'information génétique portée par l'individu puisque des parties de chromosomes, voire des chromosomes entiers sont perdus (délétion), multipliés ou fixés à d'autres fragments chromosomiques (translocation). Ces maladies ne sont généralement pas décelables dans la parenté, hormis le cas très exceptionnel où une personne atteinte a procréé. Elles surviennent à un stade qui laisse peu de place à un dépistage prénatal. Plus généralement, les aberrations chromosomiques seront décelées chez le fœtus (le cas de la trisomie 21 est bien connu) ; plus rarement chez les géniteurs directement, dans la mesure où la qualité du matériel génétique qu'ils transmettent à leur progéniture peut être mise en cause en raison de leur âge ou d'expositions particulières à des agents mutagènes. Ainsi, les études ont montré que les effets de l'âge sur les ovules de même que sur les spermatozoïdes augmentaient la fré-

¹⁵*Ibid.* à la p. 153. Voir aussi J.-C. Galloux, *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, Cowansville, Yvon Blais, 1991 [à paraître].

¹⁶M.-A. Hermitte, « Le concept de diversité biologique et la création d'un statut de la nature » dans M.-A. Hermitte et B. Edelman, éd., *L'homme, la nature et le droit*, Paris, C. Bourgeois, 1988, 238.

quence des aberrations chromosomiques¹⁷. La plupart des aberrations chromosomiques seront donc dépistées à la naissance ; le diagnostic est souvent aisé compte tenu des handicaps majeurs qui apparaissent alors (comme dans les trisomies 13, 15 ou 18). Quand les chromosomes sexuels sont affectés, les malformations observées causent l'infertilité. Dans toutes ces hypothèses, aucune thérapie n'est au point, encore que dans certains cas, la chirurgie puisse pallier à des anomalies de constitution. Le secours, même futur, d'une thérapie génétique paraît exclu. Ces personnes voient leur espérance de vie réduite et sont généralement stériles.

Les malformations tissulaires s'opposent aux précédentes en ce qu'elles sont rarement décelées à la naissance, elles présentent souvent un potentiel évolutif et résultent toujours de mutations géniques. Leur gravité dépend de la période de l'embryogénèse pendant laquelle le gène muté a produit son action et du type de tissu concerné. Ainsi l'achondroplasie (forme de nanisme) est une affection frappant les chondroblastes des cartilages de conjugaison empêchant un développement normal des membres. La maladie de Recklinghausen (débilité et comitialité notamment) semble due à des troubles affectant la formation de l'encéphale. Ces maladies sont évidemment incurables et la seule lutte possible réside en un dépistage des porteurs du gène délétère, identifiés grâce à des études familiales.

Les malformations moléculaires atteignent l'organisme dans son fonctionnement métabolique. Les protéines issues de la synthèse dirigée par les gènes mutés vont perturber le métabolisme en raison de leur défaut ou de leur non-conformité. On retrouve parmi ces maladies du métabolisme : la mucoviscidose, la thalassémie, la phénylcétonurie, etc. Toute thérapie à leur égard n'est pas illusoire en dépit de la gravité de ces malformations moléculaires. Ainsi, le dépistage précoce de la galactosémie, grâce à son diagnostic dans la fratrie, dès la naissance, permet de sauver l'individu par la suppression du galactose dans l'alimentation. Le nanisme vrai, dû à l'insuffisance ou à l'absence de synthèse de l'hormone de croissance, peut être combattu par l'injection de cette hormone. Les travaux les plus récents ont permis d'isoler les séquences géniques responsables de certaines de ces maladies. À l'avenir, la thérapie génétique pourrait permettre leur remplacement par des séquences saines ou leur inactivation.

Parmi ces maladies génétiques, identifiées comme telles et pour la plupart monofactorielles (dont le nombre ne dépasse pas quelques milliers), on a parfois tendance à ranger les variations géniques dont l'interaction avec certains facteurs environnementaux donne lieu à des développements pathologiques. C'est notamment le cas des affections cardiovasculaires, de la schizophrénie et de cer-

¹⁷Voir, par exemple, R.H. Martin et A.W. Rademaker, « The Effect of Age on the Frequency of Sperm Chromosomal Abnormalities in Normal Men » (1987) 41 *Am. J. Hum. Genet.* 484.

taines formes de cancers¹⁸. Il s'agit soit de maladies à facteur génétique, soit de simples prédispositions pour lesquelles la politique sanitaire se résumera, à la rigueur, à un dépistage et au suivi d'une hygiène adaptée. Cette hygiène imposera à l'individu l'adoption d'un mode de vie diminuant les risques induits par les facteurs environnementaux identifiés.

Le mode d'expression des maladies ou des anomalies génétiques peut être très variable. Ceci peut rendre plus difficile leur dépistage, et surtout, peut poser des problèmes éthiques lorsqu'il s'agira de débattre, si « la vie de la personne atteinte mérite d'être vécue » ou si une intervention thérapeutique est nécessaire. Les trisomies 13 et 18 sont létales au cours des premiers mois ; les homozygotes pour la maladie de Tay-Sachs manifestent les premiers signes de l'affection vers quatre ou six mois et survivent rarement à leur deuxième anniversaire. Par ailleurs, dans sa forme tardive, cette maladie peut débuter entre 25 et 40 ans. La chorée de Huntington peut se manifester par des troubles psychiques démentiels entre 30 et 50 ans.

La principale difficulté à laquelle se heurtent les thérapeutes est de mettre en évidence le mode de transmission des maladies ou des anomalies génétiques. À défaut, le conseil génétique demeurera très imprécis. Cette difficulté culmine pour les affections multifactorielles. La question présente un intérêt moindre pour les anomalies chromosomiques car elles rendent souvent leur porteur stérile. Pour les autres, qui suivent les lois de l'hérédité mendélienne, on distinguera les maladies dominantes autosomiques, les maladies récessives autosomiques et les maladies récessives liées au sexe.

Dans le cas d'une maladie dominante autosomique, les sujets atteints appartiennent aux deux sexes ; ils naissent toujours d'un parent atteint et le risque pour une personne atteinte d'avoir un enfant malade est de 50 pour cent. Dans les familles, les malades naissent malades ou porteurs du gène muté et les germains non-porteurs n'ont eux-mêmes que des enfants sains. Dans certaines hypothèses, l'allèle dominant ne s'exprimera pas chez celui qui le porte, de sorte que dans l'analyse familiale on constatera des « sauts de génération » par inexpression du phénotype (apparence clinique) ; on dira alors que la pénétrance du gène n'est pas absolue. Les exemples de maladies dominantes autosomiques sont nombreux, et comprennent la chorée d'Huntington et la dystrophie myotonique.

Les maladies récessives autosomiques se manifestent chez les sujets homozygotes pour le gène pathologique. Les personnes atteintes appartiennent aux deux sexes et elles naissent généralement de parents apparemment sains mais hétérozygotes pour l'allèle concerné. Dans les fratries des malades on trouve en moyenne un sujet atteint pour deux sujets hétérozygotes (apparemment sains) et

¹⁸*Supra*, note 4.

un sujet homozygote normal. La consanguinité peut augmenter de façon importante la probabilité de survenue d'un enfant atteint si le gène est très rare dans la population. En pratique, le risque pour un couple ayant eu un enfant atteint d'en avoir un autre est de 25 pour cent à chaque naissance. Quant aux germains sains d'un malade, ils ont peu de chance d'avoir un enfant atteint à moins qu'ils n'épousent un hétérozygote. La détection des hétérozygotes présente donc un intérêt très important. Comme nous le verrons, elle devient possible pour un nombre important de maladies récessives. Parmi elles, on citera la galactosémie, la thalassémie et récemment la fibrose kystique du pancréas.

Lorsque le gène pathologique est porté par un chromosome sexuel, il obéit aux lois de l'hérédité liée au sexe. C'est le cas des maladies liées à l'*X* comme la myopathie de Duchesne (dystrophie musculaire). La maladie se voit le plus souvent chez les garçons, les malades naissant de femmes hétérozygotes (porteuses) et d'un homme sain. Le frère sain d'un malade ne risque pas d'avoir d'enfant malade, mais la sœur du malade a une chance sur deux d'être hétérozygote.

Certaines maladies génétiques connaissent plusieurs modes de transmission : la maladie de Charcot-Marie en possède ainsi trois. Ceci est dû au fait que la médecine pose des diagnostics sur des apparences (phénotypes) et non sur des séquences d'ADN.

3. Moyens de lutte contre les anomalies et les maladies génétiques

Comme pour tout problème médical et dans la mesure où l'anomalie génétique est qualifiée de pathologique, l'intervention thérapeutique est, en principe, justifiée, en tant que reconquête de la santé. C'est au niveau de la mise en oeuvre de la thérapeutique et de tout ce qui la prépare que l'analyse juridique pourra se greffer. En effet, la thérapeutique et les actes qui la préparent, constituent les modalités de l'intervention d'un tiers sur le corps de la personne dont le droit a chargé de protéger l'intégrité en toutes ses composantes physiques et morales.

La lutte contre les maladies ou les anomalies génétiques se caractérisait, jusqu'à présent, par une grande pauvreté thérapeutique en dépit des progrès accomplis en pharmacologie et en chirurgie. L'action sanitaire était dirigée vers la prévention de la transmission des affections héréditaires. Désormais, une thérapeutique pourrait être envisageable avec le développement de la thérapie génique, où le gène « anormal » pourrait être remplacé, corrigeant ainsi son expression pathologique (du moins en théorie).

La prévention repose essentiellement sur l'identification des gènes délétères et sur le conseil génétique dispensé aux futurs procréateurs. Cette identification implique toute une série d'opérations techniques qui vont de l'isolement du gène responsable grâce aux méthodes du génie génétique, à la

fabrication de sondes moléculaires permettant de diagnostiquer la présence du gène délétère dans le génome du patient¹⁹, en passant par la réalisation d'études statistiques et familiales visant à déterminer la fréquence de distribution du gène dans la population de référence et son mode de transmission. Ces opérations impliquent à l'égard des personnes concernées le prélèvement d'échantillons biologiques ou génétiques, leur analyse, leur conservation dans des banques de gènes, voire, l'accomplissement d'expérimentations sur ces tissus²⁰. Présentement, ces opérations ont pris une importance plus grande du fait de la production, par la biologie moléculaire, d'un grand nombre de sondes génétiques.

La prévention des maladies génétiques existe déjà depuis plusieurs années dans des programmes de dépistage chez les nouveaux-nés (par exemple, phénylcétonurie, galactosémie). Dans ces cas, le diagnostic se fait à partir de mesures biochimiques sur du sang séché prélevé quelques jours après la naissance. La plupart des pays développés ont de tels programmes.

Certains programmes de prévention définissent l'état de porteurs chez les adolescents d'âge scolaire (par exemple, Tay-Sachs et thalassémies) ou chez les adultes de certains groupes à risque, par exemple la maladie de Tay-Sachs chez les personnes d'origine juive ashkénaze. Ces programmes se servent de sondes moléculaires récemment disponibles pour caractériser les mutations présentes dans ces populations et les fréquences de leurs variations.

Il n'existe pas encore de dépistage systématique de population par utilisation de sondes géniques, mais tant la technologie (amplification par PCR) que l'épidémiologie génétique laissent entrevoir cette capacité au cours des prochaines années (par exemple, hypercholestérolémie familiale). Des débats sont d'ailleurs amorcés sur le transfert de la technologie de l'ADN aux programmes de dépistage biochimique classique aux fins d'études-pilotes sur l'utilisation des prélèvements de sang séché pour typage d'ADN²¹.

Même si le conseil génétique ne fait pas partie de la présente discussion, il faut rappeler cependant que la nature familiale des études génétiques, spécialement en ce qui concerne l'utilisation de sondes géniques pour le diagnostic ou pour la prédiction du risque de maladies génétiques, devra utiliser des prélèvements sanguins de plusieurs membres des familles. Ce prélèvement pour ana-

¹⁹Voir, par exemple, B. Merz, « DNA Probes Demonstrate Utility in Diagnosis, Treatment Monitoring » (1988) 259 J.A.M.A. 2645.

²⁰Par exemple, on peut vérifier la qualité chromosomique du sperme humain, afin d'y déceler d'éventuelles aberrations, en fécondant des ovocytes de hamster ; voir Martin et Rademaker, *supra*, note 17.

²¹B.M. Knoppers, « Genetic Heritage : The International Debate » dans B.M. Knoppers et C.M. Laberge, éd., *Genetic screening : From Newborns to DNA Typing*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, 1990, 257.

lyse d'ADN est un acte médical et comporte des obligations professionnelles ainsi que des prérogatives de confidentialité²².

L'élimination des gènes délétères se pratiquait jusqu'à présent grâce à l'avortement thérapeutique, solution consistant à interrompre la grossesse lorsque les foetus sont porteurs d'anomalies ou de maladies génétiques graves. Cependant, cette approche préventive ne peut nous concerner dans la présente étude puisque la décision d'avortement fait suite à un dépistage mené *in utero*, et l'enfant à naître n'est point assimilé, dans le cadre de notre étude, à l'enfant né. La ségrégation représente une solution plus nuancée, écartant de la procréation les porteurs de gènes délétères. Elle peut prendre la forme d'une stérilisation forcée ou consentie, ou d'une prohibition de procréer prenant la forme notamment d'une prohibition au mariage²³.

La thérapie génique représente la réponse thérapeutique la mieux adaptée aux maladies et aux anomalies génétiques : elle permettrait de restituer un ordre au stade cellulaire en adjoignant au génome les séquences saines qui font défaut, ou en inhibant les séquences délétères dont l'expression est à l'origine de la maladie. Elle pourrait être somatique ou germinale : si les nouvelles séquences étaient insérées dans le génome à un stade précoce du développement cellulaire (lors des premières divisions de l'oeuf), elles pourraient alors se retrouver dans les futures gamètes de l'individu qui pourrait à son tour transmettre le nouveau caractère. Si les séquences génétiques étaient insérées dans les cellules d'un tissu particulier (le tissu atteint, généralement), elles ne pourraient pas se transmettre aux générations suivantes. La thérapie somatique sera soigneusement réglementée lorsqu'elle sera réalisable²⁴. Elle ne semble possible que pour les maladies et les anomalies sous la dépendance d'un seul gène. Les premières expérimentations ont débuté il y a à peine une année²⁵ et il y a peu de raisons de croire que cette thérapeutique sera courante avant la fin de la décennie²⁶.

²²B.M. Knoppers et C.M. Laberge, « DNA Sampling and Informed Consent » (1989) 140 C.M.A.J. 1023 ; voir aussi H. Guay et B.M. Knoppers, « Information génétique : qualification et communication en droit québécois » (1990) 21 R.G.D. [sous presse].

²³Dans le passé, plusieurs états américains avaient une législation de ce type, voir J.M. Shaman, « Persons Who Are Mentally Retarded : Their Right to Marry and Have Children » (1978) 12 Fam. L.Q. 61. Voir aussi L.B. Andrews, *Medical Genetics : A Legal Frontier*, Chicago, American Bar Foundation, 1987. Deux provinces canadiennes, l'Alberta et la Colombie-Britannique, ont déjà eu des lois prévoyant la stérilisation des déficients mentaux : *The Sexual Sterilization Act*, R.S.A. 1970, c. 341, abrogée par S.A. 1972, c. 87 ; *Sexual Sterilization Act*, R.S.B.C. 1960, c. 353, abrogée par S.B.C. 1973, c. 79.

²⁴Voir, par exemple, « Gene Therapy in Man — Recommendations of European Medical Research Councils » (1988) 8597 The Lancet 1271 ; pour les États-Unis d'Amérique, voir J.L. Fox, « Gene Transfer Test, Global Rules Approved » (1988) Bio-technology 1279 ; pour le Canada, Conseil de Recherches Médicales du Canada, *supra*, note 4.

²⁵*Supra*, note 3.

²⁶*Supra*, note 4.

Toutefois, comme le prévoit l'étude récente du Conseil de recherche médicale du Canada, les premières maladies qui seront candidates pour les essais de thérapie génique seront des maladies habituellement létales ou causant une arriération mentale à un âge précoce. De plus, certaines de ces maladies sont spécifiques aux enfants. Les premiers sujets seront donc nécessairement des enfants²⁷. La thérapie germinale demeure très controversée et est même condamnée au niveau international²⁸.

Ayant vu très sommairement les concepts scientifiques qui sous-tendent notre étude, nous considérerons dans la seconde partie de l'introduction deux concepts juridiques au coeur de notre problématique. En effet, pour vérifier si les législations actuelles peuvent répondre adéquatement au développement de la génétique humaine, il est essentiel d'examiner le droit applicable à l'expérimentation humaine, aux transplantations et aux soins médicaux. Or, au travers de ces législations transparaissent deux principes fondamentaux : l'inviolabilité de la personne humaine et le consentement.

B. Concepts juridiques

Le droit se veut le mode d'expression privilégié par la société occidentale pour séparer, sélectionner et établir une hiérarchie entre les valeurs humaines. Or, parmi ces dernières, deux retiendront notre attention : l'inviolabilité de la personne (1) et le consentement (2). Toutes deux furent consacrées par le droit et seront étudiées à travers chacune des sections de cette recherche. Cependant, il importe d'ores et déjà de décrire brièvement les concepts juridiques associés à ces termes.

1. Principe de l'inviolabilité de la personne

La personne humaine est inviolable, nul ne peut y porter atteinte sans son consentement²⁹. La notion de personne humaine comprend également l'enfant et l'incapable. L'État ainsi que l'individu doivent respecter cette inviolabilité. Le traitement médical, l'expérimentation ou la transplantation pratiquée sur une personne mineure ou sur celle d'un incapable peuvent constituer une violation ou une atteinte à l'intégrité physique ou mentale de la personne. Même un acte aussi simple qu'un prélèvement sanguin pour des fins d'analyse ou d'entrepo-

²⁷Voir par exemple, E.J. Rosenkranz, « Custom Kids and the Moral Duty to Genetically Engineer our Children » (1987) 2 High Technology L.J. 3 à la p. 23 ; J.C. Fletcher, « Moral Problems and Ethical Issues in Prospective Human Gene Therapy » (1983) 69 Virginia L. Rev. 515 ; *Génétique et éthique*, *supra*, note 6. Soulignons qu'en septembre 1990, le gouvernement américain a autorisé une première greffe de gènes chez une fillette de quatre ans.

²⁸Knoppers, *supra*, note 21.

²⁹A. Mayrand, *L'inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1975. Pour les provinces de *common law*, voir la décision récente : *Malette c. Shulman* (1990) 2 C.C.L.T. (2d) 1 (C.A. Ont.), inf. (1987) 65 O.R. (2d) 243, 46 D.L.R. (4th) 18 (H.C.).

sage d'ADN est considéré comme un acte médical compte tenu de la qualité personnelle de l'information qui y est codée³⁰. Un tel acte médical sera qualifié en tenant compte du consentement et des qualités essentielles de celui-ci.

Étant donné l'importance capitale du consentement dans le cadre de notre étude, il nous apparaît essentiel de présenter succinctement ce concept juridique.

2. Notion de consentement

Le principe de l'inviolabilité de la personne a pour corollaire la nécessité d'obtenir un consentement libre et éclairé avant de poser un acte susceptible de porter atteinte à cette personne³¹. Or, la notion de consentement tant pour le mineur que pour la personne majeure renvoie à « l'acquiescement de la volonté »³² qui ne peut provenir que de la personne visée par les soins. L'action de tout autre intervenant, que ce soient les parents, les tuteurs, les curateurs ou le tribunal, se limitera à autoriser ou à permettre que certains soins soient prodigués à leurs protégés³³. L'expression couramment utilisée de « consentement substitué ou par procuration » semble dès lors inappropriée³⁴.

Après avoir différencié le consentement de l'autorisation en fonction de l'identité de la personne qui exprime l'acquiescement, considérons maintenant la distinction qu'on doit établir entre le consentement et l'assentiment. Cette distinction réside dans la capacité de comprendre les enjeux associés à l'acte médical envisagé.

Ainsi, un enfant d'un certain âge ou un incapable peut être en mesure de comprendre ce qu'on lui propose et pourra alors consentir. Cependant, compte tenu de son incapacité de droit, l'autorisation des parents, des curateurs, ou du tribunal, selon les circonstances, sera requise.

Dans le cas d'un enfant plus jeune ou d'une incapacité plus marquée, la personne ne pourra comprendre que certains aspects de la démarche proposée. Dans ces circonstances, cette personne ne pourra pas donner un consentement libre et éclairé mais elle pourra à tout le moins manifester son assentiment. Évidemment, dans ce cas, l'autorisation des parents ou des tuteurs est de rigueur³⁵.

³⁰Knoppers et Laberge, *supra*, note 22.

³¹Voir par exemple, les arts. 19 et 19.1 C.c.B.-C. et Mayrand, *supra*, note 29.

³²D. Pagé, *Petit dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Fides, 1975.

³³B.M. Knoppers, « Les notions d'autorisation et de consentement dans le contrat médical » (1978) 19 C. de D. 893.

³⁴M.A. Somerville, *Le consentement à l'acte médical* (Document d'étude) Commission de réforme du droit du Canada, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1980.

³⁵D.M. Maloney, *Protection of Human Research Subjects*, New York, Plenum Press, 1984 à la p. 315 et s. ; A.R. Holder, *Legal Issues in Pediatrics and Adolescent Medicine*, 2e éd., New Haven,

On ne doit pas faire fi de l'enfant ou de l'incapable et l'ignorer lors de la démarche en vue d'obtenir un consentement libre et éclairé. Même s'il ne peut pas consentir légalement, il faut tenir compte de son accord ou de son refus³⁶.

Si elle se conçoit facilement comme indispensable, la participation d'un enfant ou d'un incapable à un acte médical fait depuis longtemps l'objet d'une profonde préoccupation. On reconnaît la nécessité de protéger ceux-ci d'une façon particulière mais on s'interroge³⁷ sur l'ampleur que devrait prendre cette éventuelle protection. On discute d'une façon de plus en plus pressante de la possibilité de reconnaître la capacité de fait des mineurs et des incapables à consentir à l'acte médical. Par le fait même, on est en quelque sorte forcé d'évaluer le bien-fondé du « consentement substitué » qui légitimise l'acte médical pratiqué sur un patient ou un sujet incapable de donner un consentement valide. On cherche à contrôler ou à surveiller l'exercice de cette autorité à consentir pour autrui et, à cet égard, la difficulté est double. Il faut tenir compte des besoins et du meilleur intérêt de l'enfant ou de l'incapable et concilier ces impératifs et le bien-être de la société qui passe nécessairement par le développement des connaissances médicales et scientifiques.

Les problèmes juridiques posés par l'expérimentation, le don et la transplantation d'organes et de tissus et le traitement médical sont multiples et d'autant plus complexes lorsque le patient ou le sujet est un enfant ou un incapable. Les règles juridiques qui régissent la recherche, la transplantation d'organe et le traitement médical ne sont pas les mêmes. Ainsi les conditions imposées à la validité du consentement diffèrent selon la nature de l'acte médical envisagé et selon qu'il s'agit d'un enfant ou d'un incapable. Il en va de même de l'obligation d'informer ou de révéler les risques encourus.

Ces règles mettent en jeu différents principes fondamentaux reconnus tant par le droit international que par les règles de droit interne. En nous attardant spécifiquement aux mineurs et aux incapables, nous étudierons les règles juridiques qui régissent la recherche, la transplantation et le traitement médical à la lumière du droit international (A), du droit constitutionnel (B), du droit criminel (C) et enfin du droit provincial canadien (D). Nous examinerons également les normes éthiques proposées aux chercheurs canadiens pour protéger la personne humaine (E).

Yale University Press, 1985 à la p. 155 ; D.H. Schethy et E.P. Benedek, *Emerging Issues in Child Psychiatry and the Law*, New York, Brunner/Mazel, 1985 aux pp. 24 et 54-55.

³⁶Voir par exemple, P.L. 20, *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, 1re sess., 33e Lég. Qué., 1987, c. 18 [ci après P.L. 20] et Commission de réforme du droit du Canada, *L'expérimentation biomédicale sur l'être humain* (Document de travail no 61) Ottawa, Approvisionnement et Services, 1989 aux pp. 44-50.

³⁷Voir ci-dessous, partie E. *Les lignes directrices canadiennes*.

La protection juridique accordée aux enfants et aux iucapables

A. *Le droit international*

L'implication grandissante de la communauté internationale en ce qui a trait aux droits et libertés fondamentales de la personne constitue un premier témoignage de ce type de préoccupations. Au cours des dernières décennies, différents documents internationaux et régionaux ont permis de constater l'immixtion des droits de la personne en droit international. Plus récemment, les droits des enfants ont fait l'objet d'une convention internationale³⁸. C'est d'abord à partir de cette reconnaissance des droits de la personne en droit international que nous aborderons notre réflexion sur les enfants, les incapables et l'acte médical. Plus précisément, nous tenterons de dégager à travers l'évolution du droit international quels sont les droits de l'enfant et de l'incapable les plus susceptibles d'être mis en cause par l'acte médical dans le domaine de la génétique. En considérant le rôle des règles de droit international et la force prépondérante de celles-ci, nous délimiterons par la suite la nature et l'étendue de la protection offerte par le droit international.

La réglementation de l'acte médical en ce qui a trait au consentement doit s'envisager sous l'angle des droits et libertés fondamentaux tels que reconnus par les règles de droit international. Parmi les droits inhérents à la personne humaine, le droit à la vie, le droit à la santé, à l'intégrité physique de la personne, le droit à la dignité humaine, le droit à la protection contre toute forme de discrimination, le droit à la protection contre tout traitement cruel ou inusité et le droit de l'enfant à la protection particulière qu'exige son état, sont les droits les plus susceptibles d'être mis en cause par l'acte médical.

Dans un premier temps, nous examinerons la protection que peuvent accorder ces droits lors de l'expérimentation et de la transplantation (1). Par la suite, nous considérerons le traitement médical (2).

1. L'expérimentation et la transplantation chez l'enfant et chez l'incapable

Les buts de l'expérimentation dans le domaine médical sont de deux ordres : la recherche d'une part et le traitement ou la thérapie d'autre part³⁹. Cer-

³⁸Convention relative aux droits de l'enfant, 20 novembre 1989, Doc. off. AG NU C.3, 44e sess., Doc. NU A/C. 3/44/L.44 (1989).

³⁹Selon la Commission de réforme du droit du Canada, *supra*, note 36 à la p. 4, on peut définir l'expérimentation de la façon suivante :

L'expérimentation est donc une technique, un processus permettant de vérifier certains faits en créant des conditions propices à leur réalisation. Les buts de l'expérimentation peuvent varier ; dans le domaine médical, ils se divisent en deux grandes catégories : la recherche d'une part, le traitement ou la thérapie d'autre part.

taines maladies n'affectent que des enfants, de sorte que la thérapie et la recherche doivent se faire auprès de personnes appartenant à ce groupe (par exemple, transplantation de myoblastes chez un enfant atteint de dystrophie musculaire). De même, pour certains groupes d'âge comme pour la maladie d'Alzheimer qui, tout en affectant des adultes, les rend sujet d'expérimentation à titre d'incapables de fait, compte tenu de la détérioration de leur santé mentale. Finalement, les modèles animaux des maladies humaines sont rarement utilisables car s'il y a analogie, il n'y a pas nécessairement similitude (par exemple : la dystrophie musculaire chez les souris et chez l'homme. Les deux manquent de dystrophine, mais la souris ne développe pas les signes majeurs de faiblesse et d'atrophie musculaire qu'on constate chez l'homme, même si un gène identique sur le chromosome X est impliqué).

Le prélèvement d'organe et la transplantation sont exécutés à des fins thérapeutiques. En tenant compte de l'un ou l'autre de ces objectifs, on conçoit facilement la nécessité de procéder à l'expérimentation sur l'enfant ou sur l'incapable et on peut aussi justifier la participation de ceux-ci à une transplantation. Cependant, comme pour tout acte médical, la légalité de la procédure expérimentale ou de la transplantation est conditionnelle à l'obtention du consentement libre et éclairé du sujet.

Par souci de voir respecter la dignité humaine et l'inviolabilité de la personne, plusieurs documents internationaux réglementent l'expérimentation sur les sujets humains. Il aura cependant fallu franchir certaines étapes avant d'en arriver à la réglementation actuelle. S'il est dorénavant admis que dans certaines circonstances un consentement substitué est acceptable à des fins d'expérimentation sur un enfant ou un incapable, la situation était fort différente il y a quelques décennies.

Dans l'ordre chronologique, le *Code de Nuremberg*⁴⁰ est le premier document à caractère international à traiter de la question de l'expérimentation. La contribution du *Code de Nuremberg* a été de reconnaître, du moins implicitement, la légitimité de l'expérimentation sur l'être humain et de soumettre la légalité de celle-ci au respect de certains paramètres fondamentaux. Sans distinguer entre les différents types d'expérimentation, les dispositions du *Code* énoncent un ensemble de critères visant à assurer la protection de la personne

Voir aussi Conseil de recherches médicales du Canada, *Lignes directrices concernant la recherche sur des sujets humains*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1987. Voir ci-dessous, partie E. *Les lignes directrices canadiennes*.

⁴⁰Avant de rendre son jugement concernant les crimes commis pendant la Deuxième Guerre mondiale, le Tribunal militaire américain, siégeant à Nuremberg, a déterminé dix principes d'éthique médicale auxquels on réfère comme étant le *Code de Nuremberg*. Le texte de ces principes est reproduit dans Conseil de recherches médicales du Canada, *La déontologie de l'expérimentation chez l'être humain*, rapport no. 6, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1978 aux pp. 59-60 [ci-après *Code de Nuremberg*].

humaine. À cette fin, ce document énumère dix conditions qui font du consentement volontaire du sujet une condition essentielle à la légalité de la procédure⁴¹. Cependant, comme le *Code* précise que le consentement volontaire d'un sujet est celui obtenu d'une personne ayant la capacité légale de consentir, l'expérimentation sur un enfant ou sur une personne incapable semble interdite et ce, même en présence du consentement donné par un représentant légal.

La *Déclaration d'Helsinki*⁴² a été le premier document international à admettre l'expérimentation sur l'incapable⁴³ et à faire une distinction entre l'expérimentation thérapeutique et l'expérimentation non thérapeutique. Conformément à l'esprit de la *Déclaration*, une personne mineure est considérée comme une personne incapable. Dans le cas d'un incapable comme dans celui d'un enfant, le consentement substitué est acceptable et devra être obtenu soit du représentant légal, soit des plus proches parents. Il est intéressant de noter que la *Déclaration d'Helsinki* tient implicitement compte de la capacité de fait d'une personne mineure à consentir. Toutefois, la seule approbation des parents ne saurait être suffisante pour légaliser l'expérimentation sur un enfant en mesure de consentir puisqu'il faut également obtenir l'approbation de celui-ci. L'expérimentation sur une personne souffrant d'une déficience mentale ou physique qui la rend en principe incapable de donner un consentement valable est permise pour autant que le représentant légal y consente et ce, dans les formes prévues par le droit interne⁴⁴.

⁴¹L'art. 1 du *Code de Nuremberg* se lit comme suit :

Le consentement volontaire du sujet humain est absolument essentiel. Cela signifie que la personne en cause doit avoir la capacité légale de donner un consentement ; doit être en mesure d'exercer un libre choix exempt de fraude, de fourberie, de contrainte, de duperie, ou de toute forme ultérieure de contrainte ou de coercition et doit, en plus, avoir une connaissance suffisante des éléments et de l'objet de l'expérimentation de manière à être en mesure de prendre une décision juste et éclairée. Ce dernier élément requiert que préalablement à l'acceptation d'une décision affirmative par le sujet de l'expérimentation celui-ci ait été informé de la nature, de la durée et du but de l'expérimentation, la méthode et les moyens par lesquels elle sera conduite, tous les inconvénients et aléas susceptibles de se présenter ; de même que les répercussions que cette expérimentation pourrait avoir sur sa santé et sa personne [...].

⁴²*The World Medical Association Handbook of Declarations*, Ferney-Voltaire, France, The World Medical Association, 1985 aux pp. 38-40 [ci-après *Déclaration d'Helsinki*]. Le texte de la *Déclaration* a été adoptée en 1964 par l'Association médicale mondiale puis révisé une première fois en 1975, une seconde fois en 1983 et une troisième fois en 1989. Le texte révisé de 1975 est reproduit dans Conseil de recherches médicales du Canada, *supra*, note 40 aux pp. 61-64.

⁴³Le libellé de son art. 11 se lit comme suit :

En cas d'incapacité légale et notamment s'il s'agit d'un mineur, le consentement devra être sollicité auprès du représentant légal, compte tenu des législations nationales. Au cas où une incapacité physique ou mentale rend impossible l'obtention d'un consentement éclairé, l'autorisation des proches parents responsables remplace, sous la même réserve celle du sujet.

⁴⁴La même réserve s'applique à l'expérimentation chez l'enfant.

Quant aux types d'expérimentation qui devraient être permis sur les personnes incapables en raison d'une déficience mentale, la *Déclaration de Hawaï*⁴⁵ adoptée par l'Association mondiale de la psychiatrie précise que seules les expériences permettant d'accroître le savoir psychiatrique doivent être effectuées et permises.

La position adoptée par l'Organisation des Nations Unies en matière d'expérimentation est elle aussi sans équivoque. Il est interdit de soumettre une personne à une expérience médicale ou scientifique sans son consentement⁴⁶.

Du côté de l'Association médicale mondiale, deux documents retiennent l'attention. Adoptée en 1987, la *Déclaration de Madrid de l'Association médicale mondiale sur les transplantations d'organes humains*⁴⁷ recommande aux médecins qui effectuent les transplantations un certain nombre de lignes directrices. Quoiqu'il n'y soit faite aucune mention expresse de l'enfant ou de l'incapable donneur, on y précise qu'un médecin ne doit assumer aucune responsabilité dans une procédure de transplantation à moins que les droits du donneur et du récipiendaire ne soient protégés. Les droits auxquels on fait allusion ne sont pas précisés mais il est à tout le moins permis de croire qu'il s'agit du droit à la vie, à la dignité et à l'inviolabilité de la personne humaine. À cet égard le consentement du donneur et du récipiendaire ou le consentement de leurs représentants légaux devra être obtenu. S'il s'agit d'une procédure de transplantation expérimentale, le médecin doit se conformer aux recommandations contenues dans la *Déclaration d'Helsinki*.

Adoptées en 1988, les *Déclarations de principe sur la bioéthique et autres matières*⁴⁸ sont le reflet de la position de l'Association en matière de recherches biomédicales sur des sujets humains et en matière de technologies de reproduction. Ce texte renvoie directement à la *Déclaration d'Helsinki* mais ajoute qu'une discussion complète de la procédure avec le patient devrait être exigée et que le consentement du patient ou de son représentant légal devrait être éclairé, libre, volontaire et donné par écrit.

⁴⁵Voir Commission de réforme du droit du Canada, *supra*, note 36 à la p.48 n. 104.

⁴⁶*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1976, 999 R.T.N.U. 171. L'art. 7 se lit comme suit : « Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. En particulier, il est interdit de soumettre une personne sans son consentement libre à une expérience médicale ou scientifique ». Quant aux modalités d'obtention d'un consentement libre et éclairé de la part du sujet d'expérimentation, deux documents retiennent l'attention. Le premier est un rapport publié en 1976 à la demande de l'ONU par la Association médicale mondiale sous le titre *L'élément santé dans la protection des droits de l'Homme face au progrès de la biologie et de la médecine*. En second lieu, l'Organisation Mondiale de la Santé et le Conseil des organisations internationales des sciences médicales ont adopté les *Directives internationales proposées pour la recherche biomédicale impliquant des sujets humains*, Genève, 1982.

⁴⁷Voir World Medical Association, « World Medical Association adopts declarations and statements on bioethical and other matters » (1988) 39 Intl. Dig. Hlth Leg. 267 aux pp. 269-74.

⁴⁸*Ibid.*

Certains projets de conventions régionales de portée plus restreinte, présentent également un intérêt particulier en matière de consentement à l'acte médical, à l'expérimentation ou à la transplantation. En Europe, la *Résolution sur une Charte européenne des droits de l'enfant*⁴⁹ insiste pour que soient reconnus à l'enfant le droit de recevoir une information adaptée à son âge, à son développement mental, et à son état affectif et psychologique quant à l'ensemble du traitement envisagée de même que le droit de ne pas faire l'objet d'expériences pharmacologiques ou thérapeutiques. Seuls les parents ou les tuteurs dûment avertis des risques et des avantages de l'expérimentation auront la possibilité d'accorder leur consentement et aussi de le retirer.

En matière de génie génétique, une recommandation adoptée en 1982 a permis à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe de réitérer son adhésion au principe selon lequel le consentement du sujet est essentiel. On ne peut expérimenter une thérapie génétique sans obtenir au préalable le consentement libre et éclairé de la personne concernée ou, s'il s'agit d'un mineur, sans le consentement libre et éclairé du ou des parents ou de la personne qui en a la garde légale⁵⁰.

Quant aux types d'expérimentation médicale qui devraient être permis sur les personnes atteintes de déficience mentale, le Conseil des ministres de l'Europe souhaitait en 1983 que l'expérimentation non thérapeutique soit tout simplement interdite⁵¹.

Dans l'intention d'uniformiser les règles applicables en matière de recherche médicale sur la personne humaine, le Conseil des ministres du Conseil de l'Europe a adopté en 1990 la *Recommandation portant sur la recherche médicale sur les êtres humains*⁵². Considérant le droit de toute personne d'ac-

⁴⁹Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, *Résolution sur une Charte européenne des enfants hospitalisés*, Doc. A2 25/86, cité dans P. Boucaud, *Le Conseil de l'Europe et la protection de l'enfant — L'opportunité d'une convention européenne des droits de l'enfant*, *Dossiers sur les droits de l'homme* no. 10, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1989 à la p. 43.

⁵⁰Conseil de l'Europe, A.C., 33e sess., IIIe partie, *Textes adoptés*, Rec. 934 (1982) à la p. 1 reproduite dans « Parliamentary Assembly of the Council of Europe adopts Recommendation on Genetic Engineering » (1982) 33 Intl. Dig. Hlth Leg. 382. L'Assemblée parlementaire a recommandé à l'art. 7(c) de fournir les moyens nécessaires pour procéder à la rédaction d'une liste de maladies sérieuses qui peuvent être traitées par thérapie génétique avec le consentement de la personne concernée. Elle demande également que certains usages de la thérapie pouvant se faire sans le consentement conformément aux pratiques observées pour d'autres formes de traitement médical soient reconnus comme compatibles avec les droits de la personne dans l'éventualité où une maladie très sérieuse serait transmise aux descendants.

⁵¹Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, Rec. no R(83)2 (1983) dans *Collection des recommandations, résolutions et déclarations du Comité des ministres portant sur les droits de l'homme 1949-1987*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1989 aux pp. 100-102 (recommandation sur la protection juridique des personnes atteintes de troubles mentaux et placées comme patients involontaires).

⁵²Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, Rec. no R(90)3 (1990) (portant sur la recherche médicale sur l'être humain).

cepter ou de refuser de participer à une recherche médicale et considérant qu'une protection particulière devrait être accordée à certains groupes, la recommandation énonce des principes et des modalités propres à assurer un équilibre entre le respect de la personne et les bénéfices à tirer de l'expérimentation.

L'ensemble de ces principes s'appliquent aux enfants et aux incapables, mais certaines dispositions leur sont exclusivement consacrées. On y précise que l'intérêt et le bien-être du sujet devraient toujours avoir préséance sur l'intérêt de la science et de la société et que les risques auxquels une personne s'expose en participant à une recherche ne devraient jamais être disproportionnés aux avantages qu'elle pourra en retirer et à l'importance des objectifs poursuivis par les chercheurs⁵³. En matière de consentement, il est stipulé qu'aucune recherche médicale ne devrait être entreprise sans le consentement libre, éclairé, exprès et spécifique de la personne sujet de la recherche. À cet égard, la personne qui participe à une recherche médicale devrait être informée des objectifs et de la méthodologie de l'expérimentation. Elle devrait également être informée des risques et des inconvénients prévisibles, et l'information fournie devrait être suffisamment claire de façon à lui permettre de consentir ou de refuser en pleine connaissance des faits pertinents. De plus, le consentement devrait pouvoir être retiré en tout temps et le sujet de l'expérimentation devrait être informé avant le début de la recherche de son droit de retirer son consentement sans préjudice⁵⁴.

D'autre part, la participation d'une personne légalement incapable à une expérimentation est possible en vertu des principes applicables spécifiquement

⁵³*Ibid.*, le principe 2 qui se lit comme suit :

1. Dans la recherche médicale l'intérêt et le bien-être de la personne qui se prête à la recherche doivent toujours prévaloir sur l'intérêt de la science et de la société [...].
2. Les risques encourus par la personne qui se prête à une recherche médicale doivent être limités au minimum. Les risques ne doivent pas être disproportionnés par rapport aux bénéfices pour cette personne et à l'importance de l'objectif de cette recherche.

⁵⁴*Ibid.*, le principe 3 qui se lit comme suit :

1. Aucune recherche médicale ne peut être effectuée sans le consentement éclairé, libre, exprès et spécifique de la personne qui s'y prête. Ce consentement peut être librement retiré à n'importe quelle phase de la recherche ; la personne qui se prête à la recherche doit, avant sa participation à celle-ci, être avertie de son droit de retirer son consentement.
2. La personne qui se prête à la recherche médicale doit être informée de l'objectif de cette recherche et de la méthodologie de l'expérimentation. Elle doit aussi être informée des risques prévisibles et des inconvénients qu'elle encourt du fait de la recherche proposée. Cette information doit être suffisamment claire et être adaptée, de façon à permettre de donner ou de refuser le consentement en pleine connaissance de cause.
3. Les dispositions de ce principe s'appliqueront également au représentant légal et à l'incapable juridique capable de discernement dans les cas mentionnés aux principes 4 et 5.

Le texte des principes 4 et 5 du projet de recommandation est reproduit *infra*, notes 56-57.

à ces personnes. Cependant elle demeure tributaire de l'obtention du consentement substitué à savoir, celui du représentant légal⁵⁵ ou de la personne désignée conformément aux règles de droit interne⁵⁶. De façon à assurer la protection de la personne incapable, la recommandation prévoit également que seules les expérimentations devant s'avérer bénéfiques pour la santé du sujet pourront être conduites sur la personne d'un incapable⁵⁷.

En matière de transplantation d'organes provenant de donneurs vivants, les travaux de la Troisième conférence des Ministères de la santé européens⁵⁸ ont traité des problèmes soulevés par le cas du donneur incapable. De l'ensemble des lignes directrices adoptées à cette occasion, il se dégage qu'un prélèvement ne devrait être effectué que sur un adulte capable de donner librement son consentement. Quoiqu'il en soit, dans certains cas exceptionnels, des substances susceptibles de se régénérer pourraient être prélevées sur une personne légalement incapable et ce, pour des raisons thérapeutiques. En pareil cas il semble que le consentement du représentant légal constitue de l'avis des Ministères, une garantie du respect des droits de la personne. Rejoignant en quelque sorte la *Déclaration d'Helsinki*, le consentement du donneur incapable doué de discernement devrait être exigé. Dans le cas particulier d'un don de rein, une personne légalement incapable pourrait être donneur si celle-ci et le récipiendaire ont un lien génétique étroit et en autant que son représentant légal ainsi que les autorités compétentes ont autorisé le prélèvement. Lorsque le donneur incapable a la capacité de fait de consentir, son autorisation devrait également être obtenue. De plus, le donneur et, lorsqu'il s'agit d'une personne légalement incapable, son représentant légal devraient recevoir une information appropriée

⁵⁵Soulignons qu'en vertu du principe 13.2 de la Rec. no R(90)3 *supra*, note 52, le représentant légal appelé à consentir ne devrait recevoir aucune rémunération sous quelque forme que ce soit en échange de la participation de la personne incapable à l'expérimentation. Seules les dépenses effectuées devraient être remboursées.

⁵⁶Rec. no R(90)3, *ibid.* Le principe 4 se lit comme suit :

Un incapable juridique ne peut faire l'objet d'une recherche médicale que lorsqu'elle est autorisée selon le Principe 5 et à condition que son représentant légal ou l'autorité ou l'individu autorisé ou désigné selon les dispositions de son droit national y consente. Si l'incapable juridique est capable de discernement, son consentement est également requis et aucune recherche ne peut être entreprise s'il ne donne pas son consentement.

⁵⁷*Ibid.*, principe 5 qui se lit comme suit :

1. Un incapable juridique ne peut faire l'objet d'une recherche médicale sauf s'il peut en attendre un bénéfice direct significatif pour sa santé.
2. Cependant, à titre exceptionnel, le droit national peut autoriser des recherches sur un incapable juridique dont la santé n'en bénéficiera pas directement à condition que cette personne ne s'y oppose pas et pour autant que ces recherches soient effectuées au bénéfice de personnes faisant partie de la même catégorie que lui et que des résultats scientifiques analogues ne puissent être obtenus si elles sont faites sur des personnes qui n'appartiennent pas à cette catégorie.

⁵⁸Tenue à Paris les 16 et 17 novembre 1987, les travaux de la Conférence ont fait l'objet d'un article intitulé « 3rd Conference of European Health Ministers » (1988) 39 Intl. Dig. Hlth Leg. 274.

quant aux conséquences du prélèvement et en particulier quant aux effets médicaux, sociaux et psychologiques de la procédure pour le donneur et pour le récipiendaire.

En somme, la communauté internationale a admis la légalité et la légitimité de l'expérimentation sur les enfants et les incapables mais a établi certains paramètres destinés à assurer la protection de ces personnes.

Ainsi, depuis la *Déclaration d'Helsinki*, il est clairement établi qu'une expérimentation peut être effectuée sur la personne d'un mineur ou d'un incapable pour autant que le consentement libre et éclairé de son représentant légal ait été obtenu. Le consentement substitué apparaît donc comme le moyen privilégié par le droit international pour garantir le respect des droits fondamentaux de l'enfant et de l'incapable.

Destiné à sauvegarder les droits de la personne humaine, le consentement substitué est généralement une mesure efficace. Il n'en demeure pas moins que les intérêts de l'enfant, les intérêts de l'incapable, ceux de ses parents ou de ses représentants légaux et ceux de l'État peuvent s'avérer conflictuels. Devant cette possibilité, certaines conventions régionales ont consenti aux enfants et aux incapables des garanties additionnelles fort intéressantes. Ainsi, la *Convention européenne des droits de l'Homme*⁵⁹ a la particularité d'accorder aux personnes mineures le droit de s'adresser à la Commission européenne des droits de l'Homme en cas de non respect de leurs droits et ce, indépendamment de leur incapacité et sans l'autorisation de leurs représentants légaux. Selon certains, la capacité légale n'est pas une condition au droit d'action⁶⁰, ce qui permet de croire que les personnes légalement incapables peuvent elles aussi s'adresser à la Commission. Adoptée dans le but d'offrir aux enfants et aux adolescents une protection spéciale contre les dangers physiques et moraux⁶¹, le comité d'experts indépendants de la *Charte sociale européenne* prévoit quant à lui l'institution d'un commissaire aux enfants⁶². Chargé essentiellement de défendre les intérêts des enfants dans toute question privée ou publique les concernant, ce commissaire peut intervenir de sa propre initiative ou à la demande des intéressés dans tous les cas où l'intérêt de l'enfant est en cause. Cette dernière approche qui évite la « judiciarisation » de la recherche médicale constitue une approche innovatrice.

⁵⁹ Adoptée à Rome le 4 novembre 1950, (1955) 213 R.T.N.U. 223.

⁶⁰ Il s'agit là de l'interprétation donnée à l'art. 14 de la *Convention européenne des droits de l'homme* par M. Buquicchio-De Boer, « Children and the European Convention on Human Rights », dans F. Mather et H. Petzhöld, éd., *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne*, Köln, Carl Heyman Verlag KG, 1988, 73 à la p. 74.

⁶¹ Voir la *Charte sociale européenne*, 18 octobre 1961, 529 R.T.N.U. 89, art. 7(10), citée dans Boucaud, *supra*, note 49 à la p. 34 [ci-après *Charte sociale européenne*].

⁶² Conclusions IX et IX-2 du Comité d'experts indépendants de la *Charte sociale européenne*, Strasbourg, 1985 et 1986.

Cela dit, deux tendances se dégagent des textes internationaux et régionaux adoptés après 1965. Dans un premier temps, la communauté internationale semble prête à accorder une certaine importance à la capacité de fait des mineurs et des incapables à consentir. Dans un second temps, on amorce un travail de définition de ce que constitue un consentement libre et éclairé. On constate donc à la lecture de certains documents récents⁶³ l'émergence d'un double consentement comme condition à la légalité de l'expérimentation : l'assentiment du sujet incapable et l'autorisation de ses parents ou représentants légaux. Dans le même ordre d'idées, d'autres documents exigeront qu'une information appropriée à l'âge ou au développement mental de l'enfant ou de l'incapable soit fournie à ce dernier et à son représentant légal⁶⁴. Le caractère libre et éclairé du consentement et du consentement substitué dépend essentiellement de l'information transmise aux personnes concernées. À cet égard, certains documents internationaux vont jusqu'à préciser le contenu de l'information⁶⁵. La personne appelée à consentir ou à refuser l'expérimentation ou la transplantation doit à tout le moins être informée des avantages, des risques et des inconvénients prévisibles que présente la procédure.

Après ce survol des dispositions internationales applicables à l'expérimentation et à la transplantation, examinons maintenant la réglementation applicable au traitement médical.

2. Le traitement médical de l'enfant et de l'incapable

Contrairement à l'expérimentation et à la transplantation, ce n'est qu'à titre exceptionnel que des dispositions contenues dans des documents internationaux ont été consacrées au traitement médical⁶⁶. Par conséquent, la question du consentement au traitement médical doit s'envisager à partir des principes internationaux relatifs aux droits fondamentaux de la personne.

Le traitement médical est orienté vers l'amélioration du bien-être de la personne. Visant à guérir la maladie ou l'affection dont souffre l'individu, il est

⁶³Voir notamment les travaux de la 3e Conférence des Ministères de la santé européens, *supra*, note 58. Voir également les principes 4 et 5 de la Rec. no R(90)3 concernant la recherche médicale sur l'être humain, *supra*, notes 56 et 57 ; de même que le texte de la *Déclaration d'Helsinki* dans sa version de 1975, *supra*, note 42.

⁶⁴Voir par exemple la *Résolution sur une Charte européenne des enfants hospitalisés*, *supra*, note 49 ; en matière de transplantation, voir les travaux de la 3e Conférence des Ministères de la santé européens, *ibid.*

⁶⁵Les *Déclarations de principe sur la bioéthique et autres matières*, *supra*, note 47 ; la *Résolution sur une Charte européenne des enfants hospitalisés*, *ibid.*, Rec. no R(90)3 concernant la recherche médicale sur l'être humain, *supra*, note 52.

⁶⁶La *Résolution sur une Charte européenne des enfants hospitalisés*, *ibid.* traite du traitement médical en ce qu'elle insiste pour que soit reconnu à l'enfant le droit de recevoir quant au traitement envisagé une information adaptée à son âge, à son développement mental et à son état affectif et psychologique.

administré en fonction des besoins individuels. Divers instruments internationaux reconnaissent l'importance du bien-être physique, mental et social de la personne humaine en ce qu'ils consacrent expressément le droit à la santé ou au meilleur état de santé possible⁶⁷. Parmi ces documents, certains contiennent des garanties destinées spécifiquement aux personnes mineures. La *Charte constitutive de l'Organisation mondiale de la Santé*⁶⁸ par exemple, précise dans son préambule que le développement sain de l'enfant est d'une importance fondamentale. La *Charte sociale européenne* reconnaît à chacun le droit à la santé. Par conséquent, l'État a l'obligation de prendre les mesures nécessaires à la protection de la santé des enfants puisque l'enfant doit être particulièrement protégé contre les dangers moraux et physiques auxquels il est exposé⁶⁹. L'adoption récente par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies de la *Convention relative aux droits de l'enfant*⁷⁰ est venue confirmer le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible⁷¹.

Ce droit à la santé ou au meilleur état de santé qu'il soit possible d'atteindre aura pour corollaire certaines obligations. Une première obligation consiste à s'abstenir de porter atteinte à la santé d'autrui. Une seconde obligation impose par exemple aux États de procéder à la mise en place d'institutions vouées au traitement médical, de prévoir les mesures nécessaires pour éviter la proliféra-

⁶⁷À titre d'exemple, la *Charte constitutive de l'Organisation mondiale de la Santé*, 22 juillet 1946, 14 R.T.N.U., 185 (adoptée par la Conférence internationale de la santé tenue à New-York en 1946 et entrée en vigueur le 7 avril 1948) est un des premiers documents à avoir reconnu comme fondamental le droit au meilleur état de santé que l'homme puisse atteindre. Le préambule du document constitutif de l'Organisation Mondiale de la Santé contient les extraits suivants :

La santé est un état de complet bien-être physique, mental et social et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité [...].

La possession du meilleur état de santé qu'il soit capable d'atteindre constitue l'un des droits fondamentaux de tout être humain, quelles que soient sa race, sa religion, ses opinions politiques, sa condition économique ou sociale [...].

Les gouvernements ont la responsabilité de la santé de leurs peuples ; ils ne peuvent y faire face qu'en prenant les mesures sanitaires et sociales appropriées.

La *Déclaration universelle des droits de l'homme* adoptée par L'Assemblée générale des Nations-Unies Doc. off. AG NU Doc. NU A/810 (1948) garantit à toute personne un droit aux moyens nécessaires pour atteindre et conserver un état de santé satisfaisant (art. 25) :

Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires [...].

Le premier principe de la *Déclaration d'Alma-Ata*, Organisation mondiale de la Santé, Genève, 1978, reconnaît expressément que la santé est un droit fondamental de l'être humain. Voir également : l'art. 11 de la *Charte sociale européenne* ; l'art. 12.1 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1976, 993 R.T.N.U. 3.

⁶⁸*Ibid.*

⁶⁹*Supra*, note 61 art. 1(11), 11(1)-(3).

⁷⁰*Supra*, note 38.

⁷¹*Ibid.* art. 24(1).

tion de maladies ou pour protéger la santé des enfants⁷². Cette obligation de faire pourra également, comme le précise la *Convention relative aux droits de l'enfant* avoir pour objet de garantir à tout enfant un accès aux services médicaux qui lui sont nécessaires⁷³. Dans un cas comme dans l'autre, le droit à la santé tel que conçu par les règles de droit international ne peut s'exercer sans la participation de l'État. La Convention précise aussi que l'enfant a droit aux soins avant comme après la naissance⁷⁴.

La possibilité d'utiliser ce « droit » au traitement « avant » comme « après » la naissance ne devrait pas créer de problèmes additionnels si les traitements envisagés sont d'ordre génétique. Le traitement d'une incompatibilité Rh par transfusion sanguine intra-utérine, ou une chirurgie pour réparation du diaphragme existent déjà. Si une maladie génétique devait être traitée avec une semblable urgence durant la grossesse, il n'y aurait pas en théorie de différence quant à la philosophie de l'acte médical thérapeutique. Cependant dans l'état actuel de nos connaissances, il n'y a pas de maladies génétiques qui présentent une telle urgence et qui ne pourraient attendre la naissance pour être traitées.

Mais d'une façon plus générale, le droit aux soins « avant » la naissance tel qu'accepté par la Convention peut soulever une polémique quant au droit de « l'enfant » au diagnostic prénatal systématique, au dépistage moléculaire de maladies fréquentes selon l'ethnie ou la généalogie de ses parents ou encore au criblage génétique avant d'être implanté dans l'utérus de sa mère. Est-il important de rappeler ici que plus de cinquante pour cent des interruptions spontanées et naturelles de grossesse sont causées par des problèmes génétiques et qu'environ sept pour cent des enfants nés vivants souffrent de handicaps majeurs, la plupart de composante essentiellement génétique⁷⁵. Enfin, le développement embryonnaire étant un processus très complexe s'étendant sur une courte période de temps (premier trimestre de la grossesse surtout) les risques d'erreurs dans ces diagnostics demeurent importants et empêchent de garantir un nouveau-né « parfait ».

La participation de l'État doit se faire en tenant compte des droits fondamentaux que confère le droit international à la personne humaine. S'il est conforme au droit à la santé de prodiguer à un enfant ou à un incapable les traitements médicaux dont il pourrait avoir besoin, l'État qui honore ses engagements envers la communauté internationale doit s'assurer du respect des autres droits et libertés fondamentales de la personne humaine. Le bien-être physique, mental et social de la personne humaine est en partie tributaire du respect du droit à la

⁷²*Ibid.* art. 24(1)-(2).

⁷³*Ibid.* art. 24(1).

⁷⁴*Ibid.* préambule et art. 24(2)d).

⁷⁵Conseil De Recherches Médicales du Canada, *supra*, note 4.

vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, du droit de l'enfant à la protection particulière qu'exige son état de même que des libertés d'expression et de religion reconnues à chacun. Ces droits et libertés sont susceptibles d'être mis en cause par le traitement médical et ce sont eux qui justifient l'exigence du consentement et du consentement substitué.

Le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne tel que reconnu par les règles de droit international suppose l'autonomie et l'inviolabilité de la personne⁷⁶. Ce droit comprend la liberté du patient de prendre les décisions sur des sujets qui le concernent personnellement, le droit de consentir ou de refuser son consentement à un traitement médical de même que l'obligation pour le médecin traitant d'obtenir le consentement du patient. Contrairement à d'autres droits, le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne n'est pas un droit absolu. Ce droit possède ses propres limites et peut être restreint dans le but notamment de protéger la santé collective et individuelle. L'incapacité des enfants ou des incapables à réagir par eux-mêmes en raison de leur âge ou de leurs capacités mentales rend nécessaire une surveillance pour assurer l'épanouissement du droit à la vie à l'intérieur de ses limites. Les enfants et les incapables sont sujets de droit mais ne peuvent avoir le plein exercice de leurs droits avant d'avoir atteint un certain âge ou une certaine capacité. Ni l'un ni l'autre ne peut consentir ou refuser de consentir (*stricto sensu*) à un traitement médical.

En droit international, le droit de l'enfant à une protection particulière est indéniable. La *Déclaration universelle des droits de l'homme* octroie quant à elle une garantie à la mère et à l'enfant en accordant à ceux-ci le droit à une aide et à une assistance spéciales⁷⁷. Consacrée exclusivement aux enfants, la *Déclaration des droits de l'enfant*⁷⁸ est déjà plus précise que les documents qui l'ont précédée. Elle reconnaît expressément que l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection particulière et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance⁷⁹. L'idée voulant que l'enfant ait droit à une protection particulière en raison de son âge a été également reprise dans le *Pacte international*

⁷⁶*Déclaration universelle des droits de l'homme*, *supra*, note 67, art. 3 ; *American Declaration of the Rights and Duties of Man* (adopté par la 9^e International Conference of American States, Bogota, Colombia, 1948) art. 1 ; *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, *supra*, note 46, art. 6(1) ; *Convention européenne des droits de l'homme*, *supra*, note 59, art. 2(1). La consécration de la liberté individuelle présume que chacun a le droit de disposer librement de son corps, de se soigner comme il l'entend ce qui revient à reconnaître un certain degré d'autonomie au patient.

⁷⁷*Ibid.* art. 25.2 qui se lit comme suit : « La maternité et l'enfance ont droit à une aide et à une assistance spéciales. [...] ».

⁷⁸Doc. N.U., 20 novembre 1959 [Résolution 1386 (XIV)]. Il est à noter que cette déclaration n'a cependant aucune force contraignante pour les États qui y ont souscrit.

⁷⁹Voir à cet effet le considérant de la *Déclaration*, *supra*, note 76.

*relatif aux droits civils et politiques*⁸⁰ et plus récemment comme nous l'avons vu dans la *Convention internationale*⁸¹.

Dans cette section de l'étude, nous avons dégagé les grands principes reconnus à l'échelle internationale et applicables aux enfants et aux incapables dans le cadre de l'expérimentation, la transplantation et les soins médicaux. Il importe maintenant d'examiner de quelle façon ces principes sont ou seront transposés dans notre droit interne. Pour ce faire, nous procéderons selon la hiérarchie des textes législatifs. Dès lors, une analyse de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁸² s'impose d'emblée.

B. Le droit constitutionnel

La *Charte* s'applique à l'action législative, exécutive et administrative du gouvernement en vertu de son article 32⁸³. Une loi fédérale ou provinciale ou un acte gouvernemental portant sur l'expérimentation, la transplantation, les traitements médicaux ou la génétique est ainsi soumis aux exigences de la *Charte*.

L'expérimentation, la transplantation et le traitement médical mettent en jeu des libertés et droits fondamentaux protégés par la *Charte*, tels la liberté de conscience et de religion⁸⁴ (1), la liberté d'association⁸⁵ (2), le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité⁸⁶ (3), le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives⁸⁷ (4), le droit à la protection contre tout traitement ou peine cruel et inusité⁸⁸ (5) et le droit à l'égalité⁸⁹ (6).

Jusqu'ici seul le traitement médical a fait l'objet de décisions judiciaires dans le contexte du droit constitutionnel. Il ne fait pas de doute que les droits

⁸⁰*Supra*, note 46, art. 24(1) qui se lit comme suit :

Tout enfant, sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'origine nationale ou sociale, la fortune ou la naissance, a droit, de la part de sa famille, de la société et de l'État, aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur.

⁸¹*Convention relative aux droits de l'enfant*, *supra*, note 38.

⁸²*Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après *Charte*].

⁸³Voir *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, 33 D.L.R. (4th) 174. La *Charte* s'applique lorsqu'il y a délégation de pouvoirs, c'est-à-dire aux règlements et aux décrets et peut-être même aux règlements municipaux et aux règlements adoptés par d'autres organes créés par le Parlement et les législatures. Quand une partie privée invoque un tel acte gouvernemental et que celui-ci viole un des droits garantis à une autre personne par la *Charte*, celle-ci va s'appliquer.

⁸⁴*Charte*, art. 2(a).

⁸⁵*Ibid.* art. 2(d).

⁸⁶*Ibid.* art. 7.

⁸⁷*Ibid.* art. 8.

⁸⁸*Ibid.* art. 12.

⁸⁹*Ibid.* art. 15.

et libertés mentionnés pourraient aussi être invoqués dans le cadre de l'expérimentation et de la transplantation sur les enfants et les incapables. Il est donc utile d'examiner l'interprétation donnée par les tribunaux à chacun de ces droits et de considérer leur application en génétique. Les droits et libertés n'étant cependant pas absolus, nous allons voir qu'ils peuvent être limités par une règle de droit si ces limites sont raisonnables et qu'elles se justifient dans le cadre d'une société libre et démocratique⁹⁰ (7).

1. La liberté de conscience et de religion

La liberté de conscience et de religion peut d'une part être invoquée par l'individu lui-même. Les enfants ayant l'âge de faire un choix éclairé ont un droit fondamental de faire leur propre choix religieux⁹¹. Le fait d'avoir donné une transfusion de sang à une enfant Témoin de Jéhovah âgée de 12 ans sans son consentement transgresse sa liberté religieuse⁹². L'enfant doué de discernement ou l'incapable pouvant comprendre la portée de son geste pourrait consentir à une expérimentation ou à une transplantation si l'on admet qu'il exerce ainsi sa liberté de conscience.

La liberté de conscience et de religion peut d'autre part être invoquée par les parents d'un enfant⁹³. Elle ne justifie toutefois pas le refus de donner leur consentement au traitement médical de leur enfant si d'autres droits fondamentaux, comme le droit à la vie de l'enfant, sont en jeu⁹⁴.

2. La liberté d'association

La liberté d'association pourrait être invoquée pour protéger l'institution du mariage et le droit de fonder une famille⁹⁵. Si le droit de se marier ou de fon-

⁹⁰*Ibid.* art. 1.

⁹¹*Droit de la Famille* 260, [1986] R.J.Q. 315 (C.S.).

⁹²*Re L.D.K.*(1985), 48 R.F.L. (2d) 164 à la p. 171 (C.P. Ont.).

⁹³*Jones c. R.*, [1986] 2 R.C.S. 284, 31 D.L.R. (4th) 569 [ci-après *Jones* cité aux R.C.S.].

⁹⁴*Re C.P.L.* (1988), 70 Nfld. & P.E.I.R. 287 à la p. 302, 215 A.P.R. 287 (Nfld. U.F.C.) [ci-après cité aux Nfld. & P.E.I.R.] ; *M. (R.E.D.) c. Dir. of Child Welfare* (1987), 47 Alta L.R. (2d) 380, 1 W.W.R. 327 aux pp. 343-44 (Alta. Q.B.) [ci-après cité aux W.W.R.] ; *R. c. Tutton* (1985), 18 C.C.C. (3d) 328, 14 C.R.R. 314, confirmé sur une autre base par [1989] 1 R.C.S. 1392, 48 C.C.C. (3d) 129 [ci-après *Tutton*].

⁹⁵M. le juge McIntyre affirmait dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act*, [1987] 1 R.C.S. 313 à la p. 406, 38 D.L.R. (4th) 161 :

Même certaines institutions comme le mariage et la famille, qui de par leur nature sont collectives, ne tombent pas facilement ou entièrement sous la rubrique liberté d'association. [...] Cela ne veut pas dire que des institutions fondamentales, comme le mariage, ne bénéficieront jamais de la protection de la *Charte*. L'institution du mariage, par exemple, pourrait fort bien être protégée par la combinaison de la liberté d'association et d'autres droits et libertés.

der une famille est effectivement protégé, cela pourrait remettre en cause la légitimité des programmes de dépistage chez les adolescents comme pour le Tay-Sachs et la thalassémie. Selon cette interprétation restrictive, la transmission de l'information concernant l'état de porteur de l'adolescent pourrait constituer une atteinte au droit de se marier ou de fonder une famille en ce que cette information limiterait le choix de partenaires.

3. Le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité

L'article 7 protège la personne contre une atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité. Cette atteinte est illégale uniquement si elle est contraire aux principes de justice fondamentale⁹⁶. L'atteinte à un des trois éléments de l'article 7 est suffisante pour qu'il y ait violation de l'article⁹⁷. Une activité expérimentale, une transplantation ou un traitement médical qui porterait atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité d'une personne serait ainsi illégal.

Le droit à la liberté garantit à l'individu un certain degré d'autonomie personnelle dans la prise de décision affectant sa vie privée⁹⁸, qui comprend les décisions relatives aux soins médicaux. Ce droit découle du principe fondamental de la dignité de la personne qui est protégé, entre autres⁹⁹, par l'article 7¹⁰⁰. Le droit à la sécurité protège son intégrité physique et psychologique¹⁰¹ et son contrôle sur celle-ci. Un traitement médical ou chirurgical imposé par l'État constitue une atteinte à l'intégrité physique de la personne¹⁰². L'article 7 protégerait ainsi le droit d'un individu de consentir au prélèvement d'une substance de son corps, le droit de l'enfant de consentir au traitement médical, ainsi que celui de ses parents d'autoriser le traitement.

En vertu des principes énoncés plus haut, le prélèvement d'une substance corporelle contre la volonté de la personne ou sans son consentement, constitue

Voir aussi *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, 44 D.L.R. (4th) 385 [ci-après *Morgentaler* cité aux R.C.S.] et B.M. Knoppers, « Reproductive Technology and International Mechanisms of Protection of the Human Person » (1987) 32 R.D. McGill 336.

⁹⁶Pour déterminer si un principe est un principe de justice fondamentale, il faut examiner « la nature, [les] sources, [...] la raison d'être et [le] rôle essentiel de ce principe dans le processus judiciaire et dans notre système juridique à l'époque en cause » (*Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act* (C.B.), [1985] 2 R.C.S. 486 à la p. 513, 24 D.L.R. (4th) 536 [ci-après *Motor Vehicle* cité aux R.C.S.], M. le juge Lamer). Les principes de justice fondamentale portent non seulement sur la procédure mais aussi sur la substance (*supra* aux pp. 498-99, M. le juge Lamer).

⁹⁷*Singh c. Ministère de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, 17 D.L.R. (4th) 422.

⁹⁸*Morgentaler*, *supra*, note 95 à la p. 170, Mme le juge Wilson. Voir aussi Knoppers, *infra*, note 153.

⁹⁹« La notion de dignité humaine trouve son expression dans presque tous les droits et libertés garantis par la Charte » (*ibid.* à la p. 166, Mme le juge Wilson).

¹⁰⁰*Ibid.* aux pp. 164-65, Mme le juge Wilson.

¹⁰¹*Ibid.* aux pp. 55-56, M. le juge en chef Dickson et à la p. 173, Mme le juge Wilson.

¹⁰²*Ibid.* à la p. 173, Mme le juge Wilson.

une violation de l'article 7 de la *Charte*¹⁰³. La constitutionnalité de l'utilisation des tests sanguins en matière de filiation a été mise en doute sur cette base. Certaines lois provinciales, comme par exemple la *Children's Law Reform Act*¹⁰⁴, prévoient qu'une partie peut demander au tribunal la permission de faire procéder à un test sanguin dans le but de déterminer la filiation d'un enfant¹⁰⁵. Si un individu refuse de subir le test, le tribunal peut tirer les conclusions qu'il juge appropriées. La loi ne contraint pas une personne à se soumettre au test ; le test ne peut être pratiqué qu'avec le consentement de la personne concernée. Sans ce consentement, il y aurait voies de fait et atteinte à la vie privée de la personne. S'il n'y a pas de coercition, il ne peut y avoir d'atteinte aux droits garantis par l'article 7¹⁰⁶.

Le droit de l'enfant de donner son consentement à des soins médicaux est protégé par l'article 7¹⁰⁷. Nous avons déjà mentionné que le fait d'avoir donné une transfusion de sang à une enfant Témoin de Jéhovah âgée de 12 ans sans son consentement transgresse son droit à la sécurité¹⁰⁸. L'article 7 pourrait également servir comme fondement au droit de l'enfant de consentir à une expérimentation ou à une transplantation.

Le droit d'autoriser l'expérimentation, une transplantation ou un traitement médical sur des enfants appartient aux parents en vertu de l'autorité parentale. L'autorité parentale relève de l'autonomie familiale qui est protégée par l'article 7 de la *Charte*¹⁰⁹. La question de savoir si le droit à la liberté comprend le droit

¹⁰³Dans *R. c. Légère* (1988), 89 N.B.R. (2d) 361, 43 C.C.C. (3d) 502 (C.A. N.B.), on a jugé que le prélèvement de cheveux contre la volonté de la personne violait l'art. 7. Dans *Dyment c. R.* (1984), 47 Nfld. & P.E.I.R. 350, 9 D.L.R. (4th) 614 (P.E.I. S.C.), inf. par (1986), 57 Nfld. & P.E.I.R. 210, 26 D.L.R. (4th) 399 (P.E.I. S.C.A.D.), conf. par [1988] 2 R.C.S. 417, 55 D.L.R. (4th) 503 [ci-après *Dyment* cité aux R.C.S.], la remise d'un échantillon de sang à un tiers sans le consentement de la personne viole son droit à la sécurité. Cette conclusion a cependant été rejetée en appel. La décision de la Cour suprême porte uniquement sur l'art. 8 de la *Charte*.

¹⁰⁴R.S.O. 1980, c. 68.

¹⁰⁵*Ibid.*, art. 10 ; *contra*, *Droit de la famille* 206, [1986] R.J.Q. 2038 (C.A.).

¹⁰⁶*P.(K.) c. N.(P.)* (1988), 15 R.F.L. (3d) 110 (C.S. Ont.) ; *Re N and D* (1985), 49 O.R. (2d) 490 à la p. 498, 13 C.R.R. 26 (C.P.).

¹⁰⁷*Re C.P.L.*, *supra*, note 94 à la p. 308 : « The child was still denied his right to be informed through his parents. I find the apprehension and detention of C.P.L. was not in accordance with fundamental principles of justice ».

¹⁰⁸*Re L.D.K.*, *supra*, note 92 à la p. 171.

¹⁰⁹« [S]ecurity of the person includes the right to individual privacy or family autonomy and [...] one of the liberty interests to be protected is the parental right to be free from State intervention [...] » (*Re T and Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (1984), 46 O.R. (2d) 347 à la p. 358, 39 R.F.L. (2d) 297 (C.P.) [cité aux O.R.]) Voir aussi, *M. (R.E.D.) c. Dir. of Child Welfare*, *supra*, note 94. Voir en ce sens, N. Bala et J.D. Redfearn, « Family Law and the 'Liberty Interest' : Section 7 of the Canadian Charter of Rights » (1983) 15 Ottawa L. Rev. 243. *Contra* : « With respect to family autonomy, [...] I am not sure that any such right exists » (*Re C.P.L.*, *supra*, note 94 à la p. 303).

d'un parent d'élever et d'éduquer son enfant a été soulevée devant la Cour suprême, mais la majorité de la Cour a jugé inutile de se prononcer dans le contexte de la cause¹¹⁰. Selon l'opinion d'un juge minoritaire, la liberté protégée par l'article 7 comprend « le droit des parents d'éduquer leurs enfants conformément à leur conscience et à leurs croyances »¹¹¹.

L'enfant est aussi protégé par l'article 7¹¹². Sur cette base, les tribunaux donnent l'autorisation judiciaire de soumettre l'enfant à des traitements médicaux contre la volonté du titulaire de l'autorité parentale qui sont généralement les parents de l'enfant. Bien que le droit à la liberté comprend le droit de prendre les décisions concernant leur enfant, le droit à la vie de l'enfant dont l'état de santé requiert une transfusion sanguine limite la liberté des parents de choisir les traitements médicaux qui lui seront prodigués¹¹³.

Les incapables bénéficient également des droits énumérés à l'article 7. Dans l'arrêt *Re Eve*, la Cour suprême affirme que la stérilisation non thérapeutique ne devrait jamais être autorisée en vertu de la compétence *parens patriae*¹¹⁴. L'intervention constitue une « atteinte irréversible et grave des droits fondamentaux d'une personne [qui] est simplement trop grande pour permettre à un tribunal d'agir sur le fondement d'avantages possibles qui, du point de vue de la personne, sont extrêmement contestables »¹¹⁵. Un des motifs de la Cour était que la stérilisation, en l'occurrence la ligature tubaire, est normalement irréversible et contreviendrait au droit de procréer de l'individu¹¹⁶. On pourrait appliquer ce même raisonnement restrictif à l'expérimentation sur les enfants et les incapables, à la transplantation ou à certains traitements médicaux dans la mesure où ces interventions peuvent être dites non thérapeutiques.

¹¹⁰*Jones, supra*, note 93 à la p. 302, M. le juge LaForest.

¹¹¹*Ibid.* à la p. 320, Mme le juge Wilson.

¹¹²« The child as well may have individual rights which are safeguarded by the section » (*Re T and Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, supra*, note 109 aux pp. 357-58).

¹¹³*Re K.(R.)* (1987), 79 A.R. 140, 50 Alta L.R. 422 (Alta. Prov. Ct) ; *M. (R.E.D.) c. Dir. of Child Welfare, supra*, note 94.

¹¹⁴*E. (Mme) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388 à la p. 431, 31 D.L.R. (4th) 1 [ci-après *Re Eve* cité aux R.C.S.]. Les auteurs s'interrogent quant à l'applicabilité de la doctrine *parens patriae* au droit privé québécois. Pour une analyse de la question, les auteurs réfèrent les lecteurs à M. Morin, « La compétence *parens patriae* et le droit privé québécois : un emprunt inutile, un affront à l'histoire » (1990) 50 R. du B. 827.

¹¹⁵*Re Eve, ibid.* à la p. 432.

¹¹⁶Cette conclusion a été critiquée par une décision de la Chambre des Lords en Angleterre :

To talk of the « basic right » to reproduce of an individual who is not capable of knowing the causal connection between intercourse and childbirth, the nature of pregnancy, what is involved in delivery, unable to form maternal instincts or to care for a child appears to me wholly to part company with reality (*Re B*, [1987] 2 W.L.R. 1213, 2 All E.R. 206 à la p. 213).

4. Les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives

L'article 8 interdit non seulement les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives¹¹⁷, mais garantit le droit à la protection contre celles-ci¹¹⁸. Ces trois termes doivent s'interpréter de façon disjonctive¹¹⁹.

Un des objets de la protection constitutionnelle contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives est la protection de la vie privée des individus¹²⁰. Alors que dans le passé, le droit à la vie privée visait la protection du domicile, aujourd'hui il protège plutôt les personnes que les lieux¹²¹. Le droit à la vie privée comprend également la protection des renseignements personnels¹²².

La saisie dans le contexte de l'article 8 se définit comme la prise par les autorités de quelque chose appartenant à un individu sans son consentement¹²³. Le prélèvement d'une substance corporelle, comme le sang, sur une personne inconsciente, et donc sans son consentement, constitue une fouille abusive¹²⁴. Si le prélèvement est effectué pour des fins médicales sur un individu inconscient, la prise de possession par un représentant de l'État de l'échantillon de sang constitue une saisie au sens de l'article 8¹²⁵. Il en est de même pour toute autre substance corporelle¹²⁶. Si la saisie n'est pas faite en raison d'une urgence, elle est abusive¹²⁷.

L'utilisation d'une partie du corps d'une personne afin d'obtenir des renseignements sur elle sans son consentement porte atteinte à sa vie privée¹²⁸ et à son autonomie personnelle¹²⁹. De plus, si la personne consent au prélèvement

¹¹⁷Voir Y. de Montigny, « La protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives : un premier bilan » (1989) 49 R. du B. 53.

¹¹⁸*M.N.R. c. Kruger Inc.*, [1984] 2 C.F. 535, 13 D.L.R. (4th) 706 (C.A.) ; *Dyment*, *supra*, note 103 à la p. 427.

¹¹⁹*Dyment*, *ibid.* à la p. 431.

¹²⁰*Hunter c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145 à la p. 159, 11 D.L.R. (4th) 641 [ci-après *Hunter* cité aux R.C.S.].

¹²¹*Ibid.*

¹²²*Dyment*, *supra*, note 103 aux pp. 429-30.

¹²³*Ibid.* à la p. 431.

¹²⁴*R. c. Pohoritsky*, [1987] 1 R.C.S. 945 à la p. 948, 39 D.L.R. (4th) 699. Le prélèvement avait été effectué à la demande d'un policier et non pour des raisons médicales. Comme le ministère public reconnaissait que le prélèvement était une fouille abusive, la Cour n'a pas eu à décider si le prélèvement était une fouille ou une saisie.

¹²⁵*Dyment*, *supra*, note 103 à la p. 435.

¹²⁶*Ibid.* à la p. 439.

¹²⁷*Ibid.* aux pp. 436-37. Le policier aurait dû obtenir au préalable un mandat l'autorisant à la saisie.

¹²⁸*Ibid.* aux pp. 431-32. Dans *R. c. Katsigiorgis* (1988), 62 O.R. (2d) 441, 39 C.C.C. (3d) 256 à la p. 261, la Cour d'appel de l'Ontario a considéré que la saisie d'un échantillon d'urine ne nécessite aucune intrusion du corps humain et ne constitue qu'une invasion minime de la vie privée.

¹²⁹*Dyment*, *supra*, note 103 à la p. 436.

d'un échantillon d'une partie corporelle à des fins médicales, celui-ci doit servir uniquement à ces fins¹³⁰. Cette interprétation de l'article 8 a également un impact sur le droit d'accès et le droit d'utilisation de l'information issue du matériel génétique en ce qui concerne les membres de la famille, les chercheurs et les tiers. Le consentement du patient ou du sujet à une telle utilisation devrait être explicite.

5. Les traitements ou peines cruels et inusités

L'article 12 de la *Charte* canadienne protège chacun contre tout traitement ou peine cruel et inusité. Le terme traitement n'est pas limité au traitement pénal¹³¹. Il y a violation du droit si le traitement est soit cruel, soit inusité, soit les deux¹³². Un traitement est cruel et inusité s'il n'est pas conforme aux normes publiques de décence et de bienséance¹³³, s'il n'est pas nécessaire car il existe des alternatives acceptables et s'il ne peut pas être appliqué selon une base rationnelle en conformité avec des normes vérifiées ou vérifiables¹³⁴.

L'article 12 a été invoqué dans une cause portant sur le traitement médical. Des parents avaient rétracté l'autorisation qu'ils avaient initialement donnée à ce qu'un drain posé dans le cerveau de leur enfant de 7 ans soit remplacé. L'enfant souffrait de multiples problèmes qui affectaient gravement sa qualité de vie et sans drain, il allait mourir dans les jours suivants. Le Superintendent of Family and Child Services s'opposa à leur décision et saisit la Cour provinciale pour que la garde de l'enfant lui soit remise. Les parents soutenaient que le remplacement du drain constituerait un traitement cruel et inusité contraire à l'article 12. La Cour provinciale leur donna raison et leur confia la garde de l'enfant¹³⁵. Le Superintendent interjeta appel de la décision sur la base de l'article 7 de la *Charte*.

La Cour suprême de la Colombie-Britannique renversa la décision car selon elle, les parents ne pouvaient présumer de la qualité de vie de l'enfant¹³⁶. Ce tribunal note que la Cour provinciale s'était fondée sur l'article 12, mais ni l'un ni l'autre des tribunaux n'a interprété les termes de l'article 12. La Cour suprême de la Colombie-Britannique ne dit pas si l'intervention chirurgicale était prohibée par l'article 12, auquel cas cette disposition serait secondaire par

¹³⁰*Ibid.* à la p. 432. Voir K. Benyekhlef, « Réflexions sur la légalité des tests de dépistage de drogues dans l'emploi » (1988) 48 R. du B. 315. Voir Knoppers et Laberge, *supra*, note 22.

¹³¹*Soenen c. Director of Edmonton Remand Centre* (1984), 6 C.R.R. 368 à la p. 372, 28 Alta L.R. (2d) 63 (Alta. Q.B.) [ci-après cité aux C.R.R.].

¹³²*Ibid.* à la p. 376.

¹³³« Public standards of decency and propriety », *ibid.* à la p. 380.

¹³⁴*Ibid.* à la p. 380.

¹³⁵*Re S.D.* (1983), 42 B.C.L.R. 153, 3 W.W.R. 597 (B.C. P.C.), inf. par (1983), 42 B.C.L.R. 173, 34 R.F.L. (2d) 34 (S.C.).

¹³⁶*Ibid.*

rapport à l'article 7, ou si l'intervention ne constituait tout simplement pas un traitement cruel et inusité au sens de l'article 12.

Dans une décision qui posait le même genre de dilemme, un tribunal québécois réfère ainsi à l'article 12 :

L'État doit préserver la vie humaine, mais si, malgré ses soins, la vie devient inhumaine, c'est la dignité de la personne qui doit l'emporter sur l'intérêt de l'État. L'article 12 de la *Charte* canadienne des droits permet alors à la personne de dire que tout traitement qu'on veut lui administrer est « cruel », et elle peut le refuser. Mais le test de la disparition de la dignité de la vie doit être objectif¹³⁷.

Par contre, selon des décisions plus récentes, l'article 12 ne s'applique pas aux traitements médicaux¹³⁸. Reste à savoir si cette interprétation limitative récente sera suivie par des instances supérieures.

L'expérimentation pourrait constituer un traitement cruel et inusité¹³⁹. Le terme « traitement » aurait une portée suffisamment large pour inclure une activité expérimentale¹⁴⁰. Une expérimentation, de par sa nature même semble être un acte inusité. La définition que l'on choisit de donner à « inusité » prend dès lors toute son importance. Si on définit ce terme comme voulant dire « extraordinaire », toutes les expérimentations ne peuvent pas être considérées comme inusitées¹⁴¹. L'interprétation peut aussi porter sur le caractère cruel de l'expérimentation¹⁴².

6. Le droit à l'égalité

Un courant jurisprudentiel interprétait la notion de discrimination contenue à l'article 15 comme une distinction injuste et déraisonnable :

La Cour est d'avis d'adopter une définition dynamique du terme « discrimination » au sens de l'article 15. Celle-ci supposera une distinction fondée ou non sur l'un des motifs énumérés, mais, en tout état de cause, qui soit injuste, déraison-

¹³⁷Re *Goyette* : *Centre de services sociaux du Montréal Métropolitain*, [1983] C.S. 429 à la p. 436.

¹³⁸*M. (R.E.D.) c. Dir. of Child Welfare*, *supra*, note 94 à la p. 344.

¹³⁹M. Ouellette, « La *Charte* canadienne et certains problèmes de bioéthique » (1984) 18 R.J.T. 271 à la p. 285.

¹⁴⁰Commission de réforme du droit du Canada, *supra*, note 36 à la p. 13.

¹⁴¹Voir la rédaction de l'art. 7 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, *supra*, note 46 : « Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. En particulier, il interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique ».

¹⁴²M. Ouellette, *supra*, note 139 à la p. 285 :

[U]ne expérimentation [...] présente un caractère inusité [...] mais pas nécessairement cruel. Pourtant, pour paraphraser l'art. 20 (1) C.c., le risque couru par le sujet peut fort bien être hors de proportion avec le bienfait qu'on peut en espérer. A moins que ce ne soit là une définition du traitement cruel !

nable et injustifiée en regard des buts poursuivis par la législation attaquée et de l'étendue des conséquences sur les droits et libertés qui se trouvent entravés¹⁴³.

Selon une autre interprétation, est discriminatoire la distinction établie entre des individus qui sont dans une même catégorie, dans une situation analogue¹⁴⁴.

La Cour suprême a rejeté les deux interprétations¹⁴⁵. La discrimination dont il est question au paragraphe 15(1) se limite à celle qui découle de l'application de la loi. Le test de la situation analogue exclut « toute considération de la nature de la loi »¹⁴⁶. La discrimination au sens de l'article 15 est une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus qui a pour effet d'imposer à la personne des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Il faut donc étudier l'effet de la distinction¹⁴⁷. Toute distinction n'est pas discriminatoire.

Les motifs énumérés à l'article 15 ont essentiellement trait à des caractéristiques inhérentes à l'individu qui sont fondées sur des caractéristiques personnelles par opposition aux distinctions fondées sur les mérites ou les capacités de l'individu. Les premières seraient presque toujours taxées de discriminatoires alors que les secondes le seraient rarement¹⁴⁸. L'âge et les déficiences mentales ou physiques sont des motifs énumérés.

Pour certains tribunaux, la discrimination fondée sur l'âge apparaît moins sérieuse que celle fondée sur d'autres critères :

[I]l n'est guère de loi ou réglementation qui ne contraigne, restreigne ou impose en fonction de l'âge ; cette classification ou catégorie est reconnue et largement utilisée par tous les législateurs. C'est pourquoi, parmi tous les cas possibles, il ne s'agit pas là de la discrimination la plus grave et la plus pernicieuse¹⁴⁹.

On doit donc exiger pour les distinctions sur la base de l'âge une justification moins rigoureuse que celle pour d'autres violations du droit à l'égalité. Une certaine jurisprudence soutient la position inverse à savoir que tous les motifs énumérés doivent être soumis au même degré de protection¹⁵⁰.

¹⁴³*Bande d'Eastmain c. Gilpin*, [1988] R.J.Q. 1987 à la p. 1992 (C.P.).

¹⁴⁴*Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. P.G. du Canada*, [1987] 2 C.F. 359 à la p. 368, 34 D.L.R. (4th) 584 (C.F.A.).

¹⁴⁵*Andrews c. The Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143 aux pp. 178-182, 56 D.L.R. (4th) 1, M. le juge McIntyre [ci-après *Andrews* cité aux R.C.S.].

¹⁴⁶*Ibid.* à la p. 166, M. le juge McIntyre.

¹⁴⁷*Ibid.* aux pp. 174 et 182, M. le juge McIntyre.

¹⁴⁸*Ibid.* aux pp. 174-75, M. le juge McIntyre.

¹⁴⁹*Bande d'Eastmain c. Gilpin*, *supra*, note 143 à la p. 1994 ; *Silano c. A.G. of British Columbia* (1987), 16 B.C.L.R. (2d) 113, 42 D.L.R. (4th) 407 (B.C.S.C.).

¹⁵⁰*McKinney c. University of Guelph* (1988), 63 O.R. (2d) 1, 46 D.L.R. (4th) 193 à la p. 234 (C.A. Ont.). Voir au même effet le jugement de la Cour suprême, *McKinney c. University of Guelph* (6 décembre 1990) (20747) (C.S.C.).

On a jugé que le fait d'avoir donné une transfusion de sang à une enfant Témoin de Jéhovah âgée de 12 ans sans son consentement constitue de la discrimination fondée sur l'âge¹⁵¹.

Cependant tout traitement différent ne constitue pas de la discrimination. Le traitement différent réservé aux jeunes contrevenants ne viole pas les droits garantis par l'article 15 car il s'agit d'un programme ayant pour but d'améliorer les conditions d'un groupe de personnes défavorisées¹⁵².

Il reste maintenant à savoir si les personnes atteintes de maladies génétiques sont protégées par l'article 15 qui interdit la discrimination fondée sur les conditions de déficiences mentales ou physiques. Même si toute personne est porteuse de gènes délétères, la variabilité individuelle dans l'expression clinique de ces gènes fait que l'évaluation du niveau de mésadaptation qu'ils engendrent se fera sur une base individuelle et médicale. La discrimination ne s'appliquera donc pas à partir du nom de la maladie mais plutôt sur la mesure de mésadaptation qu'elle entraîne pour la personne atteinte compte tenu du contexte social¹⁵³.

Par ailleurs, la Cour suprême a laissé ouverte la possibilité d'ajouter d'autres catégories pour lesquelles la discrimination sera prohibée¹⁵⁴.

7. L'article 1 de la *Charte*

Les droits et libertés protégés ne sont pas absolus et peuvent être restreints par l'État.

La partie qui invoque le maintien de la restriction doit établir que celle-ci est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique¹⁵⁵. Elle doit pouvoir convaincre le tribunal que l'objectif de la restriction à un droit ou une liberté garanti par la *Charte*, est suffisamment important pour en justifier la suppression¹⁵⁶. Un objectif est considéré suffisamment important s'il se rapporte à des « préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique »¹⁵⁷. Il va sans dire que la détec-

¹⁵¹« Given the intelligence, state of mind and position taken by L., all of which were known to this hospital, she ought to have been consulted before being transfused » (*Re L.D.K.*, *supra*, note 92 à la p. 171).

¹⁵²*R. c. M.(R.C.)* (1986), 36 Man. R. (2d) 252, 21 C.C.C. (3d) 116 (Man. Q.B.). Voir au même effet, *R. c. W.* (1985), 22 C.C.C. (3d) 269 (B.C.S.C.).

¹⁵³B.M. Knoppers, *Dignité humaine et patrimoine génétique* (Document d'étude) Commission de réforme du droit du Canada, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1991.

¹⁵⁴Andrews, *supra*, note 23.

¹⁵⁵*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 aux pp. 136-37, 26 D.L.R. (4th) 200 [ci-après *Oakes* cité aux R.C.S.].

¹⁵⁶*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295 à la p. 352, 18 D.L.R. (4th) 321 [ci-après *Big M* cité aux R.C.S.]; *Oakes*, *ibid.* à la p. 138.

¹⁵⁷*Oakes*, *ibid.* à la p. 139.

tion des maladies génétiques traitables chez le nouveau-né constitue une urgence compte tenu du fait que tout retard peut entraîner des conséquences irréversibles dans le développement d'un enfant.

En second lieu, les moyens choisis pour réaliser ces objectifs doivent être proportionnels ou appropriés aux fins poursuivies¹⁵⁸. Un moyen est approprié s'il a un lien rationnel avec cet objectif, s'il est de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question et si l'effet de la restriction est proportionnel à l'objectif recherché¹⁵⁹.

Cette notion de limites raisonnables se retrouve également dans le *Code criminel*¹⁶⁰. Elle se justifie par les objectifs sociaux poursuivis par le législateur. Ainsi, on trouve plusieurs exemples de discrimination légitime en droit pénal. Une disposition du Code criminel prévoyant que le consentement de la victime de moins de 14 ans n'est pas une excuse à une accusation d'agression sexuelle si l'accusé est de 3 ans ou plus l'aîné de la victime¹⁶¹ viole les droits garantis par l'article 15. Mais le but de cette disposition est de protéger les jeunes personnes de l'exploitation sexuelle par des personnes plus âgées qui peuvent exercer sur elles une plus grande influence que celle exercée par des personnes d'à peu près le même âge. Il s'agit donc d'un objectif légitime et important qui justifie la discrimination¹⁶².

Le rapport entre une atteinte aux droits garantis par l'article 7, les principes de justice fondamentale et l'article premier de la *Charte* a été interprété de deux façons¹⁶³. Selon la première interprétation, les droits garantis à l'article 7 sont violés *prima facie* par la transgression des principes de justice fondamentale, mais une telle atteinte peut néanmoins se justifier si elle respecte les exigences de l'article premier de la *Charte*¹⁶⁴. Selon la deuxième interprétation, il est inutile d'avoir recours à l'article premier s'il est démontré que la limite aux droits garantis à l'article 7 viole les principes de justice fondamentale¹⁶⁵.

Le rapport entre l'article 8 et l'article premier n'a pas encore fait l'objet d'une interprétation. Il n'est pas clair qu'une fouille, une perquisition ou une saisie abusive soit automatiquement déraisonnable¹⁶⁶.

¹⁵⁸*Big M*, *supra*, note 156 à la p. 352.

¹⁵⁹*Oakes*, *supra*, note 155 à la p. 139.

¹⁶⁰S.R.C. 1985, c. C-46 [ci-après *Code criminel*].

¹⁶¹*Code criminel*, art. 246.1(2).

¹⁶²*R. c. Bearhead* (1986), 27 C.C.C. (3d) 546, 22 C.R.R. 211 (Alta. Q.B.).

¹⁶³*Motor Vehicle*, *supra*, note 96.

¹⁶⁴*Ibid.* à la p. 520, M. le juge Lamer ; *Morgentaler*, *supra*, note 95 à la p. 73, M. le juge en chef Dickson ; à la p. 123, M. le juge Beetz ; à la p. 180, Mme le juge Wilson.

¹⁶⁵*Motor Vehicle*, *supra*, note 96 à la p. 523, Mme le juge Wilson ; *Guerrera c. St-Sauveur-des-Monts* (3 juin 1988), Terrebonne 700-36-000006-881, J.E. 88-948 (C.S.). Notons que le juge Wilson s'est ralliée à la première interprétation dans l'arrêt *Morgentaler*.

¹⁶⁶*Hunter*, *supra*, note 120 aux pp. 169-70, Mme le juge Wilson.

Ainsi, si le législateur intervient en matière d'expérimentation, de transplantation ou de traitement médical par rapport aux enfants ou aux incapables, il devra tenter de concilier les droits fondamentaux des parties impliquées. Si son action porte atteinte à un des droits enchâssés dans la *Charte*, il devra justifier cette intervention. Le principe demeure vrai même dans le cas où cette atteinte prend la forme d'une « protection » et cela d'autant plus qu'elle implique des personnes vulnérables. À défaut d'une justification convaincante, les tribunaux n'hésiteront pas à protéger les droits et libertés de ces personnes.

C. *Le droit criminel*

Les lois pénales s'appliquent à l'acte médical en ce qu'elles visent à protéger la société et à sauvegarder la vie et la santé de l'individu¹⁶⁷. Dans sa fonction de sauvegarde de la santé et de la vie, le *Code criminel* tient compte et respecte certaines valeurs fondamentales dont le caractère sacré de la vie, la sécurité et la liberté de la personne humaine, le droit à l'autodétermination, la liberté de religion et le droit de chacun au respect de sa vie privée.

Pour protéger le droit fondamental de chaque individu à la sécurité et à l'inviolabilité de sa personne, le *Code criminel* prévoit un certain nombre d'infractions appelées infractions contre la personne¹⁶⁸. Afin d'assurer à chacun le respect de l'intégrité physique à laquelle il a droit, le législateur a choisi d'assimiler l'acte médical aux infractions comportant l'usage de la force contre la personne d'autrui et de ce fait, à moins d'une justification légale expresse¹⁶⁹, l'acte médical pourrait constituer un acte criminel. Selon les circonstances, l'acte médical pourrait équivaloir à des voies de faits¹⁷⁰, à un manquement à l'obligation de fournir les choses nécessaires à la vie¹⁷¹, à des lésions corporelles causées intentionnellement¹⁷², à de la négligence criminelle¹⁷³ ou enfin à un homicide¹⁷⁴. Ces dispositions s'appliqueront aussi bien à l'expérimentation, au prélèvement et à la transplantation (1) qu'au traitement médical (2).

1. La protection de l'intégrité physique de la personne et l'expérimentation

Le fait pour une personne d'appliquer intentionnellement ou par insouciance téméraire une force sur la personne d'autrui sans le consentement de

¹⁶⁷Commission de réforme du droit du Canada, *Le traitement médical et le droit criminel*, (Document de travail no 26) Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1980.

¹⁶⁸*Code criminel*, partie VIII.

¹⁶⁹*Code criminel*, art. 45.

¹⁷⁰*Ibid.* art. 265 et 268 ; *Malette c. Shulman* (Ont. H.C.), *supra*, note 29.

¹⁷¹*Code criminel*, art. 215-216.

¹⁷²*Ibid.* art. 267.

¹⁷³*Ibid.* art. 219.

¹⁷⁴*Ibid.* art. 222.

cette dernière constitue des voies de fait¹⁷⁵. L'acte médical comporte cette intention de violence physique contre la personne d'autrui¹⁷⁶ et toute intervention médicale, y compris un prélèvement sanguin, une analyse d'urine ou l'administration d'une substance à titre expérimental nécessite l'application de la force. En ce sens, certains actes posés dans le cadre d'une expérimentation médicale constitueront, sauf justification, des voies de fait.

L'application intentionnelle de la force dans le cadre d'une expérimentation médicale ne peut constituer des voies de faits s'il y a consentement valable de la part du sujet. De plus, en droit pénal, un consentement est valable s'il est soit imposé, c'est le cas par exemple lorsqu'un tribunal autorise à procéder à l'acte médical et ce, contre le gré du patient¹⁷⁷, soit autorisé par la loi¹⁷⁸.

Le consentement autorisé est essentiellement un consentement que peuvent donner certaines personnes en vertu des pouvoirs que leur confèrent des textes de loi. Ainsi en vertu des différentes lois provinciales, les parents sont investis de l'autorité suffisante pour consentir ou refuser que certains actes soient posés sur la personne de leur enfant¹⁷⁹. Cela dit, pour être valable, le consentement autorisé par la loi doit répondre à trois conditions. Un consentement sera valable s'il est librement donné, s'il se rapporte à la nature de l'acte et s'il est donné par une personne ayant la capacité de consentir.

Un consentement librement donné est un consentement obtenu sans contrainte et sans fraude quant à la nature et la qualité de l'acte¹⁸⁰. La fraude consisterait par exemple à présenter l'expérimentation non thérapeutique comme une démarche bénéfique et nécessaire à la guérison¹⁸¹. La contrainte pourrait quant à elle vicier le consentement si le sujet ou la personne autorisée à consentir pour autrui est soumis à une pression induite qui compromet le libre exercice de sa volonté. En ce sens, la contrainte susceptible de vicier un consentement peut provenir d'une personne en situation d'autorité. L'autorité implique un pouvoir de contrôle, souvent disciplinaire, sur une personne dont quelqu'un a la charge. Le *Code criminel* actuel reconnaît une telle autorité aux parents¹⁸² et à celui qui pratique une intervention chirurgicale¹⁸³. La question de savoir si, aux

¹⁷⁵En matière de transplantation voir par exemple, D. O'Connors, « Transplant Surgery and the Criminal Law » (1970) 3 Aust. & N.Z. J. Crim. 223, cité dans Commission de réforme du droit du Canada, *supra*, note 167 à la p. 120 n. 57.

¹⁷⁶*Code criminel*, art. 265.

¹⁷⁷*Institut Philippe Pinel de Montréal c. Dion*, [1983] C.S. 438.

¹⁷⁸Le *Code criminel* est muet quant au consentement imposé ou autorisé. La plupart de ces cas relèvent de la compétence provinciale.

¹⁷⁹Ci-dessous, partie D. *Le droit provincial*.

¹⁸⁰*Code criminel*, art. 265(3).

¹⁸¹Par analogie avec l'affaire *R. c. William Case* (1850), 4 Cox C.C. 220, où il s'agissait d'une infraction sexuelle commise sous prétexte d'un traitement médical. La fraude consistait alors à avoir présenté à la patiente l'acte comme une mesure nécessaire et bénéfique à sa guérison.

¹⁸²*Code criminel*, art. 43.

¹⁸³*Ibid.* art. 45.

fins du droit criminel, le chercheur qui procède à une expérimentation sur une personne humaine est ce qu'il convient d'appeler une personne en situation d'autorité reste à l'heure actuelle sans réponse¹⁸⁴.

Pour être valable, le consentement à l'expérimentation doit également se rapporter à la nature de l'acte et l'objet de celui-ci doit être connu du sujet. Comme l'a suggéré une auteure, celui qui procède à une expérimentation sur une personne humaine devrait révéler au sujet tous les risques possibles rattachés à l'expérimentation afin d'éviter d'engager sa responsabilité criminelle¹⁸⁵. La même prudence s'impose à notre avis quant à l'information que le chercheur devrait fournir à la personne qui consent à ce qu'une expérimentation soit pratiquée sur l'enfant.

Enfin, seul le consentement donné par une personne capable constitue un consentement valable à l'application de la force. Le *Code criminel* ne traite pas du consentement des personnes mineures aux voies de fait¹⁸⁶, mais il se dégage de la jurisprudence qu'un consentement ne peut être valable si celui qui donne son autorisation n'est pas à même de comprendre la nature de l'acte¹⁸⁷.

Dans l'état actuel du droit pénal canadien, le consentement a donc généralement pour effet de légaliser une atteinte à l'intégrité corporelle de l'enfant. Il semble donc qu'il ne puisse y avoir voies de fait si l'enfant est capable de comprendre la nature de l'acte ou, dans le cas où il est incapable d'en comprendre la nature, si son représentant légal consent librement à ce que la force lui soit administrée¹⁸⁸. Le consentement d'une personne capable de comprendre est valable en droit criminel et constitue une première ligne de protection pour la personne mineure. Par contre, le *Code criminel* est muet quant aux types d'at-

¹⁸⁴Voir Commission de réforme du droit du Canada, *supra*, note 167 à la p. 10. Il faut néanmoins constater que le droit ne considère pas à l'heure actuelle le personnel médical comme des personnes exerçant une autorité et malgré la dépendance qui peut caractériser la relation médecin patient, il est impossible d'imputer au médecin une position d'autorité légale. Il nous apparaît donc douteux qu'un chercheur puisse être considéré comme une personne en situation d'autorité par rapport au sujet participant à l'expérimentation et, de ce fait, puisse exercer la contrainte susceptible de vicier un consentement.

¹⁸⁵C.L. Levy, *The Human Body and the Law : Legal and Ethical Considerations in Human Experimentation*, New York, Oceana Publications Inc., 1983 à la p. 23. Cette auteure précise cependant que la possibilité de poursuite au criminel en rapport avec une expérimentation est illusoire puisque l'État exerce un contrôle de plus en plus important sur les modalités de l'expérimentation sur l'être humain.

¹⁸⁶Il est intéressant de noter qu'en Angleterre, la capacité de comprendre la nature de l'acte envisagé est expressément exigée. Si l'enfant n'est pas en mesure de comprendre la nature de l'acte, son consentement ne peut être considéré comme valable. Voir à cet effet *Burrell c. Harmer* (1966), [1967] Crim. L.R. 169, 116 New L.J. 1658 cité dans Commission de réforme du droit du Canada, *supra*, note 167 à la p. 23 n. 79.

¹⁸⁷*Bolduc and Bird c. R.* [1967] R.C.S. 677, 63 D.L.R. (2d) 82.

¹⁸⁸Si l'on suppose que le consentement d'une personne douée de compréhension est valable aux fins du droit criminel, le fait de procéder à une expérimentation en dépit du refus du sujet capable de comprendre devrait normalement engager la responsabilité criminelle du chercheur.

teintes à l'intégrité corporelle pour lesquelles un consentement constitue une défense valable. En matière d'expérimentation certaines difficultés peuvent de ce fait survenir. Doit-on accepter le consentement comme une défense valable lorsque le but poursuivi est lui-même illégal ou immoral ? Il est certains usages de la force auxquels la *common law* britannique interdit de consentir¹⁸⁹. Ainsi, le consentement à l'acte n'a aucun effet si des lésions corporelles sont la conséquence probable des voies de fait. « Lésion corporelle » s'entend alors de tout ce qui porte atteinte à la santé ou au bien-être physique de la victime et qui n'est pas simplement passager. Comment concilier cette position avec la réalisation de protocoles de recherche ? En effet, le but poursuivi par l'expérimentation n'est pas toujours de procurer au sujet un bienfait ou un bénéfice qui lui soit propre puisque certaines recherches sont menées afin d'augmenter le champ des connaissances scientifiques. La doctrine canadienne a pris position et écarte cette règle de droit anglais¹⁹⁰. De l'avis de la Commission de réforme du droit du Canada, la société, par l'intermédiaire des tribunaux, doit garder un certain contrôle sur ce qu'elle peut juger humainement acceptable et à cette fin elle propose deux solutions. Une première solution consiste à créer des moyens de défense spécifiques à l'administration d'un traitement de façon à faire contre-poids à l'inclusion de cette administration dans la catégorie générale des infractions contre la personne. La seconde solution avancée par la Commission serait la création d'une infraction spécifique portant sur l'administration fautive du traitement médical¹⁹¹.

Par ailleurs, il y a consentement imposé lorsqu'une loi ou une décision judiciaire autorise l'acte médical en l'absence d'un consentement de la part du sujet ou malgré le refus de celui-ci ou de ses représentants légaux. La principale question qui se pose alors est de savoir s'il est possible d'obtenir l'autorisation judiciaire de procéder à une expérimentation médicale sur un sujet humain et plus précisément, sur la personne d'un mineur ou d'un incapable.

Dans le cas d'un mineur, il est clairement établi que le consentement du titulaire de l'autorité parentale doit être obtenu pour fournir à l'enfant les soins médicaux qu'exige son état¹⁹². Toutefois, le tribunal peut substituer son opinion à celle des parents lorsqu'un texte de loi le lui permet¹⁹³ ou, en l'absence d'un tel texte, par l'application de la doctrine du *parens patriae*. Soulignons cependant que les textes de loi qui autorisent le tribunal à substituer son opinion à celle des parents ne s'appliquent qu'en matière de traitement médical et non en matière d'expérimentation.

¹⁸⁹Commission de réforme du droit du Canada, *supra*, note 167 à la p. 23.

¹⁹⁰*Ibid.* à la p. 24.

¹⁹¹*Ibid.* aux pp. 106-107.

¹⁹²Voir ci-dessous, partie D. *Le droit provincial*.

¹⁹³Par exemple, *Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q. c. P-35, art. 42.

Quant à la portée de la notion de *parens patriae*, elle fut examinée dans l'affaire *Re Eve*. En rendant son jugement, la Cour suprême du Canada énonce que la compétence de *parens patriae* n'autorise pas le tribunal à permettre un acte médical à des fins non thérapeutiques. De plus, l'honorable juge LaForest rappelle que la compétence *parens patriae* ne peut être utilisée qu'à l'avantage des personnes atteintes de déficiences et ce, pour les protéger. Par conséquent, il semble peu probable que le tribunal, en vertu de sa compétence *parens patriae*, autorise une expérimentation chez un enfant ou un incapable¹⁹⁴.

Cela étant établi, il nous faut vérifier si, en regard du droit criminel, le traitement médical est régi de la même façon que l'expérimentation.

2. La protection de l'intégrité physique de la personne et le traitement médical

Le *Code criminel* impose aux parents et aux tuteurs en mesure de le faire, l'obligation de fournir aux enfants âgés de moins de seize ans les choses nécessaires à l'existence¹⁹⁵. Les parents ou tuteurs qui manquent à cette obligation sans excuse légitime, engagent leur responsabilité criminelle si, par suite de ce manquement, l'enfant se trouve dans le dénuement ou le besoin ou encore si l'omission met en danger la vie de l'enfant ou compromet sa santé de façon permanente. La même obligation incombe à toute personne qui a à sa charge une personne incapable¹⁹⁶. L'hôpital¹⁹⁷, le médecin¹⁹⁸ et le personnel infirmier sont donc tenus de fournir les choses nécessaires à l'existence à une personne inapte à se les procurer elle-même. Ceux-ci engagent leur responsabilité criminelle si, conscients de la nécessité d'agir, ils omettent de le faire sans excuse légitime¹⁹⁹ et mettent de ce fait en danger la vie ou compromettent de façon permanente la santé de la personne à leur charge²⁰⁰.

Le *Code criminel* ne définit pas l'expression « les choses nécessaires à l'existence »²⁰¹. La jurisprudence par contre offre plusieurs exemples de choses nécessaires à l'existence ; elles comprennent notamment les traitements et les

¹⁹⁴*Supra*, note 114 à la p. 431.

¹⁹⁵*Code criminel*, art. 215(1a) Voir *Tutton, supra*, note 94 ; *R. c. Brown et Urbanovich* (1985), 31 M.R. (2d) 268 (C.A. Man.) [ci-après *Brown*] ; *R. c. Cyrenne, Cyrenne et Cramb* (1981), 62 C.C.C. (2d) 238 (Dist. Ct Ont.) [ci-après *Cyrenne*].

¹⁹⁶*Code criminel*, art. 215(1c).

¹⁹⁷Voir *Hôpital Notre-Dame c. Patry*, [1972] C.A. 579.

¹⁹⁸Voir *Brown, supra*, note 195.

¹⁹⁹Il y a excuse légitime si l'accusé n'est pas en mesure de fournir les choses essentielles. Voir Commission de réforme du droit du Canada, *supra*, note 167 à la p. 26 n.105.

²⁰⁰*Code criminel*, art. 215(1c). Un manquement à l'obligation de fournir à l'enfant les choses essentielles à l'existence peut donner lieu à diverses condamnations en vertu du *Code criminel*. Ainsi les parents, le tuteur ou encore le médecin peuvent en théorie être reconnus coupables d'homicide.

²⁰¹*Code criminel*, art. 215(1).

soins médicaux²⁰². Toutefois, il faut s'interroger sur la possibilité que cette notion de secours médical soit suffisamment large pour englober les thérapies géniques. On pourrait ainsi exiger, entre autres des parents, qu'ils aient recours à ces mesures exceptionnelles pour assurer la qualité du matériel génétique transmis à leur progéniture²⁰³.

Etant donné que les lois régissant la pratique médicale sont de juridiction provinciale, il est essentiel de poursuivre notre analyse du droit canadien en examinant le droit en vigueur dans chaque province ou territoire.

D. *Le droit provincial*

Dans cette section de l'étude dévolue aux lois provinciales ou territoriales, nous débutons notre survol en considérant le droit applicable à l'expérimentation (1) pour nous attarder ensuite aux dons de tissus et à la transplantation entre vivants (2). Nous compléterons notre analyse en traitant des contrôles propres aux soins de santé prodigués aux enfants et aux incapables (3).

1. L'expérimentation

En matière d'expérimentation, seul le législateur québécois a adopté des dispositions particulières applicables aux enfants²⁰⁴. Ce texte législatif²⁰⁵ ne distingue pas entre l'expérimentation à visée thérapeutique et celle de nature non thérapeutique.

Dans un premier temps, le législateur énonce le principe de l'inviolabilité de la personne et prescrit l'obligation d'obtenir le consentement de la personne pour porter atteinte à son intégrité physique²⁰⁶. Par la suite, le législateur établit les règles permettant au majeur de participer à l'expérimentation²⁰⁷. Soucieux

²⁰²R. c. Brooks (1902), 9 B.C.R. 13, 5 C.C.C. 372 (B.C.S.C.); Cyrenne, *supra*, note 195; Tutton, *supra*, note 94.

²⁰³Pour une discussion de cette hypothèse, voir ci-dessus, partie A.2. *Le droit international-Le traitement médical de l'enfant et de l'incapable*.

²⁰⁴J.-L. Baudouin, « L'expérimentation sur les humains : un conflit de valeurs » (1980-81) 26 R.D. McGill 809.

²⁰⁵C.c.B.-C., art. 20 qui se lit comme suit :

Le majeur peut consentir par écrit à l'aliénation entre vifs d'une partie de son corps ou à se soumettre à une expérimentation, pourvu que le risque couru ne soit pas hors de proportion avec le bienfait qu'on peut en espérer.

Le mineur doué de discernement le peut également avec l'autorisation d'un juge de la Cour supérieure et le consentement du titulaire de l'autorité parentale à condition qu'il n'en résulte pas un risque sérieux pour sa santé.

L'aliénation doit être gratuite à moins que son objet ne soit une partie du corps susceptible de régénération.

Le consentement doit être donné par écrit ; il peut être pareillement révoqué.

²⁰⁶*Ibid.* art. 19.

²⁰⁷*Ibid.* art. 20(1).

d'accorder une protection particulière aux enfants doués de discernement, il instaure un contrôle plus rigoureux pour eux. Ainsi, en plus de la permission des parents, l'autorisation du tribunal est requise²⁰⁸.

Compte tenu du libellé de l'article 20 *Code civil du Bas Canada*, l'enfant non doué de discernement²⁰⁹ tel celui en très bas âge ou le nourrisson, ne peut participer à un protocole de recherche et ce, même si l'autorisation des parents peut être obtenue. Les incapables sont également exclus de la réalisation d'expérimentations car ils sont privés de la capacité de consentir et ne peuvent valablement adhérer à un contrat²¹⁰. Or, l'enrôlement à un protocole de recherche est assimilable à un contrat. Le législateur n'a prévu aucun mécanisme, comme c'est le cas pour l'enfant doué de discernement, pour pallier à cette situation.

L'entrée en vigueur du projet de loi 20 portant réforme au *Code civil du Bas-Canada*²¹¹ modifiera cette situation²¹². L'incapable et l'enfant pourront alors participer à l'expérimentation sans que référence ne soit faite à leur capacité de consentement. L'autorisation du représentant légal et du tribunal est requise²¹³. Soulignons que le refus du mineur de quatorze ans fait obstacle à l'expérimentation²¹⁴. De plus, le tribunal dans son appréciation de la situation doit recueillir l'avis de la personne concernée, à savoir l'éventuel sujet, et respecter, sauf motif grave, son refus²¹⁵. Par la mise en place de ce mécanisme de contrôle, le légis-

²⁰⁸*Ibid.* art. 20.

²⁰⁹Comme nous le verrons en examinant l'application de cet article au cas du don d'organes, la notion de « doué de discernement » laisse beaucoup de latitude au tribunal.

²¹⁰Art. 986 *C.c.B.-C.*

²¹¹P.L. 20, *supra*, note 36.

²¹²R.P. Kouri, « Le consentement aux soins médicaux à la lumière du projet de loi 20 » (1988) 18 R.D.U.S. 27 à la p. 37 ; E. Deleury, « La protection des incapables et la réforme du Code civil » (1988) 18 R.D.U.S. 57.

²¹³P.L. 20, *supra*, note 36, art. 18 qui se lit comme suit :

Le majeur peut aliéner entre vifs une partie de son corps ou se soumettre à une expérimentation, pourvu que le risque couru ne soit pas hors de proportion avec le bienfait espéré.

Le titulaire de l'autorité parentale, le tuteur ou le curateur peut, sous la même condition et *s'il est autorisé par le tribunal*, consentir à une aliénation ou à une expérimentation qui concerne un mineur ou un majeur inapte à consentir. Cependant, le refus du mineur de quatorze ans fait obstacle à toute aliénation ou expérimentation (nos soulignements).

²¹⁴*Ibid.*

²¹⁵*Ibid.* art. 19 qui se lit comme suit :

Le tribunal qui doit statuer sur une demande d'autorisation relative à l'aliénation d'une partie du corps, à des soins ou à une expérimentation, prend l'avis d'experts, du titulaire de l'autorité parentale, du tuteur ou du curateur et du conseil de tutelle ; il peut aussi prendre l'avis de toute personne qui manifeste un intérêt particulier pour la personne concernée par la demande.

Il doit aussi, sauf impossibilité, recueillir l'avis de la personne concernée et, à moins d'un motif grave, respecter son refus.

lateur québécois veut permettre l'avancement des recherches médicales, ce qui inclut vraisemblablement les thérapies géniques, tout en assurant une protection adéquate aux plus vulnérables tels les enfants et les incapables, de même que le respect de leur dignité.

Dans les provinces de *common law*, seule la Saskatchewan a expressément prévu une interdiction de soumettre les patients involontaires à l'expérimentation²¹⁶.

En absence de dispositions législatives, c'est grâce à sa compétence de *parens patriae* que le tribunal pourrait intervenir. En se référant à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Re Eve*, il est possible de croire que le tribunal n'autorisera pas l'expérimentation à visée non thérapeutique. En effet, l'honorable juge LaForest a déclaré que la compétence *parens patriae* ne peut être utilisée qu'à l'avantage des personnes atteintes de déficiences et non pas des autres²¹⁷. Par conséquent, la participation d'un incapable à un protocole de recherche qui ne lui rapporte rien personnellement mais qui pourrait éventuellement aider le traitement de personnes atteintes de la même maladie ne serait pas autorisée. C'est l'effet direct et immédiat qui est considéré par le tribunal.

Ainsi, dans l'état actuel du droit provincial, la participation des enfants et des incapables à l'expérimentation est relativement réduite même si, à certains égards, elle peut être profitable quand les maladies visées par les protocoles de recherche ne se rencontrent que dans ces segments de la population.

2. Le don de tissus entre vivants et la transplantation

Contrairement à la situation prévalant pour l'expérimentation, les provinces de *common law* ont jugé bon de légiférer en ce qui a trait aux dons d'organes et à la transplantation²¹⁸. Cette prise de position est sans aucun doute reliée au nombre croissant de transplantations réalisées, de greffes rénales notamment²¹⁹.

²¹⁶*Mental Health Services Act*, S.S. 1984-85-86, c. M-13.1, art. 25(5).

²¹⁷*Supra*, note 114 à la p. 427 :

Bien que la portée ou le cadre d'utilisation de la compétence *parens patriae* puisse être illimité, il n'en découle absolument pas que le pouvoir discrétionnaire de l'exercer soit illimité. [...] Le pouvoir discrétionnaire doit être exercé à l'avantage de cette personne mais pas pour celui des autres.

²¹⁸B. Sniderman, « Organ and Tissue Donation » dans B. Sniderman, J.C. Irvine et P. H. Osborne, éd., *Canadian Medical Law*, Toronto, Carswell, 1989, 209. Soulignons que lors de la Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada le texte d'une législation commune en regard des dons de tissus fut adopté (*Loi uniforme sur le don de tissus*, Conférence sur l'uniformisation des lois du Canada, actes de la 71e réunion annuelle, Yellowknife, août 1989, 22-9).

²¹⁹Transplantations effectuées au Canada en 1985/projetées en 1990 : rein : 737/1248 ; coeur et coeur poumons respectivement, rein : 15/1 ; coeur et coeur poumons : 20/1 ; moelle osseuse :

La majorité des provinces canadiennes²²⁰ excluent la participation des mineurs et des incapables aux dons entre vifs de tissus autres que le sang, la peau, les os et les tissus susceptibles de régénération grâce à un processus naturel²²¹. Un facteur qui distingue ces différentes législations est la limite d'âge fixée pour consentir à un tel don. Par exemple, l'Ontario permet à un adolescent de 16 ans de consentir un don de tissu en vue d'une transplantation²²² alors que la Colombie-Britannique requiert que la personne ait atteint l'âge de 19 ans²²³. Soulignons que ces lois relatives à la transplantation furent promulguées en vue des transplantations de reins. Ainsi, compte tenu des exclusions faites dans le cadre de la définition du terme tissu²²⁴, ces textes législatifs semblent peu susceptibles d'application à la thérapie génique ou encore à d'autres types de transplantation. Par ailleurs, grâce aux techniques de laboratoire disponibles, il peut s'avérer possible d'effectuer le dépistage génétique à partir de ces éléments exclus. Or, en ce qui a trait aux dons de tissus susceptibles de régénération grâce à un processus naturel, élément exclu de la définition de tissu, les principes de *common law* retrouvent leur application.

Il est intéressant de noter que le législateur du Nouveau-Brunswick ne fait aucune référence au consentement du donneur dans sa législation relative à la transplantation entre vifs²²⁵. Par contre, la province du Manitoba a adopté, en 1987, une loi qui établit un contrôle de plus en plus rigoureux en fonction de l'âge du donneur et de la finalité du don²²⁶. Ainsi, la personne de 18 ans et plus ne peut donner, pour des fins de recherches médicales, que des tissus susceptibles de régénération²²⁷. Quant à la personne âgée entre 16 et 18 ans, elle ne peut consentir à donner un tissu en vue d'une transplantation que si la réalisa-

1.5/1 ; foie : 5/1 (Santé et Bien-Être Social Canada, *Centre de transplantation d'organes vitaux Guide*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1988 à la p. 6).

²²⁰Alberta, Colombie-Britannique, Ile du Prince-Edouard, Nouvelle-Ecosse, Ontario, Saskatchewan, Terre-Neuve.

²²¹Par exemple, *Human Tissue Gift Act*, R.S.A. 1980, c. H-12, art. 3(1) qui se lit comme suit :

Any adult person who is *mentally competent* to consent and is able to make a free and informed decision may in a writing signed by him consent to the removal forthwith from his body of the tissue specified in the consent and its implantation in the body of another living person (nos italiques).

De même que l'art. 2 qui prescrit : « A transplantation from one living human body to another living human body may be done in accordance with this Act, *but not otherwise* » (nos italiques).

²²²*Human Tissue Gift Act*, R.S.O. 1980, c. 210 mod. par *Equality Rights Statute Law Amendment Act*, S.O. 1986, c. 64, art. 19.

²²³*Human Tissue Gift Act*, R.S.B.C. 1979, c. 187, art. 3.

²²⁴À titre d'exemple, *Human Tissue Gift Act*, R.S.A. 1980, c. H-12, art. 1(b) qui se lit comme suit : « (b) 'tissue' includes an organ, but does not include any skin, bone, blood, blood constituent or other tissue that is replaceable by natural processes of repair [...] ».

²²⁵*Loi sur les tissus humains*, L.R.N.-B. 1973, c. H-12.

²²⁶*Loi sur les tissus humains*, L.M. 1987-88, c. 39.

²²⁷*Ibid.* art. 9.

tion de l'intervention satisfait aux trois conditions suivantes : un médecin doit certifier la capacité de l'adolescent à comprendre la nature et les effets de l'opération autorisée par le consentement, le bénéficiaire de la transplantation doit être un membre de la famille immédiate du donneur et enfin, le père, la mère ou le tuteur du donneur doit consentir à la transplantation²²⁸. Dans le cas d'un enfant de moins de 16 ans, les exigences sont encore plus considérables et certaines conditions s'ajoutent à celles déjà posées pour l'adolescent. Le tissu donné doit être susceptible de régénération, le receveur doit être dans un état précaire, le risque à la vie et à la santé du donneur doit être relativement faible et enfin, la Cour du Banc de la Reine doit approuver la transplantation²²⁹.

Cette intervention du pouvoir judiciaire dans le domaine de l'aliénation entre vifs est aussi présente dans la province de Québec²³⁰. Le *Code civil du Bas-Canada*, en son article 20, exige que le consentement du mineur doué de discernement et celui des parents soient bonifiés par l'autorisation d'un juge de la Cour supérieure. L'affaire *Cayouette*²³¹ illustre bien la mise en oeuvre de cette obligation. Il s'agit d'un jeune enfant de 5 ans chez qui l'on désire prélever de la moelle osseuse pour transplanter chez son jeune frère atteint de leucémie. Après avoir établi que l'enfant est doué de discernement et qu'il consent, le juge conclut que les risques inhérents à l'intervention sont largement contrebalancés par le choc émotif qui perturberait le donneur potentiel suite à la perte de son jeune frère. Le juge autorise donc le prélèvement chez l'enfant. Rappelons que le don de tissus ne peut être autorisé chez le mineur non doué de discernement. Cela explique peut-être la décision du juge de considérer que cet enfant de cinq ans était doué de discernement.

À première vue, le législateur québécois semble être très libéral puisque l'enfant doué de discernement peut être plus jeune que ce qui peut être le cas pour toute autre législation similaire. Toutefois, il faut spécifier que la disposition québécoise ne distingue pas entre les divers types de tissus impliqués lors de la transplantation et que, dans la majorité des provinces canadiennes, le texte législatif relatif à la transplantation n'aurait pas eu d'application si la moelle osseuse est assimilée à l'os. Le projet de loi 20 confirme le contrôle judiciaire en la matière²³². Toutefois, le législateur innove en statuant que la Cour devra prendre en compte le refus de l'enfant²³³.

²²⁸*Ibid.* art. 10.

²²⁹*Ibid.* art. 11.

²³⁰Voir W.F. Bowker, « Experimentation on Human and Gifts of Tissue : Articles 20-23 of the Civil Code » (1973) 19 R.D. McGill 161.

²³¹*Cayouette et Mathieu*, [1987] R.J.Q. 2230 (C.S.). Voir P. Deschamps et D. Sauvé, « Aspects juridiques de la transplantation de moelle osseuse » (1981) 16 Le médecin du Québec 51.

²³²*Supra*, note 36 art. 18.

²³³*Ibid.* art. 18-19.

Une autre similitude entre la législation québécoise et manitobaine réside dans la primauté accordée à l'intérêt du donneur et l'importance que revêt l'étendue des risques encourus par le jeune donneur. Dans les deux cas, les risques à la vie et à la santé du donneur doivent être relativement faibles. La transplantation de tissus peut, à certains égards, être considérée comme un traitement exceptionnel et ainsi justifier la nature des contrôles mis en place.

Il y a lieu de se demander si ces contrôles sont adéquats lorsqu'il s'agit de transferts de matériel génétique. Est-il possible de concilier cette législation relative aux dons de tissus avec la situation particulière des thérapies géniques ? L'application par analogie de ces dispositions législatives laisse perplexe. L'étendue du contrôle sera-t-elle fonction de la nature du tissu ou de l'organe duquel provient l'ADN ? Une telle approche peut mener à des aberrations alors que l'objectif ultime est de garantir une protection appropriée à l'ADN compte tenu de l'information privilégiée qu'il renferme.

3. Le traitement médical

Poursuivons notre étude en considérant comment ces contrôles se modifient lorsqu'il s'agit de traitements et soins de santé qualifiés d'usuels. Tout d'abord, rappelons qu'en *common law*, il n'y a pas de limite d'âge à partir de laquelle une personne est considérée apte ou inapte à consentir à un traitement médical. Ce qui importe, c'est qu'elle soit capable de comprendre et d'apprécier la nature et les conséquences du traitement envisagé²³⁴. À cet égard, à moins qu'il y ait une disposition législative expresse à l'effet contraire, le droit ne distingue pas entre les mineurs et les autres personnes ayant atteint l'âge de la majorité²³⁵. Le principe fondamental demeure l'inviolabilité de la personne, qui se traduit par l'obligation d'obtenir un consentement libre et éclairé avant d'entreprendre toute intervention sur le corps humain. Toutefois, le législateur pose des balises et exige le consentement des parents lorsqu'à son avis la manoeuvre est physiquement « invasive ».

De façon générale, un mineur ne peut consentir seul à une intervention chirurgicale. À titre d'exemple, la Saskatchewan²³⁶ et l'Île-du-Prince-Édouard²³⁷

²³⁴B.M. Dickens, *Medico-Legal Aspects of Family Law*, Toronto, Butterworths, 1979 à la p. 93 et s. ; L.E. Rozovsky et F.A. Rozovsky, *Canadian Health Facilities Law Guide*, Don Mills, Ont., CCH Canadian Limited, 1983 à la p. 1141 et s. ; A. Wolfish, « Consent and Young Persons » (1981) 2 Health L. Can. 78 ; W.F. Bowker, « Minors and Mental Incompetents : Consent to Experimentation, Gifts of Tissue and Sterilization » (1980-1981) 26 R.D. McGill 951 ; P.H. Osborne, « The Consent of Minors » dans Sneiderman, Irvine et Osborne, éd., *supra*, note 218, 35 aux pp. 37-38.

²³⁵*Johnston c. Wellesley Hospital* (1970), [1970] 2 O.R. 103, 17 D.L.R. (3d) 139 (H.C.).

²³⁶*Hospital Standards Act*, R.S.S. 1978, c. H-10 — The Hospital Standards Regulations, Sask. Reg. 331/80, art. 55.

²³⁷*Hospital Management Regulations* (EC 574/76).

fixent à 18 ans l'âge à partir duquel une personne peut consentir à une intervention chirurgicale alors que le Nouveau-Brunswick²³⁸, l'Ontario²³⁹ et la Colombie-Britannique²⁴⁰ optent pour l'âge de 16 ans. Pour sa part, le Nouveau-Brunswick assujettit le traitement dentaire, les procédures requises pour établir un diagnostic et les procédures à visée préventive aux mêmes exigences que l'intervention chirurgicale. La Colombie-Britannique élargit quant à elle l'application de sa limite d'âge aux traitements médical, mental et dentaire. Soucieux de préserver le principe de « mature minor rule » reconnu en *common law*²⁴¹, le législateur de ces deux provinces énonce que le consentement d'un mineur de moins de 16 ans à un traitement médical est aussi valable que s'il avait atteint cet âge si, de l'opinion de deux médecins ou dentistes selon le cas, le mineur est capable de comprendre la nature et les conséquences du traitement médical proposé et que ce traitement et la procédure utilisée est dans le meilleur intérêt du mineur, de sa santé et de son bien-être.

Il importe de souligner que dans le cas des provinces où le législateur a incorporé la limite d'âge pour consentir à une intervention chirurgicale au texte législatif visant exclusivement les hôpitaux, cette limite ne s'applique qu'au sein de telles institutions hospitalières. Par conséquent, cette limite d'âge n'a plus de pertinence en cabinet privé et c'est la règle générale de *common law* qui s'applique alors²⁴². Rappelons qu'en Colombie-Britannique, la loi ne vise que le médecin et le dentiste²⁴³; par conséquent, tout autre professionnel de la santé est exclu de son champ d'application.

Le consentement des parents est donc requis pour les enfants en deçà de la limite d'âge légale. En cas de refus de leur part, le tribunal peut intervenir et autoriser le traitement²⁴⁴. L'exemple le plus usité est le cas des transfusions sanguines qui sont refusées par les parents compte tenu de leurs convictions religieuses²⁴⁵.

Au Québec, c'est à partir de l'âge de 14 ans qu'un enfant peut obtenir, sans l'autorisation du titulaire de l'autorité parentale, les soins ou traitements requis par son état de santé²⁴⁶. Compte tenu du libellé du texte législatif, cette mesure

²³⁸*Loi sur le consentement des mineurs aux traitements médicaux*, L.N.B. 1976, c. M-6.1, art. 2.

²³⁹O. Reg. 518/88, art. 25.

²⁴⁰*Infants Act*, R.S.B.C. 1979, c. 196, art. 16.

²⁴¹*J.S.C. et C.H.C. c. Wren* (1986), 35 D.L.R. (4th) 419, 2 W.W.R. 669 (Alta C.A.).

²⁴²Rozovsky et Rozovsky, *supra*, note 234.

²⁴³*Infants Act*, *supra*, note 240.

²⁴⁴Par exemple, via le *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66.

²⁴⁵*Re S.B.* (1983), 36 R.F.L. (2d) 70 (C.P.Ont.); *Re S.M.B. and Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (1983), 36 R.F.L. (2d) 80 (C.P.Ont.).

²⁴⁶*Loi sur la protection de la santé publique*, *supra*, note 193 art. 42 qui se lit comme suit :

Un établissement ou un médecin peut fournir les soins ou traitements requis par l'état de santé d'un mineur âgé de quatorze ans ou plus, avec le consentement de celui-ci,

s'applique tant en milieu hospitalier qu'en cabinet privé si, dans ce dernier cas, les soins ou traitements sont prodigués par un médecin. Toutefois, le médecin ou l'établissement de santé a l'obligation d'aviser le titulaire de l'autorité parentale en cas d'hébergement de plus de douze heures ou de traitements prolongés²⁴⁷. Dans le cas du mineur de moins de 14 ans, le consentement du titulaire de l'autorité parentale est requis ; toutefois, advenant l'impossibilité d'obtenir ce consentement ou face à un refus non justifié en regard de l'intérêt de l'enfant, un juge de la Cour supérieure peut autoriser les soins ou les traitements²⁴⁸.

En somme, pour les jeunes enfants et les nourrissons qui sont les personnes les plus susceptibles d'être visées par les thérapies géniques, le consentement des parents est requis. Toutefois, selon certains auteurs, le consentement substitué des parents ne permet pas les interventions non thérapeutiques comme la recherche médicale²⁴⁹. Dans une telle hypothèse, toute une portion de la population est exclue tant que les techniques envisagées dans le domaine de la génétique ne seront pas considérées comme un traitement médical.

Nous venons d'exposer les conditions requises à l'obtention d'un consentement valable dans le cas d'incapacité de droit découlant de l'âge de la personne. Nous avons examiné le cas du nourrisson, de l'enfant et de l'adolescent. Or, l'incapacité se rencontre aussi chez la personne adulte. Cette incapacité peut être de deux types : l'incapable de droit, tel l'interdit ; ou l'incapable de fait, tel le comateux. Récemment, certains législateurs provinciaux ont décidé de prendre en considération cette triste réalité qu'est l'incapacité de fait.

La législature de la Nouvelle-Écosse prit l'initiative en 1988²⁵⁰. Depuis lors, une personne majeure et capable peut mandater une personne majeure de son choix à donner le consentement requis et les directives appropriées à son traitement médical dans l'éventualité où elle deviendrait inapte²⁵¹. La personne

sans qu'il soit nécessaire d'obtenir le consentement du titulaire de l'autorité parentale ; l'établissement ou le médecin doit toutefois avertir le titulaire de l'autorité parentale en cas d'hébergement pendant plus de douze heures ou de traitements prolongés. Lorsqu'un mineur est âgé de moins de quatorze ans, le consentement du titulaire de l'autorité parentale doit être obtenu ; toutefois, en cas d'impossibilité d'obtenir ce consentement ou lorsque le refus du titulaire de l'autorité parentale n'est pas justifié par le meilleur intérêt de l'enfant, un juge de la Cour supérieure peut autoriser les soins ou traitements.

Voir également P.-A. Crépeau, « Le consentement du mineur en matière de soins et traitements médicaux ou chirurgicaux selon le droit civil canadien » (1974) 52 R. du B. can. 247.

²⁴⁷*Loi sur la protection de la santé public, ibid.*

²⁴⁸*Couture-Jacquet c. Montreal Children's Hospital*, [1986] R.J.Q. 1221 (C.A.) ; *Re Goyette : Centre de services sociaux du Montréal Métropolitain*, *supra*, note 137.

²⁴⁹« Commentary on Model Consent Act » (1981) 1 Health L. Can. 76.

²⁵⁰*Medical Consent Act*, S.N.S. 1988, c. 14.

²⁵¹*Ibid.* art. 2 qui se lit comme suit :

Sec. 2 [Purpose] — The purpose of this Act is to permit a person who is of the age of majority and capable of giving consent to medical treatment or directions respecting

ainsi désignée est reconnue par les autorités hospitalières comme étant le curateur à la personne du patient²⁵².

En modifiant la *Loi sur la curatelle publique*²⁵³, le législateur québécois adopte la même approche. Depuis l'entrée en vigueur de la *Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*²⁵⁴, le 15 avril 1990, il est possible pour une personne majeure et apte de choisir quelqu'un pour prendre en charge son avenir médical en cas d'incapacité²⁵⁵. Il est maintenant établi que le mandataire peut refuser ou consentir au traitement²⁵⁶ et qu'en toute circonstance, il doit agir dans le seul intérêt du patient en tenant compte, dans la mesure du possible, des volontés exprimées par le mandant²⁵⁷. Ces dispositions législatives seront d'un grand secours dans les cas de maladies dégénératives comme la maladie d'Alzheimer ou la chorée de Huntington²⁵⁸. En effet, les personnes porteuses ou légèrement atteintes peuvent dorénavant confier leur avenir à une personne en qui elles ont confiance et espérer que les soins seront prodigués en tenant compte des souhaits antérieurement exprimés.

Par ailleurs, dans l'éventualité où le patient est incapable de consentir et qu'il n'a pas désigné de mandataire, le texte de loi établit qu'il peut consentir à

medical treatment to authorize another person of the age of majority to give that consent in the future at any time when the person who gave the authorization is no longer capable of giving such consent.

²⁵²*Ibid.*, art. 4 qui se lit comme suit :

Sec. 4 [Deemed guardianship] — A person to whom an authorization is given pursuant to this Act is and is deemed to be a guardian for the person giving the authorization for the purpose of giving consent to medical treatment and for that purpose is a guardian pursuant to the *Hospitals Act*.

²⁵³L.R.Q. c. C-80.

²⁵⁴L.Q. 1989, c. 54.

²⁵⁵Art. 1701 *C.c.B.-C.* qui se lit comme suit :

Le mandat peut avoir pour objet l'accomplissement de toute espèce d'acte juridique se rapportant aux affaires du mandat, y compris les actes juridiques destinés, même principalement, à assurer, dans l'éventualité de l'incapacité du mandant à prendre soin de lui-même ou à administrer ses biens, la protection de sa personne, l'administration, en tout ou en partie, de son patrimoine et, en général, son bien-être moral et matériel.

²⁵⁶Art. 19.1(1) *C.c.B.-C.* qui se lit comme suit : « Nul ne peut être soumis sans son consentement à des soins, quelle qu'en soit la nature, qu'il s'agisse d'examen, de prélèvements, de traitements ou de toute autre intervention ».

²⁵⁷Art. 19.3 *C.c.B.-C.* qui se lit comme suit :

Celui qui consent à des soins pour autrui ou qui les refuse est tenu d'agir dans le seul intérêt de cette personne en tenant compte, dans la mesure du possible, des volontés que cette dernière a pu exprimer.

S'il exprime un consentement, il doit s'assurer que les soins sont bénéfiques, malgré leurs effets, qu'ils sont opportuns dans les circonstances et que les risques présentés ne sont pas hors de proportion avec le bienfait espéré.

²⁵⁸Rozovsky et Rozovsky, *supra*, note 234.

sa place²⁵⁹. Cette personne doit être motivée par le seul intérêt du patient²⁶⁰. Pour l'aider dans sa prise de décision, le législateur énonce les facteurs à prendre en considération. Ainsi les soins doivent être bénéfiques, opportuns dans les circonstances et les risques associés au traitement ne doivent pas être hors de proportion avec le bienfait espéré²⁶¹. Advenant un refus injustifié de la part du mandataire, le tribunal a le pouvoir d'intervenir²⁶².

La situation des personnes dites incompetentes de par leur état de santé mentale est fort complexe. Tout d'abord, il n'existe pas qu'une seule catégorie de malades mentaux. Ainsi, une distinction existe entre la déficience mentale consécutive à la trisomie 21 et la maladie mentale telle une psychose maniaco-dépressive. De plus, les législations des différentes provinces sont hélas loin d'être uniformes²⁶³. Au surplus, elles varient selon que le patient est qualifié de volontaire ou d'involontaire (cure fermée) et selon qu'il est hospitalisé dans une institution psychiatrique ou dans un hôpital général²⁶⁴. Outre cela, la législation applicable est ambiguë et cela est sans doute relié au fait qu'initialement le législateur était surtout préoccupé par la protection du patrimoine de l'incapable.

Examinons, dans un premier temps, la situation lorsque le traitement médical est réalisé en milieu hospitalier autre que psychiatrique. Le principe en *common law* est à l'effet que dans le cas des personnes majeures déclarées interdites et pourvues d'un curateur privé, c'est ce dernier qui donne un consentement valide à l'acte médical. Le curateur privé devrait alors prendre en considération les souhaits qu'aurait exprimé son protégé compte tenu de sa personnalité, de ses goûts et de ses aversions²⁶⁵. Ce pouvoir décisionnel serait implicitement

²⁵⁹ Art. 19.2 C.c.B.-C. qui se lit comme suit :

Lorsque l'incapacité d'un majeur à consentir aux soins exigés par son état de santé est constatée, le consentement est donné par le mandataire qu'il a désigné alors qu'il était apte, par le tuteur ou le curateur. S'il n'est pas ainsi représenté, le consentement est donné par le conjoint, ou à défaut de conjoint ou en cas d'empêchement de celui-ci, par un proche parent ou par une personne qui démontre pour le majeur un intérêt particulier.

²⁶⁰ Art. 19.3(1) C.c.B.-C.

²⁶¹ Art. 19.3(2) C.c.B.-C. Voir M. Ouellette, « La loi sur le curateur public et la protection des incapables » (1989) 3 C.P. du N. 9.

²⁶² Art. 19.4 C.c.B.-C. qui se lit comme suit :

L'autorisation du tribunal est requise en cas d'empêchement ou de refus injustifié de celui qui peut consentir à des soins pour un mineur ou un majeur inapte à donner son consentement ; elle l'est également si le majeur inapte refuse catégoriquement de recevoir les soins, à moins qu'il ne s'agisse d'un cas d'urgence ou de soins d'hygiène.

²⁶³ J.-L. Baudouin, « La liberté du patient devant le traitement et la mort » dans D. Turp et G.-A. Beaudoin, éd., *Perspective canadiennes et européennes des droits de la personne*, Cowansville, Yvon Blais, 1986, 505 à la p. 515.

²⁶⁴ G.B. Robertson, *Mental Disability and the Law in Canada*, Toronto, Carswell, 1987.

²⁶⁵ B.M. Dickens, « The Role of the Family in Surrogate Medical Consent » (1980) 1 Health L. Can. 49.

inclus dans le mandat du curateur puisqu'il a la garde de la personne et doit s'assurer du bien-être de son protégé comme le font les parents pour leur enfant mineur. Toutefois, si la personne interdite est capable de comprendre la nature et les conséquences du traitement médical proposé, le curateur n'aurait plus autorité pour consentir à sa place²⁶⁶. Les textes de lois des différentes provinces ont, à certains égards, pondéré le pouvoir du curateur. Ainsi, en Alberta²⁶⁷, le tribunal reconnaît le concept de garde limitée ; il fixe l'étendue des pouvoirs du curateur privé. Ces pouvoirs sont énumérés dans le texte de loi et on y fait expressément référence au consentement substitué pour les traitements médicaux²⁶⁸. Par conséquent, cette délégation de pouvoir doit être stipulée dans le mandat du curateur pour que ce dernier puisse l'exercer.

Par ailleurs, en Nouvelle-Écosse, le curateur ou, en son absence, un proche parent doit consentir à un traitement hospitalier en lieu et place du patient²⁶⁹. Dans l'éventualité où personne ne peut consentir, il est possible d'obtenir une autorisation du tribunal pour fournir un traitement médical ou chirurgical²⁷⁰. En Saskatchewan²⁷¹, en Ontario²⁷², à l'Île-du-Prince-Édouard²⁷³, et au Yukon²⁷⁴ le consentement substitué n'est requis que pour un traitement chirurgical.

Soulignons qu'en vertu de sa juridiction de *parens patriae*, la Cour peut intervenir et passer outre à la décision du curateur en ce qui a trait aux traitements médicaux. Il importe de rappeler que depuis l'affaire *Re Eve*, il est admis que le pouvoir du curateur n'est pas absolu et que sa préoccupation première doit toujours être l'intérêt de la personne protégée.

En vertu de la législation québécoise, la même préoccupation doit animer le curateur. En effet, le curateur consent ou refuse le traitement en prenant en considération le seul intérêt de la personne qu'il représente²⁷⁵. Pour ce faire, il doit s'assurer que les soins proposés sont bénéfiques, opportuns et que les

²⁶⁶Robertson, *supra*, note 264 à la p. 135.

²⁶⁷*Dependent Adults Act*, R.S.C. 1980, c. D-32.

²⁶⁸*Ibid.*, art. 10(2)(h) qui se lit comme suit : « the right to consent to any health care that is in the best interests of the dependant adult ». Par ailleurs, le terme « health care » est défini à l'art. 1(h) et correspond à :

(i) any examination, diagnosis, procedure or treatment undertaken to prevent any disease or ailment, (ii) any procedure undertaken for the purpose of preventing pregnancy, (iii) any procedure undertaken for the purpose of an examination or a diagnosis, (iv) any medical, surgical, obstetrical or dental treatment, and (v) anything done that is ancillary to any procedure, treatment, examination or diagnosis [...]

²⁶⁹*Hospitals Act*, R.S.N.S. 1989, c. 208, art. 54(2).

²⁷⁰*Ibid.* art. 9(1).

²⁷¹*Hospitals Standards Regulations*, Sask. Reg. 331/80, art. 55.

²⁷²O. Reg. 518/88, art. 25.

²⁷³*Hospital Management Regulations* (EC 574/76).

²⁷⁴*Hospital Standards Regulations*, Y.T.O.I.C. 1977/130, art. 72.

²⁷⁵Art. 19.3 al. 1 C.c.B.-C.

risques présentés ne sont pas hors de proportion avec le bienfait anticipé²⁷⁶. Il importe de souligner que la personne inapte est consultée et que son refus de recevoir les soins est pris en considération. En effet, dans de telles circonstances, le tribunal doit intervenir²⁷⁷.

En milieu psychiatrique (tant centre hospitalier que département), il existe deux catégories de patients. Tout d'abord, on reconnaît les patients volontaires, c'est-à-dire ceux qui, de leur propre chef, se présentent pour un traitement. Il y a aussi le groupe des patients involontaires qui inclut les personnes sous la bonne garde du lieutenant-gouverneur à la suite d'une défense d'aliénation mentale²⁷⁸. Ce groupe inclut également celles qui furent internées à la suite d'un examen psychiatrique établissant que la personne est un danger pour elle-même ou pour la société et que son état nécessite un traitement.

Règle générale, le législateur reconnaît la nécessité d'obtenir le consentement du patient volontaire ou de son représentant légal (curateur ou le plus proche parent²⁷⁹) avant d'entreprendre un traitement. On lui accorde même dans certains cas un droit de refus²⁸⁰. Toutefois, on passe plus facilement outre à l'obtention du consentement du patient involontaire lorsqu'il s'agit de traitements reliés à son désordre mental²⁸¹. Si un droit de refus est reconnu au patient involontaire, le législateur prévoit un mécanisme pour ne pas tenir compte de ce refus quand le traitement est jugé essentiel²⁸².

Étant donné les conséquences potentielles, le législateur prévoit habituellement des mesures spéciales en ce qui concerne la psychochirurgie et les électrochocs. En Saskatchewan le consentement de l'incapable involontaire n'est pas requis dans le cas des électrochocs ; le patient, a toutefois la possibilité de s'opposer au traitement envisagé²⁸³. Dans cette même province, il y a interdiction formelle de recourir à la psychochirurgie et au traitement expérimental sur des patients involontaires²⁸⁴. Par ailleurs, en Ontario, un comité de révision peut autoriser les traitements requis par l'état de santé du patient involontaire²⁸⁵. Toutefois, ce comité ne peut permettre la psychochirurgie et les électrochocs²⁸⁶.

²⁷⁶Art. 19.3 al. 2 C.c.B.-C.

²⁷⁷Art. 19.4 C.c.B.-C.

²⁷⁸Code criminel, art. 614-619.

²⁷⁹En Saskatchewan, il est possible pour le patient volontaire suite à l'autorisation d'un juge, de désigner une personne autre que son plus proche parent pour consentir à sa place : *The Mental Health Services Act*, S.S. 1984-85-86, c. M-13.1, art. 26.

²⁸⁰Par exemple, *Loi sur la santé mentale*, L.R.M. 1987, c. M-110, art. 24(1) ; Rozovsky et Rozovsky, *supra*, note 234 à la p. 6039.

²⁸¹*The Mental Health Services Act*, *supra*, note 279, art. 25(d) ; *Loi sur la santé mentale*, *ibid.* art. 24(8).

²⁸²*Loi sur la santé mentale*, *supra*, note 280 art. 25.

²⁸³*Mental Health Services Regulations*, R.R.S. c. M-13.1, Reg. 1, art. 14.

²⁸⁴*Mental Health Services Act*, *supra*, note 279, art. 25(5).

²⁸⁵*Mental Health Act*, R.S.O. 1980, c. 262, art. 35.

²⁸⁶*Ibid.* art. 35(5).

Cette restriction quant aux électrochocs fait suite à l'affaire *Re T and Board of Review for the Western Region et al.*²⁸⁷ qui motiva l'intervention du législateur.

Depuis le 1er janvier 1990, l'Alberta ne classe plus les patients en volontaires et involontaires en ce qui a trait au consentement au traitement. La nouvelle loi donne une définition de la compétence à consentir au traitement qui reprend les principes de *common law*, soit la capacité de comprendre la nature du traitement suggéré de même que celle d'apprécier les conséquences de la décision prise²⁸⁸. Si le patient ne répond pas aux critères de compétence, son curateur, s'il existe, ou le plus proche parent pourra donner le consentement requis²⁸⁹. En cas de refus tant du patient considéré compétent en vertu de l'article 26 de la loi que du représentant du patient jugé incompétent, le médecin traitant peut s'adresser à un comité qui décidera de la pertinence du traitement en fonction du meilleur intérêt du patient²⁹⁰. Un élément important de cette nouvelle loi est la création d'un poste de défenseur des patients en milieu psychiatrique²⁹¹.

Avant de clore ce survol de la législation provinciale, il importe de souligner l'existence d'une démarche chez les législateurs provinciaux visant à uniformiser la protection accordée aux patients involontaires. En 1988, la *Loi uniforme sur la santé mentale*²⁹² fut proposée.

Pour faciliter la mise en application de cet éventuel texte de loi, on propose une définition particulière de la compétence. Ainsi, une personne sera jugée compétente si elle est à même de comprendre les trois éléments suivants : son état de santé, la nature du traitement suggéré et les conséquences d'un refus ou d'un consentement²⁹³. Par ailleurs, on peut déduire des autres dispositions l'existence d'un pré-requis ; cette personne doit avoir au moins seize ans pour être capable d'évaluer adéquatement la situation²⁹⁴.

²⁸⁷(1983), 44 O.R. (2d) 153, 3 D.L.R. (4th) 442 (H.C.).

²⁸⁸*Mental Health Act*, S.A. 1988, c. M-13.1, art. 26.

²⁸⁹*Ibid.* à l'art. 28.

²⁹⁰*Ibid.* à l'art. 29.

²⁹¹*Ibid.* à l'art 44 et s. de même que Alta. Reg. 310/89.

²⁹²*Loi uniforme sur la santé mentale*, Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada, actes de la 70e réunion annuelle, Toronto, août 1988, 185.

²⁹³*Ibid.* art. 1(2) qui se lit comme suit :

Pour les besoins du consentement prévu par la présente loi, une personne jouit de toutes ses facultés mentales si elle est capable de comprendre l'objet du consentement qu'on lui demande et les conséquences qui peuvent résulter du fait qu'elle donne ou refuse son consentement. Si le consentement a trait à un traitement proposé pour la personne, celle-ci jouit de toutes ses facultés mentales si elle est capable de comprendre la nature de la maladie et du traitement proposé.

²⁹⁴*Ibid.*, voir par exemple, art. 24(1) qui se lit comme suit :

Quiconque a atteint l'âge de seize ans, jouit apparemment de toutes ses facultés mentales, et est disponible et prêt à prendre la décision de donner ou de refuser de donner son consentement peut donner ou refuser un consentement, pour l'application de la pré-

Ce texte prévoit également la possibilité pour un patient en psychiatrie qui est âgé d'au moins seize ans et qui est compétent, de désigner la personne qui prendra les décisions à sa place advenant qu'il devienne un patient involontaire²⁹⁵. Ce pouvoir décisionnel inclut le consentement à l'acte médical²⁹⁶. La désignation est révocable et le patient peut nommer une autre personne s'il satisfait toujours au critère de la compétence²⁹⁷.

Dans l'éventualité où un consentement est requis et qu'un médecin établit l'incapacité d'un patient involontaire, l'éventuel texte législatif prévoit une liste de personnes qui pourront donner ce consentement si le patient ne s'est pas prévalu de la possibilité de désigner un mandataire²⁹⁸. La hiérarchie proposée doit être respectée²⁹⁹. Advenant un conflit parmi les personnes d'une même classe, le médecin peut demander au Comité de révision de trancher s'il s'agit d'une décision relative à un traitement³⁰⁰. Par ailleurs, pour s'assurer de la représentativité du membre de la famille qui souhaite intervenir dans la prise de décision, il faut que cette personne ait entretenu des contacts personnels avec le patient dans les douze mois précédant son intervention³⁰¹. Ce critère se justifie par la nécessité pour le représentant du patient de respecter les souhaits exprimés par ce dernier alors qu'il était compétent et âgé d'au moins seize ans³⁰². En l'absence de tels souhaits, le représentant du patient devrait prendre la décision dans le meilleur intérêt du patient. En vue d'établir ce meilleur intérêt, le

sente loi, au nom d'un malade en cure obligatoire d'un établissement psychiatrique qui n'a pas atteint l'âge de seize ans ou qui ne jouit pas de toutes ses facultés mentales. La personne qui donne un consentement au nom d'une autre personne doit appartenir à l'une des catégories suivantes :

1. Le tuteur du malade nommé par un tribunal compétent.
2. La personne nommée en vertu de la présente loi pour prendre des décisions au nom du malade.
3. Une personne qui vit avec le malade dans une union conjugale.
4. L'enfant du malade, le père ou la mère du malade ou une personne qui est légitimement en droit de remplacer le père ou la mère du malade.
5. Le frère ou la soeur du malade.
6. Un autre parent du malade.

²⁹⁵*Ibid.* art. 19(1) qui se lit comme suit :

Le malade d'un établissement psychiatrique qui a au moins seize ans et qui jouit de toutes ses facultés mentales pour ce faire a le droit de nommer par écrit une personne qui prend des décisions, pour l'application de la présente loi, en son nom pendant qu'il est un malade en cure obligatoire.

²⁹⁶*Ibid.* art. 25(1).

²⁹⁷*Ibid.* art. 19(5).

²⁹⁸*Ibid.* art. 24(1).

²⁹⁹*Ibid.* art. 24(2), (3).

³⁰⁰*Ibid.* art. 26(1)(c).

³⁰¹*Ibid.* art. 24(4)(a).

³⁰²*Ibid.* art. 24(5).

texte énonce les paramètres dont il faut tenir compte dans le processus décisionnel³⁰³.

En cas de refus de la part du patient de se soumettre à un traitement psychiatrique ou à des soins reliés à son état de santé mentale, le médecin ne pourra procéder, même avec l'autorisation du représentant du patient, à moins qu'un second médecin corrobore l'opinion du médecin traitant à l'effet que le patient est incapable de consentir au traitement³⁰⁴. Le médecin traitant a aussi la possibilité de s'adresser au Comité de révision si le patient ou son représentant refuse un traitement psychiatrique ou un traitement relié au traitement psychiatrique³⁰⁵. Ce Comité interviendra aussi si le patient n'a pas de représentant et qu'il est soit qualifié d'involontaire et d'incompétent, soit âgé de moins de seize ans³⁰⁶. L'autorisation du Comité de révision doit, entre autres, faire mention de la période pendant laquelle sa décision est effective³⁰⁷.

Soulignons que, dans sa forme actuelle, ce texte législatif ne prévoit pas de mesures particulières pour des traitements tels la psychochirurgie ou les électrochocs.

Il est intéressant de noter une évolution dans la classification des patients en milieu psychiatrique. Toutefois, l'existence d'un contrôle institutionnel illustre une attitude timorée face aux décisions prises par le malade ou son représentant. Il faut se questionner sur la qualification qui sera donnée au prélèvement de matériel génétique et aux traitements qui en découlent. Seront-ils assimilés aux traitements médicaux usuels ou peut-on croire plutôt qu'ils seront inclus dans la classe des interventions extraordinaires telles la psychochirurgie et les électrochocs ? De cette classification découleront les caractéristiques du consentement requis et l'étendue de son contrôle.

³⁰³*Ibid.* art. 24(6) qui se lit comme suit :

Afin d'établir l'intérêt véritable du malade en ce qui concerne le traitement psychiatrique et l'autre traitement médical connexe précis, il faut tenir compte de ce qui suit :

a) la question de savoir si le traitement psychiatrique précis permettra ou permettra probablement d'améliorer dans une grande mesure l'état mental du malade ;

b) la question de savoir si l'état mental du malade s'améliorera ou s'améliorera probablement s'il ne suit pas le traitement psychiatrique précis ;

c) la question de savoir si les avantages prévus du traitement psychiatrique et de l'autre traitement médical connexe précis l'emportent sur le risque d'effets néfastes sur le malade ;

d) la question de savoir si le traitement psychiatrique précis est le traitement le moins contraignant et le moins perturbateur qui satisfait aux exigences des alinéas a), b) et c).

³⁰⁴*Ibid.* art. 25(3).

³⁰⁵*Ibid.* art. 26(1)(a).

³⁰⁶*Ibid.* art. 26(1)(b).

³⁰⁷*Ibid.* art. 26(4).

E. Les lignes directrices canadiennes

Comme nous avons pu le constater, le droit canadien tant constitutionnel, criminel que provincial ne vise pas spécifiquement la mise en oeuvre de la thérapie génique et ses répercussions sur la population canadienne. Devant ce silence, les milieux scientifique et médical ont décidé de se pencher sur cette question. Ils se sont interrogés sur les mesures à adopter pour assurer la protection de la population canadienne tout en permettant le développement des connaissances. Le fruit de leur réflexion a donné lieu à divers documents que nous examinerons selon l'ordre chronologique de leur publication. Nous débuterons donc par les premières lignes directrices émises par le Conseil de recherches médicales du Canada en 1978³⁰⁸.

En publiant ce rapport, le Conseil de recherches médicales du Canada voulait s'assurer que tout projet de recherche qu'il subventionnerait répondrait aux normes éthiques les plus élevées. C'est pourquoi ces lignes directrices traitent principalement de l'éthique en matière de recherche et reprennent à leur compte les grands principes énoncés dans les documents internationaux comme le *Code de Nuremberg* et la *Déclaration d'Helsinki*. Le rapport traite, entre autres, de la recherche avec des sujets humains dont la capacité à donner un consentement est réduite ou inexistante. Cette situation est à ce point complexe que les membres du Groupe de travail n'ont pu en arriver à un consensus. La position minoritaire était à l'effet d'interdire toute recherche qui ne bénéficierait pas directement au sujet non apte à donner un consentement, par exemple aux enfants et aux incapables. Tous étaient cependant d'accord pour exiger, dans un premier temps, le consentement des parents ou du représentant légal de l'enfant ou de l'incapable. Le refus de ces personnes devait obligatoirement exclure l'éventuel sujet du protocole de recherche. Dans le cas d'un accord, le Groupe de travail proposait la création d'un second niveau de contrôle : l'avocat du sujet ou un défenseur des droits de l'homme. Ce dernier, affilié au centre hospitalier où se déroulerait la recherche, devait lui aussi consentir. Cette seconde étape du processus menant à l'obtention du consentement était modulée selon le niveau de compréhension de l'éventuel sujet. Par ailleurs, le Groupe de travail insistait pour respecter le refus du sujet, quelle que soit la façon qu'il manifeste ce désir.

Ayant constaté l'existence de certaines lacunes, notamment en regard du contrôle exercé sur le déroulement de la recherche, le Conseil de recherches médicales du Canada décide de réviser ses lignes directrices³⁰⁹. En 1987, il présente à la communauté scientifique et médicale une nouvelle version de ses exigences³¹⁰. Il est intéressant de noter que cette fois-ci le Conseil distingue le cas

³⁰⁸*Supra*, note 40.

³⁰⁹Voir R. Birenbaum, « MRC Issues Ethics Guidelines » (1987) *Hosp. Products & Tech.* 17.

³¹⁰*Supra*, note 39.

des enfants de celui des personnes majeures incapables. En ce qui concerne la protection particulière accordée aux enfants et aux incapables, la distinction majeure entre les deux versions réside dans la disparition de la seconde étape dans le processus d'obtention du consentement³¹¹. Le nouveau texte ne fait nullement référence à ce contrôle extérieur au milieu familial. Conséquemment, ou en réaction à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Re Eve*, le Conseil restreint la notion de risques auxquels peut être exposé un enfant. Ainsi le seuil applicable est celui des risques de la vie courante. De plus, les prélèvements effectués sur l'enfant ne doivent occasionner aucune douleur ou gêne « au-delà de certaines limites précisément définies »³¹². Bien que dans cette nouvelle version, il semble y avoir un consensus sur la possibilité de recourir aux enfants dans le cadre de la recherche, les critères fournis pour évaluer les risques constituent dans les faits, une négation de cette possibilité. Paradoxalement, une telle conception de la notion de risque pourrait exclure toute manipulation sur la personne de l'enfant ; seules les études sur dossier semblent demeurer possibles. Une telle interprétation expose les maladies infantiles à devenir des maladies orphelines de la science médicale.

Néanmoins, le Conseil a reconnu l'importance de la notion d'assentiment et rappelle que les vœux de l'enfant doivent être respectés et ce, malgré le consentement des parents. De plus, il préconise une attitude libérale pour les adolescents qui peuvent comprendre mais qui ne peuvent légalement consentir. En invoquant un droit à la confidentialité, le Conseil laisse entendre que l'on pourrait, dans leur cas, passer outre à l'obligation d'obtenir le consentement des parents.

Dans le cas des adultes mentalement incapables, le Conseil commence par réaffirmer l'obligation de respecter la dignité de la personne humaine et, par conséquent, l'interdiction de soumettre ces personnes à des « pratiques susceptibles de les humilier ou d'accentuer leur dépendance »³¹³. De plus, on soulève le problème des personnes incapables de fait de même que celui des personnes en institution sans vraiment y apporter de solution. Le Conseil demande d'être très vigilant lors de la démarche en vue d'obtenir un consentement. Le membre de la famille consulté n'est peut-être plus au courant des désirs de l'éventuel sujet. Le Conseil rappelle l'obligation d'obtenir l'autorisation du tribunal lorsque le protocole de recherche comprend des manoeuvres « invasives » et qui ne sont pas directement bénéfiques au sujet.

En somme, dans cette deuxième version, le Conseil de recherches médicales du Canada élimine la deuxième étape de contrôle externe, limite la notion

³¹¹*Ibid.* à la p. 29 et s.

³¹²*Ibid.* à la p. 30. Soulignons que ni l'étendue, ni la nature des risques de la vie courante, ni les limites à la douleur ne sont spécifiées dans le document.

³¹³*Ibid.* à la p. 31.

de risques, assouplit les règles relatives aux adolescents et met toute sa confiance dans le comité local d'éthique de la recherche à qui il confie le mandat de s'assurer du respect de la personne humaine. Il importe de rappeler que ces lignes directrices ne lient que les chercheurs désireux d'obtenir des subsides de cet organisme.

La protection de la personne humaine soumise à l'expérimentation a aussi intéressé la Commission de réforme du droit du Canada. Ainsi, en 1989, elle publiait un document de travail consacré à cette problématique³¹⁴. Une partie de ce document traite expressément des enfants³¹⁵ et des personnes souffrant de déficience mentale³¹⁶. La Commission recommande, sous certaines conditions, de reconnaître légalement l'expérimentation biomédicale non thérapeutique réalisée chez l'enfant. Tout d'abord, la recherche doit pouvoir être qualifiée de fort importante au plan scientifique et ne doit pouvoir être pratiquée que chez ce groupe de sujets ; de plus, elle doit avoir un rapport direct et étroit avec les maladies ou pathologies infantiles. En outre, les risques ne doivent pas être graves pour l'enfant. La Commission reprend l'idée énoncée dans la première version des lignes directrices du Conseil de recherches médicales du Canada relativement au processus décisionnel. Ainsi, la Commission recommande un double consentement, celui du détenteur de l'autorité parentale et celui d'un tiers indépendant qui peut être un juge, un ombudsman ou un avocat à l'enfant. Enfin, l'assentiment de l'enfant doit être obtenu et son refus doit en toutes circonstances être respecté. La Commission adopte la même position dans le cas des personnes souffrant de déficience mentale. Elle pose des conditions identiques à la réalisation de la recherche chez des personnes appartenant à ce groupe.

Comme on peut le constater, la Commission de réforme du droit du Canada adopte une position beaucoup plus rigoureuse que celle du Conseil de recherches médicales du Canada. Elle préconise des contrôles qui ressemblent davantage à ceux qui furent suggérés par le Conseil en 1978, soit le recours à un tiers. Toutefois, en ce qui a trait aux risques, la Commission semble admettre des risques plus sérieux puisqu'elle réfère à des risques « graves ». Par ailleurs, un point que ces deux organismes ont en commun est l'importance qu'ils accordent au désir de participer de l'éventuel sujet. Ainsi, tous les deux recommandent d'obtenir l'assentiment de la personne et de respecter, le cas échéant, le refus manifesté.

Conscient du progrès considérable de la génétique et du développement prévisible de thérapies géniques, le Conseil de recherches médicales du Canada a décidé de considérer spécifiquement ce secteur d'activités. Compte tenu de la

³¹⁴*Supra*, note 36.

³¹⁵*Ibid.* à la p. 44 et s.

³¹⁶*Ibid.* à la p. 47 et s.

singularité de la problématique, le Conseil a jugé bon d'émettre des lignes directrices particulières. En effet, son document de 1987 ne faisait qu'effleurer le problème³¹⁷. En 1990, le Conseil publiait un document établissant sa position³¹⁸. Le Conseil n'envisage que la thérapie génique somatique, c'est-à-dire celle qui n'affecte que les cellules somatiques³¹⁹. Le Conseil rejette, pour l'instant, le recours à la thérapie germinale, c'est-à-dire celle qui toucherait les cellules des organes sexuels, étant donné, entre autres, notre ignorance de ses répercussions sur l'espèce humaine. Dans le document, le Conseil examine la situation particulière de la recherche sur des enfants³²⁰.

Comme la thérapie génique vise principalement les nourrissons et les jeunes enfants, la possibilité d'obtenir leur consentement ou leur assentiment est réduite voire inexistante. À ce problème s'ajoute celui du droit de retrait. De façon générale, le sujet a toujours la possibilité d'interrompre sa participation à un protocole de recherche. Or, ce droit de retrait devient illusoire compte tenu de la nécessité de surveiller à long terme l'évolution de l'état de santé du sujet ayant subi une thérapie génique somatique. En effet, selon le Conseil, le suivi s'impose. Pour faire face à toutes les particularités de cette recherche, le Conseil recommande de bien informer le parent ou le tuteur de la nature de la recherche et de l'étendue de son engagement. Malgré l'ampleur des problèmes qu'il expose, le Conseil ne suggère pas le recours à un tiers arbitre pour s'assurer de la qualité du consentement. Le document ne traite pas spécifiquement du cas des adultes incapables.

Tous ces textes basés sur des normes éthiques sont unanimes à reconnaître la nécessité d'accorder une protection particulière aux enfants et aux incapables. Toutefois, les moyens préconisés pour atteindre cet objectif diffèrent. Ainsi, certains documents, comme celui émanant de la Commission de réforme du droit du Canada, optent pour la mise en place d'un pallier supplémentaire de contrôle : l'autorisation d'un tiers (représentant des malades, avocat, tribunal) est requise. Cette personne neutre serait en meilleure position pour évaluer les risques et les inconvénients associés à la recherche proposée. D'autres documents, comme les lignes directrices du Conseil de recherches médicales du Canada, édition 1987, favorisent plutôt une restriction de la notion de risques. Selon eux, une protection adéquate serait assurée si les risques acceptés se limitent à ceux auxquels nous faisons face dans la vie de tous les jours et si douleur et inconfort sont bannis chez les sujets. Toute la difficulté réside donc dans le choix des mesures à privilégier pour atteindre un équilibre souhaitable entre le développement des connaissances scientifiques, qui englobe sans aucun doute les thérapies géniques, et la protection adéquate des enfants et des incapables.

³¹⁷*Supra*, note 39 à la p. 17.

³¹⁸*Supra*, note 4.

³¹⁹*Ibid.* à la p. 7.

³²⁰*Ibid.* à la p. 26 et s.

Conclusion

Rappelons que le postulat à l'origine de cette étude est à l'effet que la meilleure connaissance de la génétique humaine que nous avons acquise au cours des dernières années nous permettra rapidement une approche thérapeutique plus efficace face aux maladies héréditaires. Or, les enfants et les incapables sont au coeur de cette problématique. La plupart des maladies ou des anomalies génétiques vont être dépistées et se développer dans les premières semaines ou les premières années de leur existence. Si l'enfant survit, les déficiences dont il pourra rester atteint feront de lui un incapable de fait ou de droit. Les interventions thérapeutiques seront tentées sur eux³²¹, pour les mêmes raisons, par priorité.

Cette réalité nous a amené à nous interroger sur les attributs du consentement requis pour promouvoir la concrétisation de notre prémisse. Les règles applicables à l'expérimentation, à la transplantation et au traitement médical sont-elles appropriées ? Y-a-t-il lieu de les modifier en regard de la population susceptible d'être sollicitée, à savoir les enfants et les personnes incapables ? Vaut-il mieux assimiler les thérapies géniques à des traitements médicaux usuels ou à de la recherche à visée thérapeutique ou faut-il encore favoriser la création d'un ensemble de règles spécifiques à ce type d'activités ?

Pour répondre à ces questions, nous avons, dans un premier temps, examiné les documents de droit international traitant de chacune de ces préoccupations, à savoir : l'expérimentation chez l'humain, la transplantation d'organes et les traitements et soins de santé prodigués aux enfants et aux incapables. Le Canada étant signataire de pactes internationaux reliés au thème de notre recherche, il était aussi essentiel d'examiner comment les grands principes dégagés à l'échelle internationale ont été ou seront transposés dans notre droit interne. De plus, cette étape de l'analyse s'imposait à cause de la référence constante aux législations nationales au sein même des textes internationaux. Nous avons donc considéré en deuxième lieu le droit constitutionnel et le droit criminel. Nous terminions ce tour d'horizon législatif en portant une attention particulière à la législation provinciale et territoriale canadienne. Cette analyse était essentielle puisque les lois qui gouvernent la pratique médicale sont de juridiction provinciale. Pour compléter notre étude, certains documents cana-

³²¹Récemment, les comités institutionnels d'éthique (IRB) du « National Cancer Institute » et du « National Heart, Lung and Blood » ont approuvé le recours à un transfert de gènes pour traiter des enfants atteints d'une déficience enzymatique grave (adénosine-déaminase). Si les autorisations supplémentaires requises sont obtenues, il s'agira alors du premier projet à visée thérapeutique à être mis en oeuvre aux États-Unis. Voir « Gene Therapy on the Horizon » (1990) 20 Hasting Center Report 48.

diens proposant des lignes directrices en matière d'intervention médicale furent examinés.

Toute notre analyse gravite autour de la mise en oeuvre d'un principe fondamental, soit l'inviolabilité de la personne. Les documents internationaux de même que le droit canadien dans son ensemble consacrent ce principe. La personne humaine est inviolable, nul ne peut y porter atteinte sans son consentement. Or, cette personne, c'est également l'enfant et l'incapable. Conscient de l'impossibilité légale pour ces membres de la société de donner un consentement valable, divers processus sont proposés pour pallier à la situation. Ainsi, règle générale, le représentant légal sera la personne à qui il faudra s'adresser pour obtenir une autorisation avant d'entreprendre une recherche, un don d'organes ou un traitement médical.

Dans le cas de l'enfant, l'identification du représentant légal ne semble pas poser de difficulté ; on se réfère habituellement aux parents, aux détenteurs de l'autorité parentale ou aux tuteurs. Par contre, la situation de l'incapable est beaucoup plus complexe. On décèle, présentement, un courant qui préconise que soit reconnue à l'adulte la possibilité de désigner la personne qui pourra consentir pour lui. Autrement, les textes proposent une liste de personnes, habituellement des membres de la famille, pour prendre en charge le sort de l'incapable. On note aussi une importance accrue accordée aux relations personnelles entretenues par le représentant légal avec la personne incapable. Ces nouvelles avenues se veulent des moyens appropriés pour faire respecter les souhaits exprimés par l'incapable.

Tant dans le cas de l'enfant que dans celui de l'incapable qui n'a pas manifesté ses désirs, la poursuite de leur meilleur intérêt doit motiver la décision du représentant. Il ne fait aucun doute que lorsqu'il s'agit de maladies héréditaires pour lesquelles il existe présentement une thérapie, le meilleur intérêt de l'enfant ou de l'incapable milite en faveur d'un consentement à ce traitement. On peut même prétendre qu'en vertu de son obligation de procurer un secours médical, le représentant se doit d'agir ainsi. La situation devient beaucoup plus problématique lorsqu'il s'agit d'une maladie incurable ou encore lorsque ce que l'on propose est sans bénéfice direct et immédiat pour l'enfant ou l'incapable. On peut assimiler à cette dernière possibilité la recherche non thérapeutique, réalité à laquelle correspondent, dans l'état actuel des connaissances, les thérapies géniques. Or, comme l'ont souligné certains documents canadiens, la recherche non thérapeutique pratiquée sur des enfants et des incapables soulève de grandes controverses. Comment s'assurer que l'avancement des connaissances scientifiques et médicales ne se fasse au détriment des plus vulnérables ? Une protection particulière s'impose certes, mais il ne faut pas que les règles juridiques mises en place se transforment en obstruction systématique et probablement discriminatoire.

Dans un souci de contrôler ou de surveiller l'exercice de cette autorité à consentir pour autrui, il est possible que cette permission du représentant légal soit doublée d'une autorisation judiciaire. Plus l'intervention est exceptionnelle et « invasive », plus les contrôles sont rigoureux. Toutefois, n'y-a-t-il pas lieu d'éviter la judiciarisation susceptible de créer des conflits « non thérapeutiques » et d'offrir plutôt une protection adéquate grâce à un « ombudsman » ou à un protecteur des enfants et des incapables ? Cette personne rattachée à l'institution hospitalière sera mieux à même d'identifier les difficultés inhérentes à ces procédures et de défendre les intérêts de ces personnes plus vulnérables. Par ailleurs, il importe de souligner que tant à l'échelle internationale que nationale, on cherche à valoriser l'opinion de l'enfant et de l'incapable. On discute d'une façon de plus en plus pressante de la possibilité de reconnaître aux enfants et aux incapables, une capacité de fait à consentir à l'acte médical. Ainsi, lorsqu'un représentant ou un tribunal a à intervenir, il doit s'enquérir de l'avis de ces personnes et doit en tenir compte dans sa décision. Certains documents législatifs et tous les documents proposant des lignes directrices en la matière préconisent de respecter le refus d'une personne de se soumettre à une recherche même si l'autorisation de son représentant a été obtenue.

Après avoir examiné les règles canadiennes applicables aux dons de tissus et d'organes, il nous semble que les dispositions législatives canadiennes actuelles ne répondent pas adéquatement à cette nouvelle réalité qu'est la recherche et la thérapie géniques.

Bien que l'utilisation des thérapies géniques puisse poser problème, surtout dans l'état actuel des connaissances (puisqu'elles sont assimilables à des recherches non thérapeutiques) ce qui requiert une attention toute particulière est le sort réservé à l'information génétique unique qui découle du recours à ces thérapies. L'inviolabilité de la personne doit être protégée et cette inviolabilité s'étend à l'identité biologique (ADN) autant qu'à l'être physique et à l'état mental. Ce sujet mérite une étude à part.
