

**Une nouvelle chaîne d'alliance : des solutions de rechange
à l'extinction du titre ancestral
dans le contexte
du règlement des revendications territoriales**

par Michael Jackson
Faculté de droit
Université de la Colombie-Britannique

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

Février 1994

Table des matières

Sommaire iii

Introduction 1

Partie 1 — Extinction - les précédents et les difficultés 8

La conclusion de traités aux XVII^e et XVIII^e siècles 10

La conclusion de traités au XIX^e siècle 20

La conclusion de traités au XX^e siècle 29

Problèmes reliés à l'extinction 33

Les solutions de rechange à l'extinction : les recommandations du Groupe d'étude
et la nouvelle politique du gouvernement fédéral au chapitre du règlement
des revendications 39

Mise en oeuvre de la nouvelle politique 45

L'Entente des Dénés et des Métis 45

L'Entente avec les Gwich'in 48

L'Accord du Nunavut 51

L'Entente du Yukon 53

Partie 2 — Un nouveau modèle applicable aux traités contemporains 72

Reconnaissance des droits ancestraux tels que perçus par les premières nations 73

Établir un rapprochement 77

Définition d'un nouveau modèle 83

Certitude et protection des intérêts des tiers 108

Partie 3 — Perspectives du droit comparé et du droit international 119

Le règlement des revendications territoriales : perspectives comparées 120

L'expérience des États-Unis 120

L'expérience australienne 123

L'expérience néo-zélandaise 137

Droit international et règlement des revendications territoriales 168

Conclusion 179

Notes 184

Sommaire

La notion d'extinction, contrepartie juridique d'un ensemble de théories sociales et intellectuelles discréditées qu'on a invoquées pour agir de façon discriminatoire envers les peuples autochtones, a joué un rôle central dans la dépossession de ces peuples, au Canada comme ailleurs dans le monde. Cette notion a écarté toute autre vision qui aurait permis l'émergence d'un rapport nouveau entre les peuples autochtones et les gouvernements non autochtones. En revanche, d'autres solutions fondées sur la reconnaissance et le respect sont possibles dès lors que l'on reconnaît que les droits ancestraux sont essentiels à la façon dont les peuples autochtones envisagent leur place dans le monde; ces droits qui renvoient à une histoire millénaire conservent aujourd'hui toute leur validité et constituent l'héritage des générations futures. Ce n'est pas seulement pour des raisons morales qu'il faut passer de l'extinction des droits ancestraux à la reconnaissance et au respect de ces droits. En effet, l'article 35 de la *Loi constitutionnelle* reconnaît et confirme les droits des peuples autochtones, ce qui est l'antithèse même de leur extinction. Les normes adoptées en droit international au sujet des droits de la personne indiquent clairement qu'il faut reconnaître les droits ancestraux et condamnent expressément les politiques qui visent l'extinction.

Partie 1

La première partie est consacrée aux précédents qui ont trait au modèle fondé sur l'extinction, des traités anciens aux ententes contemporaines, en vue du règlement des revendications territoriales; aux objections des peuples autochtones à l'égard de ce modèle; ainsi qu'aux événements importants qui sont survenus depuis la constitutionnalisation, en 1982, des «droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones» (y compris le rapport du Groupe d'étude de la politique des revendications globales intitulé *Traités en vigueur : ententes durables* et les modifications qui ont été apportées ultérieurement à la politique fédérale en matière de revendications territoriales).

L'examen des ententes les plus récentes et de leur traitement des objections au modèle de l'extinction révèle que le gouvernement fédéral a une conception étroite des droits ancestraux. Ainsi que le note le groupe d'étude dans son rapport, la notion d'extinction est issue des stratégies coloniales d'assimilation et de déculturation des peuples autochtones. Cependant, cette notion contient en soi un amas d'autres hypothèses que les peuples autochtones rejettent tout autant. En

effet, les tenants de l'extinction supposent que les droits ancestraux, en tant que droits reconnus par la loi, renvoient principalement, sinon exclusivement, aux activités économiques «traditionnelles» (telles que la chasse et la pêche). Le corollaire de cette hypothèse est que les droits et les intérêts à l'égard des terres et des ressources, s'ils doivent être revendiqués dans la structure économique et juridique sur laquelle se fonde la société canadienne contemporaine, ne peuvent être que ceux qui sont octroyés par le système juridique canadien dominant, conformément au régime foncier en vigueur. La première hypothèse comporte le rejet du droit des autochtones à la modernité; la deuxième nie tout pluralisme juridique qui reconnaîtrait la vitalité des régimes fonciers et de gestion des ressources propres aux autochtones et nie le rôle que ces régimes pourraient jouer dans le développement des sociétés autochtones contemporaines.

Partie 2

La deuxième partie présente une approche visant à respecter les objectifs proposant d'établir un cadre de travail sûr pour les intérêts des tiers, à l'intérieur d'un modèle qui reconnaisse les sources coexistantes des titres fonciers — fédéraux et autochtones — et qui expose la meilleure façon de garantir les intérêts non autochtones grâce à une formule de rapprochement; un rapprochement qui accorderait à la reconnaissance du titre ancestral et à l'assentiment des peuples autochtones une place honorable dans les ententes conclues pour remédier aux injustices du passé et préparer la voie d'un avenir fondé sur le respect mutuel et des avantages réciproques.

Modèle proposé

L'auteur propose de classer en trois rubriques les terres et les ressources qui, à l'origine, appartenaient aux autochtones et étaient assujetties à leurs compétences. La première rubrique comprend les territoires sur lesquels une première nation exercera, à titre de bénéficiaire, tous les droits de jouissance ainsi qu'une compétence principale, sinon exclusive, pour ce qui est des terres et des ressources. Sous la deuxième rubrique, se trouvent les territoires à l'égard desquels les droits de jouissance, à titre de bénéficiaires, ainsi que la compétence feront l'objet d'un partage avec les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux; enfin, la troisième rubrique englobe les territoires sur lesquels les gouvernements non autochtones exerceront, à titre de bénéficiaires, tous les droits de jouissance ainsi qu'une compétence principale, sinon exclusive,

pour ce qui est des terres et des ressources. Le modèle proposé contiendrait les éléments suivants, dans le cadre de la classification qui précède :

1. Conformément aux définitions qui figurent à l'entente, les droits fonciers des autochtones seraient explicitement confirmés et l'entente ne contiendrait aucune clause de renonciation à ces droits.

2. Pour les terres qui font partie de la première catégorie, c'est-à-dire celles sur lesquelles une partie autochtone, à titre de bénéficiaire, exerce tous les droits de jouissance ainsi qu'une compétence principale (les «terres de la première nation»), les droits fonciers autochtones seraient définis comme suit :

- a) soit conformément au régime foncier traditionnel,
- b) soit d'une façon équivalente aux régimes fonciers reconnus en droit canadien.

La partie autochtone pourrait demander l'application de solutions de rechange ou d'une combinaison des deux options ci-dessus. L'entente définirait aussi une série de droits limités reconnus aux tiers et aux gouvernements non autochtones.

3. Pour les terres qui font partie de la deuxième catégorie, c'est-à-dire celles où les droits de jouissance à titre de bénéficiaire ainsi que la compétence seraient partagés (les «terres partagées»), les droits conservés par les autochtones seraient définis comme des droits de récolte conjoints avec gestion commune et partage des recettes. L'entente préciserait aussi les droits des tiers et des gouvernements non autochtones afin que soit clairement indiqué le point où s'entrecroisent les deux séries de droits et les régimes qui les gouvernent.

4. Pour les terres qui font partie de la troisième catégorie, c'est-à-dire celles sur lesquelles des gouvernements non autochtones, à titre de bénéficiaires, exerceront tous les droits de jouissance, ainsi qu'une compétence principale (les «terres provinciales, territoriales ou fédérales»), les droits conservés par les autochtones seraient définis par rapport au lien spécial qui unit la partie autochtone et son territoire, et fourniraient la base pour établir des droits normatifs précis, comme celui d'être l'hôte de conférences intergouvernementales, internationales et autres, et celui de nommer les monuments et lieux historiques.

5. Afin de protéger les droits et les intérêts des tiers qui existaient avant la conclusion de l'entente, la partie autochtone confirmerait expressément ses intérêts et s'engagerait à ne pas exercer ni faire valoir des droits qu'elle aurait conservés mais qui seraient incompatibles avec les droits et intérêts des tiers.

6. L'entente énoncerait le régime juridique en fonction duquel des droits et des intérêts pourraient être octroyés et protégés. Dans le cas des terres d'une première nation, ces octrois seront effectués par le gouvernement de la première nation ou le détenteur autochtone du droit de jouissance à titre de bénéficiaire. Dans celui des terres partagées, les droits seront octroyés par des organismes dont la compétence est sanctionnée par le gouvernement de la première nation et le gouvernement non autochtone. Dans des cas bien précis, un gouvernement pourrait déléguer à l'autre le droit d'octroyer des titres si tous les deux consentent à l'octroi. Enfin, lorsqu'il s'agit de terres fédérales, provinciales ou territoriales, le gouvernement non autochtone aurait le pouvoir d'octroyer des titres qui, aux termes de l'entente, auraient été approuvés par la partie autochtone. Pour tous les octrois de titres ou de droits à des tiers, quelle que soit la catégorie de terres visées, la partie autochtone s'engagerait à ne pas exercer ni faire valoir des droits qu'elle aurait conservés mais qui seraient incompatibles avec les droits et intérêts des tiers.

La création d'un climat juridique de certitude relativement aux titres à négocier n'entraîne pas nécessairement l'extinction et la cession des droits ancestraux. Dans la mesure où ces titres restent à définir, l'un des objectifs principaux des ententes de règlement de revendications territoriales consiste à déterminer la teneur de ces titres et, tel que proposé, cette teneur peut varier en fonction de la catégorie de terres dont il est question. C'est grâce à cette définition que les droits et les responsabilités des peuples autochtones sont précisés à l'égard de terres particulières et, simultanément, c'est grâce à la définition des structures et des mécanismes décisionnels qu'on garantit les droits et les responsabilités des gouvernements non autochtones et des tiers à l'égard de ces terres.

Dans le cas des terres désignées comme «terres des premières nations», c'est-à-dire celles à l'égard desquelles les peuples autochtones auraient la plus vaste gamme de droits et de responsabilités, les tiers devraient s'en remettre aux gouvernements autochtones et aux personnes morales autochtones qui sont propriétaires des terres pour obtenir l'octroi de droits à l'égard de terres et de ressources. Le type d'octroi ou de permis d'exploitation accordé aux tiers dépendrait en très grande partie de la façon dont la première nation déciderait de définir son titre ancestral.

Partie 3

La troisième partie passe en revue l'expérience de trois autres pays qui ont, en matière coloniale, un passé analogue à celui du Canada et qui ont tenté de conclure des ententes avec les peuples

autochtones. L'évolution du droit international en ce qui a trait aux droits des peuples indigènes est également prise en considération.

L'expérience des États-Unis

Pendant les années 70, la politique indienne des États-Unis a commencé à s'orienter vers l'autonomie tribale, mais il reste que le plus important règlement des revendications territoriales autochtones de cette décennie, l'*Alaska Native Claims Settlement Act* de 1971, est fondé sur l'assimilation culturelle et économique ainsi que sur l'extinction du titre ancestral.

En Alaska, les autochtones cherchent à remettre les terres aux tribus en les transférant des sociétés aux gouvernements tribaux, et en les conservant dans une sorte de holding foncier qui reflète leurs propres exigences culturelles et garantit que les terres ancestrales resteront en leur possession et sous leur contrôle. De plus, dans le but de protéger et de solidifier l'économie de subsistance traditionnelle, qui reste au coeur des activités économiques de nombre des communautés autochtones de l'Alaska, ils ont demandé que l'on reconnaisse leurs droits ancestraux de chasse et de pêche qui ont été abolis par la loi portant règlement de 1971.

Rétrospectivement, l'*Alaska Native Claims Settlement Act* renforce la position des peuples autochtones du Canada qui estiment qu'un modèle de règlement fondé sur l'extinction de leurs droits et sur la restructuration de la vie politique et économique des tribus conformément à des modèles non autochtones n'est pas la voie qu'ils veulent suivre.

L'expérience de l'Australie

Jusqu'en 1992, les tribunaux australiens ont statué que la doctrine relative au titre ancestral, reconnue en common law, ne s'appliquait pas à l'Australie. En 1992, la Haute Cour de l'Australie, dans le jugement *Mabo v. State of Queensland* a rejeté la doctrine de la *terra nullius*/colonie établie et affirmé que la doctrine du titre ancestral, reconnue en common law, s'appliquait en Australie.

Malgré le fait que le titre ancestral n'ait pas été légalement reconnu plus tôt, le gouvernement fédéral et celui des États de l'Australie ont, pendant les 20 dernières années, et avant que la décision *Mabo* soit rendue, adopté des lois qui reconnaissent la légitimité des revendications territoriales des autochtones et qui prévoient des processus permettant de confirmer les droits ancestraux. Depuis que le jugement *Mabo* a été prononcé, il y a eu d'autres

initiatives importantes en matière de politiques, notamment l'adoption d'un projet de loi fédéral qui porte directement sur la reconnaissance et l'extinction du titre ancestral.

Du point de vue du Canada, l'approche australienne est doublement imparfaite puisque ni sa teneur, ni les processus qui y figurent ne sont satisfaisants. Le processus de reconnaissance et de rapprochement se fait de manière unilatérale, sans reconnaître l'existence de relations de gouvernement à gouvernement. Quant à la teneur de l'approche retenue, les droits qui découlent de la reconnaissance du titre ancestral sont bien inférieurs à ceux qui ont été reconnus dans le contexte des ententes de règlement des revendications territoriales conclues au Canada, par rapport à ce qui a été décrit comme les «terres visées par le règlement», et l'approche australienne ne prévoit aucune région gérée conjointement, sur laquelle on exercerait une compétence partagée. Pour toutes ces raisons, la législation projetée semble contenir peu d'éléments qui pourraient orienter le Canada et l'aider à définir la teneur et l'ampleur des droits ancestraux conservés. La seule chose importante qui découle des propositions élaborées après la décision *Mabo*, c'est que, au chapitre de la gestion future des terres et des ressources, l'extinction du titre ancestral n'est pas un préalable pour confirmer la certitude des intérêts des tiers.

L'expérience de la Nouvelle-Zélande

Les débuts de l'histoire coloniale en Nouvelle-Zélande ont été marqués par la signature du Traité de Waitangi, le 6 février 1840, par plus de 500 chefs maoris. Ce traité a été rédigé en anglais et en maori et la très grande majorité des chefs ont signé uniquement la version maorie.

L'article 2 de la version maorie du Traité de Waitangi est probablement la disposition qui, jusqu'à maintenant, rend le mieux compte de toutes les dimensions des droits ancestraux. La garantie qui figure à cet article englobe l'intérêt, à titre de bénéficiaires, des peuples autochtones à l'égard de toutes leurs ressources, qu'elles fassent l'objet de la propriété individuelle ou collective de la tribu, du clan ou de la famille élargie; l'article reconnaît que le peuple autochtone a la compétence voulue pour gérer et contrôler ses territoires conformément à ses propres lois et à ses préférences culturelles; il affirme que le lien des autochtones avec leur territoire va plus loin qu'une simple relation économique et matérielle, et qu'il est de nature spirituelle, entraînant diverses responsabilités pour ce qui est du respect et de la protection des forces vitales du territoire.

Bien qu'un grand nombre de revendications aient été déposées auprès du Tribunal de

Waitangi (créé en 1975 pour entendre les revendications des Maoris et formuler des recommandations pour corriger les effets des politiques et des pratiques qui ont été adoptées par la Couronne et qui enfreignent les clauses du Traité de Waitangi), la Nouvelle-Zélande ne connaît pas encore de processus analogue aux revendications globales sur lesquelles le Canada se penche actuellement. En fait, des membres du Tribunal de Waitangi ont déclaré que le Canada, pour ce qui est des ententes de règlement des revendications globales, est en avance de 10 ans sur la Nouvelle-Zélande. Cependant, dans un domaine au moins, celui des droits de pêche, le gouvernement de la Nouvelle-Zélande a conclu une entente de revendications globales avec les Maoris, où l'on considère précisément des solutions de rechange à l'extinction des droits ancestraux.

La perspective du droit international

Étant donné que l'objectif essentiel du Projet de déclaration des droits des peuples autochtones est de stipuler des normes universelles minimales qui portent explicitement sur les droits de la personne des peuples autochtones, il fournit un cadre de référence à partir duquel on peut et doit mesurer les politiques et les lois nationales. Plusieurs dispositions du Projet de déclaration universelle des droits des peuples autochtones renvoient directement à l'objet du présent document.

Ces dispositions reflètent la façon dont les autochtones conçoivent leurs droits : il s'agit en l'occurrence du «droit de conserver et de renforcer les liens particuliers, spirituels et matériels qui les unissent» à leurs territoires, lié à la reconnaissance de leurs propres lois, régimes fonciers et institutions destinées à la gestion de leurs terres et ressources.

**Une nouvelle chaîne d'alliance : des solutions de rechange
à l'extinction du titre ancestral
dans le contexte
du règlement des revendications territoriales**

par Michael Jackson
Faculté de droit
Université de la Colombie-Britannique

Introduction

L'examen de l'évolution du processus de colonisation dans les Amériques, qui s'étend sur cinq cents ans et jette une "ombre longue et terrible", révèle que les relations entre autochtones et colonisateurs ont connu beaucoup de changements. Ainsi, au Siècle des lumières, les peuples autochtones étaient perçus comme des égaux sur le plan politique et comme des nations souveraines; cette conception, étayée du pouvoir stratégique et militaire des autochtones, est reflétée dans la "chaîne d'alliance", ces traités remarquables que la Couronne britannique et la Confédération iroquoise des Six Nations ont négociés au cours d'un siècle. Cependant, à la fin du XIX^e siècle, en raison du poids économique de la colonisation et de l'exploitation agricole dont les limites étaient sans cesse repoussées, de l'anéantissement du pouvoir militaire autochtone et de l'apparition de théories sur l'évolution sociale selon lesquelles les peuples autochtones étaient au bas de l'échelle des civilisations, les relations entre autochtones et gouvernements coloniaux ont été redéfinies, au point de vue du droit et de la politique : les deux groupes étaient maintenant unis par des liens hiérarchiques et de dépendance, l'objectif étant de transformer et d'assimiler les peuples autochtones.

Bien que les relations entre peuples autochtones et gouvernements coloniaux, en théorie et en pratique, varient de façon considérable, on relève des thèmes communs tout au long de l'histoire de la colonisation. L'un de ces thèmes est au coeur même de l'opinion exprimée dans la présente étude. Voici en quoi il consiste : chaque fois que les gouvernements coloniaux ont signé, avec les peuples autochtones, des traités portant sur les terres et les ressources, la reconnaissance des droits ancestraux était légalement et économiquement liée à l'extinction de ces droits, afin que des non-autochtones puissent coloniser et exploiter les terres visées par les traités. Du point de vue du langage juridique (et plus particulièrement dans la jurisprudence qui a trait aux droits ancestraux), la reconnaissance et l'extinction des droits sont aussi inexorablement liées que le

crime et le châtement. Tout comme nous en sommes venus à voir et à définir le crime comme un acte qui doit être puni, les divers gouvernements ont, en grande partie, reconnu et défini les droits ancestraux dans le contexte d'une idéologie qui veut que l'extinction découle logiquement et légalement de la reconnaissance et de la définition de ces droits. À l'instar de l'emprisonnement qui, depuis deux siècles, est enraciné dans le processus de justice pénale, il semble que les clauses d'extinction soient l'essence même des traités des siècles passés et des ententes contemporaines en vue du règlement des revendications territoriales.

Nous venons enfin de nous rendre compte du fait que la prison, si menaçante et omniprésente, garde notre imagination sous les verrous lorsqu'il s'agit de traiter de la criminalité. En effet, ces dernières années, on a mis en question le rôle primordial de l'incarcération dans le modèle fondé sur le crime et le châtement. Dorénavant, le crime est perçu comme un manquement aux codes sociaux reconnus par la collectivité et les particuliers; l'auteur de ce manquement, plutôt que d'être puni par une peine d'emprisonnement, doit se réconcilier avec la société et procéder à une restitution. Fait révélateur, cette tentative visant à créer un nouveau modèle social et juridique est considérée comme une initiative originale et audacieuse par rapport à la façon occidentale d'envisager la criminalité, bien qu'elle fasse depuis longtemps partie intégrante de l'approche adoptée par les autochtones pour maintenir la paix et l'ordre dans leurs communautés. Récemment, des commissions royales et l'Association du Barreau canadien ont insisté sur le fait que, pour qu'une justice véritable règne dans les communautés autochtones, il faut reconnaître un système de justice autochtone qui s'appuie sur la restitution et la réconciliation. Ces recommandations sont fondées sur la prise de conscience suivante : en rendant la justice, les autochtones font appel aux valeurs et aux traditions qui leur sont propres, et nous devons, une fois pour toutes, abandonner l'hypothèse selon laquelle ces valeurs et ces traditions pourraient disparaître sous l'influence d'une théorie sociale et de politiques légales qui visent l'assimilation.

C'est en fonction de la même politique d'assimilation que les gouvernements canadiens ont envisagé jusqu'à présent la conclusion de traités; il s'agit, pour ces gouvernements, de faciliter la colonisation et l'exploitation des terres et des ressources par des non-autochtones en abolissant les droits des autochtones sur ces terres et ressources et en ne leur laissant qu'une partie infime de leur territoire en tant que réserves. L'objectif qu'on comptait ainsi atteindre est le suivant : avec le temps, les peuples autochtones, guidés par les conseils et la force coercitive des

représentants de la Couronne auprès des Indiens, des missionnaires et des agents de police, sortiraient des ténèbres de leur existence "primitive" et adopteraient le mode de pensée éclairé du monde occidental. Par conséquent, l'extinction des titres ancestraux sur les terres suppose un processus historique particulier. Il fut un temps où les peuples autochtones avaient leurs territoires, maintenant ils ont leurs réserves. Cette volonté de resserrer constamment les terres autochtones est associée à un stéréotype intimement lié aux théories de l'évolution sociale; le chasseur errant, libre mais obligé de trouver de quoi subsister, voit son territoire progressivement rétréci. Une certaine logique implacable voudrait que les peuples autochtones, qui possédaient des territoires lorsqu'ils avaient un mode de vie "traditionnel", soient maintenant propriétaires du reste de ces territoires, les réserves, ce qui correspond aux restes de leur culture "traditionnelle". Des corollaires additionnels découlent de cette façon de penser. Le fait de croire en la supériorité des Européens et des Canadiens a eu de lourdes conséquences, non seulement parce qu'on a méprisé les sociétés indiennes et qu'on les a déclarées "primitives", mais aussi parce qu'on a refusé de reconnaître leurs droits à l'égard de leurs territoires et leur pouvoir sur leurs ressources. Si les Blancs d'ascendance européenne représentent le peuple qui a atteint les plus hauts sommets du point de vue technique, social, moral et humain, n'est-il pas juste, et dans l'intérêt de chacun, que les droits des Indiens soient abolis et nous soient assignés? Il est aisé de voir les liens entre, d'une part, l'hégémonie économique, politique et morale, et, d'autre part, la domination culturelle.

En enchâssant les droits des autochtones dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, on semble rejeter et abandonner sans équivoque l'image et la réalité de l'extinction dans notre discours politique et légal. À l'article 35, le législateur réfère sans ambiguïté à la reconnaissance et à la confirmation (et non à l'extinction) des droits des peuples autochtones. Cependant, il ne faut pas croire que les hypothèses qui sous-tendent l'extinction, comme métaphore et comme mesure légale, n'aient plus cours. Comme c'est le cas pour de nombreuses autres suppositions qui étayent le pouvoir et en justifient la possession, ces hypothèses, quand on a l'habitude de gouverner, ont un caractère durable et sont difficiles à abandonner. L'examen des événements postérieurs à 1982 démontre bien que les tenants de la doctrine de l'extinction continuent à faire entendre leur voix tant dans les arguments jurisprudentiels que dans les négociations en vue du règlement des revendications territoriales. Dans l'étude qui suit, je me penche sur le modèle fondé sur l'extinction des droits à la lumière des précédents pertinents et j'examine des solutions de rechange légales afin de créer un nouveau modèle fondé sur la confirmation et la reconnaissance

des droits ancestraux et des droits issus de traités. Dans la première partie, je passe en revue les précédents qui ont trait au modèle fondé sur l'extinction, des traités anciens aux ententes contemporaines en vue du règlement des revendications territoriales. J'étudie aussi les objections des peuples autochtones à l'égard de ce modèle ainsi que les événements importants qui sont survenus depuis la constitutionnalisation, en 1982, des "droits existants - ancestraux ou issus de traités - des peuples autochtones" (dont le rapport du Groupe d'étude de la politique des revendications globales intitulé *Traités en vigueur : ententes durables* et les modifications qui ont été apportées ultérieurement aux politiques du gouvernement fédéral en matière de revendications territoriales). J'analyse enfin les ententes les plus récentes et j'indique dans quelle mesure elles tiennent compte des objections au modèle fondé sur l'extinction. Dans la deuxième partie, je me penche sur les solutions de rechange à l'extinction qui sont conformes à une analyse téléologique des droits ancestraux et des droits constitutionnels canadiens, et qui correspondent aux objectifs des autochtones et du gouvernement dans le cadre de la négociation des ententes en vue du règlement des revendications territoriales. J'indique qu'il est possible et nécessaire de concevoir un nouveau modèle fondé sur la reconnaissance et le respect des droits ancestraux; je brosse aussi le tableau de ce modèle, à partir duquel on pourra élaborer une nouvelle chaîne d'alliance. Dans la troisième partie, je passe en revue l'expérience de trois pays dont l'histoire coloniale est analogue à celle du Canada; dans ce cas, on pourra voir quelles leçons on peut tirer de l'application de solutions de rechange à l'extinction, dans le contexte des droits des autochtones, des traités et du règlement des revendications. Enfin, je me penche sur des faits nouveaux, en droit international, qui ont trait aux droits des peuples indigènes et je considère leurs implications par rapport à l'orientation que doit prendre la structuration des ententes contemporaines en vue du règlement des revendications territoriales au Canada.

Des observations préliminaires s'imposent si on veut saisir la portée de cette étude. Pour certaines raisons énoncées plus haut, l'extinction, comme image, moyen légal et réalité historique, peut être considérée comme un axe fondamental qui définit les relations entre, d'une part, les gouvernements coloniaux et leurs ayants droit, et, d'autre part, les peuples autochtones. Je ne compte pas étudier toutes les dimensions de ces relations; de même, je n'examine pas comment la notion d'extinction et son application historique illustrent et éclairent autant l'expérience que vivent actuellement les peuples autochtones en termes de perte de pouvoir et de dépossession. Cette étude plus ambitieuse a été courageusement entreprise par une équipe de

chercheurs pour la Commission royale sur les peuples autochtonesⁱ.

En deuxième lieu, bien que mon étude porte sur un espace géographique considérable et une vaste période historique, il ne s'agit pas de l'examen exhaustif de la façon dont les traités sont conclus, au Canada ou ailleurs dans le monde. Les Nations Unies ont reconnu qu'un tel examen est nécessaire et c'est pourquoi elles ont désigné un Rapporteur spécial qui doit rendre compte à l'assemblée au sujet des "traités, accords et autres arrangements constructifs entre les États et les populations autochtones", afin d'assurer le progrès et la protection des droits de la personne et des libertés fondamentales des populations indigènes (il en sera question à la partie trois). Ici, mon choix de données comparatives et historiques est plus limité.

De même, pour ce qui est de la politique contemporaine du Canada à l'égard des revendications globales des autochtones, mon analyse est sans prétention. Je n'examine ni la portée entière de cette politique ni les effets de ses diverses reformulations. Mon analyse porte exclusivement sur les aspects de cette politique qui ont trait à la cession et à l'extinction des droits sur les terres et les ressources, lesquels, du point de vue d'un gouvernement non autochtone, sont enracinés dans les traités historiques et les ententes contemporaines en vue du règlement des revendications globales. J'étudie donc les effets de la politique gouvernementale qui vise l'extinction sur les prétentions des autochtones à leurs droits de propriété et à leur autorité sur leurs propres territoires, mais je laisserai de côté les questions de compétence territoriale et d'autonomie gouvernementale qui n'ont pas directement trait aux droits à l'égard des terres et des ressources. Mon opinion critique n'en est pas pour autant restreinte puisque le fédéral, dans sa politique actuelle sur les revendications globales, déclare expressément qu'il n'est pas nécessaire que les autochtones cèdent les droits qui ne sont pas reliés aux terres et aux ressources; sous ce rapport tout au moins, la politique fédérale sur les revendications globales est reflétée dans les ententes les plus récentes qui portent sur la question.

Toujours afin d'aider le lecteur à saisir l'objet du présent document, j'aimerais donner quelques explications et définitions préliminaires de termes et de concepts clés qui s'y retrouvent. Il est évidemment logique de commencer par la notion d'extinction. J'utilise ce terme dans son sens juridique habituel, c'est-à-dire l'annulation ou l'abolition d'un droitⁱⁱ. Les tribunaux canadiens ont statué que, avant la constitutionnalisation, en 1982, des droits existants (ancestraux ou issus de traités) des peuples autochtones, les gouvernements non autochtones pouvaient unilatéralement annuler ces droits en exerçant l'"intention claire et expresse" du Souverain d'y

mettre finⁱⁱⁱ. Dans la décision la plus récente d'un tribunal d'appel au sujet de l'extinction unilatérale des droits, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a déclaré à l'unanimité que la législation doit faire mention explicitement de l'"intention claire et expresse" et que cette intention ne peut être supposée que [TRADUCTION] "si on peut uniquement conclure que le législateur entendait éteindre les droits ancestraux"^{iv}. La notion d'extinction comprend aussi l'abolition dite "volontaire" des droits : ce type d'extinction se trouve dans nombre de traités historiques et d'ententes contemporaines, et on les appelle généralement des "cessions". Dans les pages qui suivent, je m'intéresse principalement à ces extinctions "volontaires".

Bien entendu, une fois qu'on a expliqué comment l'extinction a lieu, on veut connaître son objet. Dans ce cas-ci, il s'agit de l'extinction des droits ancestraux. On trouve, dans les décisions et les écrits sur la question, une collection assez déroutante d'expressions, telles "droits des peuples autochtones", "titre autochtone" "titre ancestral" et "titre indien". L'emploi du terme "titre" renvoie habituellement à la prétention à un intérêt dans la terre et les ressources tandis que l'expression "droits ancestraux" s'entend, de façon plus large, du titre autochtone et des autres droits (dont le droit à l'autonomie gouvernementale). Bien que cette expression soit souvent employée pour rendre compte de façon concise de la totalité des droits des peuples autochtones, nombre d'autochtones préfèrent parler de titre ancestral et considèrent qu'il s'agit là de la source de tous leurs autres droits. Par respect pour cet usage, j'utilise donc les expressions "titre ancestral" et "droits ancestraux" pour rendre compte de la panoplie d'intérêts autochtones. Comme je l'ai déjà expliqué, je m'intéresse ici à la question de l'extinction des droits des autochtones à l'égard des terres et des ressources, ce qui comprend le droit à l'autonomie gouvernementale par rapport à ces terres et ressources.

L'expression "revendications globales" s'entend des revendications qui s'appuient sur la notion de droits et de titres ancestraux toujours existants; ces droits et titres n'ont fait l'objet d'aucun traité ou entente légale. Ces revendications doivent être distinguées des revendications "particulières" : celles-ci découlent soit du non-respect de traités indiens ou d'autres obligations légales, soit de la mauvaise administration des terres ou des autres éléments d'actif des autochtones, et sont formulées en vertu de la *Loi sur les Indiens* ou d'autres ententes officielles. Cette distinction est établie par le gouvernement du Canada dans le but de déterminer les critères et le processus applicables à la négociation de ces revendications^v. Bien que je m'attache principalement à proposer des solutions de rechange à l'extinction des droits dans le contexte des

revendications globales, mon analyse est pertinente au règlement des revendications particulières (surtout lorsque la revendication découle de la façon dont les peuples autochtones interprètent les traités historiques).

Pour que ce texte soit le plus concis possible, l'expression "peuples autochtones" désigne ici les Indiens, les Métis et les Inuit, conformément à la *Loi constitutionnelle de 1982*. J'utilise aussi l'expression "premières nations", que nombre de nations indiennes préfèrent. De plus, lorsqu'il s'agit d'événements à l'échelle internationale, je parle de "peuples indigènes", selon l'usage adopté par les Nations Unies. Étant donné que mon analyse est axée sur les traités et sur les ententes qui résultent des revendications globales, et que les Métis n'ont pris part à aucun traité ou entente de ce genre, le présent document ne vise ni à soupeser l'expérience historique de ce groupe ni à brosser le tableau du mode de règlement de ses revendications. Il ne s'agit pas d'un oubli. En effet, les Métis ont ressenti les lourds effets historiques et juridiques de l'extinction lors de l'abolition législative de leurs droits par la *Loi de 1870 sur le Manitoba*; plus que d'autres peuples autochtones, ils ont dû lutter contre les bouleversements qu'entraîne la dépossession. Il faut, dans une étude ultérieure, analyser les conséquences légales des dispositions de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* qui portent sur l'extinction et élaborer un mode de règlement des revendications des Métis qui tienne compte de l'expérience passée et présente de ce groupe; heureusement, le Ralliement national des Métis se penche actuellement sur la question et prépare une telle étude pour la Commission royale sur les peuples autochtones.

Partie 1 — Extinction - les précédents et les difficultés

Les leçons de l'histoire sont particulièrement utiles pour comprendre le rôle joué par l'extinction des droits dans les relations entre peuples autochtones et gouvernements non autochtones. L'examen du compte rendu écrit de ces relations, dont les non-autochtones dépendent en grande partie pour reconstituer le passé, et du récit qu'en font les autochtones fournit des éléments importants qu'il est essentiel de saisir si on veut comprendre pourquoi l'extinction joue un rôle si central dans les lois et les politiques coloniales, pourquoi les autochtones s'opposent tellement à ce que ce mode de règlement ait une place quelconque dans la redéfinition et la restructuration des rapports avec les gouvernements non autochtones, et pourquoi la recherche de solutions de rechange à l'extinction est un principe fondamental, et non une question de sémantique technique

et accessoire.

Il importe aussi, pour une autre raison, d'examiner le compte rendu historique en fonction de la perspective autochtone et du point de vue non autochtone. Apprendre les leçons de l'histoire, ce n'est pas seulement s'engager à faire mieux dans l'avenir et à ne pas commettre de nouveau les injustices passées. Lorsque ces injustices sont enracinées dans des traités qui continuent à avoir force de loi, et particulièrement lorsque le texte légal reflète mal l'entente selon l'interprétation des autochtones, on est forcé de revoir les documents historiques à la lumière de nos connaissances actuelles et de l'expérience de ceux qui ont subi ces injustices. Certains ont soutenu qu'à un moment donné, l'histoire l'emporte sur les revendications des autochtones et les annihile de son poids; des tribunaux ont même accepté cette façon de voir^{vi}. D'autres cours, et plus spécialement la Haute Cour de justice de l'Australie dans la décision *Mabo v. State of Queensland*, rendue récemment, ont obligé les tribunaux et les gouvernements à redresser les torts infligés dans le passé. Dans la décision *Mabo*, la Haute Cour de justice a condamné deux doctrines légales parmi celles qui, pendant deux siècles, ont été appliquées en Australie pour refuser de reconnaître aux autochtones quelque titre de propriété que ce soit à l'égard de leurs territoires. Dans leurs motifs, les juges Deane et Gaudron ont indiqué clairement le rôle joué par ces doctrines dans l'injuste dépossession des autochtones.

[TRADUCTION] Inévitablement, on se voit forcé de reconnaître le rôle qu'ont joué, dans la dépossession et l'oppression des autochtones, les deux propositions aux termes desquelles le territoire de la Nouvelle-Galles du Sud était, en 1788, une *terra nullius*, au sens d'une terre inoccupée ou inhabitée aux yeux de la loi, et tout droit de propriété à titre de bénéficiaire ainsi que toute propriété en common law des terres de la colonie étaient dévolus à la Couronne, sans être touchés par les revendications des indigènes. Ces propositions ont justifié et établi juridiquement la dépossession des autochtones. Elles ont fourni le contexte légal des actes commis pour assurer cette dépossession; leur acceptation rendait illégales les mesures prises par les indigènes pour protéger l'occupation ou l'utilisation traditionnelles de leurs terres. L'approbation officielle de ces propositions, par voie administrative et judiciaire, a fait en sorte que les autochtones de ce continent ont été traités comme une catégorie distincte mais inférieure d'êtres humains, dont l'existence même pouvait être passée sous silence; c'est ainsi qu'on a pu créer le droit d'occuper et d'utiliser leurs terres traditionnelles, et que ce droit a été reconnu par la loi. (*Mabo c. State of Queensland* (1992) 107 A.L.R. 1, p. 82)

Les deux juges ont ensuite examiné la question suivante : le poids de l'histoire, qui créait un précédent, interdisait-il de réexaminer des principes qui, jusque-là, étaient fondamentaux à la jurisprudence australienne?

[TRADUCTION] S'il s'agissait de circonstances habituelles, la Cour aurait tort de mettre en doute la validité de propositions fondamentales qui sont établies depuis longtemps et qui, depuis plus de 150 ans, constituent le fondement de notre droit pour ce qui est des biens réels. [...] Cependant, loin d'être ordinaires, les circonstances en l'espèce sont uniques. Comme nous l'avons vu, les deux propositions en cause ont servi de base aux mesures légales qui ont permis de déposséder les indigènes de la plupart de leurs terres traditionnelles. Les actes et les événements par lesquels cette dépossession juridique a été concrétisée sont les moments les plus sombres de l'histoire de cette nation. Nous sommes tous, en tant que nation, marqués des stigmates de cette dépossession tant que nous nous refusons à reconnaître et à renier les injustices passées. Dans le cas présent, le tribunal doit clairement réexaminer ces deux propositions. Pour les motifs déjà énoncés, ce nouvel examen exige le rejet des propositions susmentionnées. Les terres de ce continent n'étaient pas *terra nullius* ou "pratiquement inoccupées" en 1788 [...] (*Ibid.*, pp. 82-83)

Les tribunaux australiens ne sont pas les seuls à rejeter l'argument voulant que le poids de l'histoire annule toute revendication autochtone. Le juge Lambert, dans la décision *Delgam Uukw v. British Columbia*, a également déclaré que cet argument ne s'appliquait pas aux revendications des peuples gitksan et wet'suwet'en.

[TRADUCTION] La notion selon laquelle, avec le temps ou l'évolution historique, le titre et les droits ancestraux seraient éteints ou abolis [...] ne fait pas partie du droit de la Colombie-Britannique. Cette notion devrait résolument être rejetée. Pour reprendre les propos du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Mitchell c. Peguis Band*, le fardeau de l'histoire doit être supporté par tous les Canadiens, et non par les seuls Indiens. ([1993] 5 W.W.R. 97, p. 370)

Dans la mesure où la notion d'extinction des droits et les pratiques qui lui sont associées ont, dans le contexte canadien et en matière de traité, [TRADUCTION] "justifié et établi juridiquement la dépossession des autochtones", l'avenir doit être envisagé en tenant compte du passé et, au besoin, en réparant les injustices commises en fonction d'une nouvelle approche fondée sur la reconnaissance et le respect des droits des autochtones, et non sur l'extinction de ces droits et la domination des premières nations.

La conclusion de traités aux XVII^e et XVIII^e siècles

Dès le tout début de la colonisation en Amérique du Nord, des traités et des ententes ont été conclus avec les nations indiennes afin d'acquérir leur territoire et d'exercer une autorité sur celui-ci. Les premiers documents écrits que nous ayons à ce sujet sont les ententes conclues entre les Hollandais et les nations indiennes de ce que sont maintenant l'État de New York et le Delaware. Dans le cadre de ces ententes, on reconnaît la préexistence du système indien de

propriété foncière ainsi que la compétence des chefs indiens; on fait mention du protocole aux termes duquel il faut obtenir le consentement des nations indiennes avant de transférer leurs droits de propriété et leur compétence. On peut lire ce qui suit dans les lettres patentes accordées à Samuel Godyn en juillet 1630 :

[TRADUCTION] Nous, directeur et conseiller aux Nouveaux-Pays-Bas, habitant de l'île de Manahattas et du fort Amsterdam, en vertu de l'autorité de Leurs Grandeurs les représentants de la Couronne des Pays-Bas unis [...] reconnaissons et déclarons par les présentes qu'à la date qui figure ci-dessous, ont comparu devant nous, en personne, Queskakous et Eesanques Siconesius ainsi que les habitants de leur village [...] et qu'ils ont librement et volontairement déclaré en vertu de l'autorité spéciale des chefs et avec le consentement de leur communauté que, le premier jour du mois de juin de l'an dernier, soit 1629, en contrepartie de certaines parties de cargaisons, [...] *ils ont transporté, cédé, abandonné et transféré en propriété juste, véritable et franche* [...] pour le compte de Messieurs Samuel Godyn et Samuel Blommart (absent); et pour ceux-ci, en vertu du pouvoir attaché à notre poste, le tout étant stipulé comme il se doit, Nous acceptons cette cession. [...] Messieurs Godyn et Blommart, susmentionnés, ont tous les droits et compétences nécessaires pour jouir de la possession réelle et authentique des terres cédées, lesquelles leur appartiennent en propre; ceux-ci ont, en même temps et de façon irrévocable, tout pouvoir et autorité pour détenir, occuper et utiliser ces terres de façon paisible [...]. *Sans que les cédants n'aient ou ne retiennent à l'avenir aucun droit, action ou autorité pour tout ce qui touche la propriété et le contrôle de ces terres ou la compétence exercée à leur égard* [...]. (A. Vaughan, *Early American Indian Documents, Treaties and Laws 1607-1789*, vol. I [Washington, D.C. : University Publications of America], p. 6, ci-après E.A.I.D. [C'est moi qui souligne.]

Il est clair que, du point de vue des Hollandais qui ont rédigé l'acte translatif de propriété, les Indiens devaient transférer la totalité du titre et de la compétence à l'égard des terres cédées, sans retenir aucun intérêt que ce soit dans ces terres. C'est sur la base de tels actes scellés que les Hollandais entendaient faire valoir leurs revendications territoriales en les opposant à celles d'autres gouvernements coloniaux européens, principalement les Suédois et les Britanniques.

Ces ententes caractérisent aussi les relations initiales entre colonisateurs britanniques et nations indiennes. Les premiers accords signés par les Britanniques portaient souvent sur l'acquisition de droits fonciers dans le contexte d'engagements d'assistance mutuelle. De plus, les traités en vertu desquels les Indiens de Long Island ont cédé des terres aux colonies de la Nouvelle-Angleterre contenaient souvent une réserve sur la continuité de droits ayant trait à d'importantes activités d'exploitation des ressources fauniques, et particulièrement la pêche, qui représentaient une partie essentielle de l'économie côtière des autochtones. Ainsi, on peut lire la réserve suivante dans un acte translatif de propriété de 1648 :

[TRADUCTION] Lesdits satchems ont reconnu qu'ils sont libres de pêcher dans tous les étangs et criques, et de chasser où bon leur semble dans les bois, sans qu'on tente de les en empêcher; eux-mêmes ne causeront aucun tort ou dommage aux biens meubles et immeubles des habitants anglais. De même, ils auront les nageoires et la queue de toutes les baleines qui leur reviendront de droit [...]. Ils seront également propriétaires des coquillages qui servent à faire les ceintures de wampum, où qu'ils se trouvent. Si les Indiens chassent le cerf, qu'ils le repoussent dans l'eau et que les Anglais le tuent, les Anglais ont le corps de l'animal et les satchems ont sa peau. (Acte scellé conclu avec les Indiens pour la ville de East Hampton, 29 avril 1648, E.A.I.D., vol. VII, p. 113, cit. 1244-20)

Cette formulation préfigure une réservation relative au droit de chasse et de pêche contenue dans les traités de Douglas négociés en Colombie-Britannique quelque deux cents ans plus tard.

Ces premiers traités soulèvent aussi pour la première fois la question des conceptions fondamentalement différentes des peuples autochtones et des colonisateurs quant à l'objet de la cession. D'après le texte de ces traités, les Anglais faisaient l'acquisition du titre des terres sous réserve uniquement de droits limités visant l'exploitation des ressources fauniques, reconnus aux autochtones. Toutefois, si on reconstruit la conception indigène de la tenure, on voit que ces arrangements ont été interprétés différemment. Anthony Wallace nous ouvre cette perspective au sujet de la façon dont les Indiens du Delaware conçoivent la terre :

[TRADUCTION] Pour l'Indien du Delaware, la terre était un élément, une forme de vie, comme l'air, la lumière du soleil, les fleuves et les rivières. Pour lui, être "propriétaire" de la terre, ce n'était pas détenir un titre exclusif et personnel sur elle, mais avoir une certaine responsabilité au sein de l'unité sociale qui exploitait le sol. "Hériter" de terres, c'était vraiment hériter de cette position dans la société. La "vente" de biens fonciers (pour employer les termes du Blanc), pouvait signifier, pour l'Indien du Delaware, presque tout changement dans les relations entre les deux groupes de personnes qui tirent leur subsistance de la terre, pourvu que ce changement soit mutuellement satisfaisant. Ainsi, dans les premières cessions, il semble que les Indiens aient seulement eu l'intention d'accorder aux Blancs la liberté d'utiliser la terre conjointement avec la population autochtone. (Anthony Wallace, "Women, Land and Society: Three Aspects of Aboriginal Delaware Life", *Pennsylvania Archaeologist* 17 (1947), p. 2)

Francis Jennings a poursuivi l'étude de la façon dont les Indiens du Delaware concevaient ces premières opérations foncières :

[TRADUCTION] Aux termes de la coutume indigène des Indiens du Delaware, la "vente" de terres ne signifiait que la cession des droits d'utilisation aux fins de la résidence et de la subsistance, tant que les parties étaient satisfaites des termes de l'entente. La vente n'était jamais permanente. Même si toutes les exigences étaient respectées et que le vendeur avait obtenu ce qu'il voulait, il pouvait se présenter de nouveau devant l'acheteur pour

toucher une indemnité additionnelle : à son sens, sa conduite était tout à fait équitable et honorable. Il semble que les Anglais de l'époque comprenaient mieux que les étudiants de nos jours certaines complications inhérentes à ces coutumes. (Francis Jennings, *The Ambiguous Iroquois Empire: The Covenant Chain Confederation of Indian Tribes with English Colonies* [New York/Londres : W.W. Norton & Co., 1984], p. 326)

Au XVIII^e siècle, la conclusion de traités, selon le modèle de la chaîne d'alliance, a été imbriquée dans un ensemble fort large de relations entre les premières nations et les gouvernements coloniaux. Les négociations et les ententes entre les Britanniques et les Six Nations de la Confédération iroquoise - les Haudenasaunee - englobaient toutes les questions politiques et économiques, la guerre comme la paix, la neutralité, les alliances militaires, la reconnaissance réciproque en termes de compétence territoriale, l'administration de la justice pénale, le commerce ainsi que la cession de droits fonciers. Les relations avec les Iroquois étaient primordiales à la sécurité et à la prospérité des colonies américaines; elles constituaient donc un sujet privilégié pour les gouvernements coloniaux. C'est pour cette raison que la négociation et le renouvellement de la chaîne d'alliance ont été soigneusement consignés par les Britanniques, qui ont publié des comptes rendus des assemblées préliminaires à la signature des traités, et par les Iroquois, qui ont confectionné des ceintures de *wampum* qui nous servent d'archives. Grâce aux nombreux documents qui rendent compte des assemblées préliminaires à la signature d'une chaîne d'alliance avec les Six Nations iroquoises, nous pouvons comprendre dans quel contexte se sont déroulées les ententes visant la cession des terres indiennes aux gouvernements coloniaux.^{vii}

Le traité de Lancaster de 1744 et l'assemblée d'Albany de 1756 illustrent de façon particulièrement intéressante les perspectives coloniales et iroquoises à l'égard de la négociation de traités sur les droits fonciers. Dans le premier cas, on visait le statut des terres des colonies de Virginie et du Maryland que les Six Nations revendiquaient parce qu'elles les avaient conquises; ces terres avaient été colonisées par des citoyens des deux colonies sans qu'on ait obtenu le consentement des Iroquois ni signé d'acte translatif de propriété. Il s'agissait de déterminer l'interprétation d'un traité de 1722 conclu avec la colonie de la Virginie, aux termes duquel une ligne de démarcation avait été tracée entre le territoire des Six Nations et celui de cette colonie, le long des montagnes Allegheny et du Potomac : les Iroquois avaient promis de ne pas traverser cette frontière sans un laissez-passer émis par New York ou la Virginie. Ils soutenaient que le traité supposait une entente réciproque dont la force était tout aussi exécutoire, selon laquelle les

Britanniques ne passeraient pas les montagnes pour s'établir sans permission dans le territoire iroquois. Les Iroquois affirmaient que c'était ce qui s'était produit, et que les Britanniques avaient violé les clauses du traité et porté atteinte à leur intégrité territoriale.

Du point de vue des Britanniques, il fallait donner aux Iroquois une réponse satisfaisante et leur démontrer que leur intégrité territoriale n'avait pas été atteinte. En effet, il était essentiel de maintenir une alliance avec les Six Nations, ou du moins d'assurer leur neutralité, en raison du conflit d'hégémonie qui opposait alors les empires britannique et français; ce conflit, au milieu du siècle, était de plus en plus axé sur les terres stratégiques de la vallée de l'Ohio, dont l'importance était cruciale. Si l'Ohio tombait sous le pouvoir français, la Nouvelle-France exercerait une influence considérable de l'embouchure du Saint-Laurent à celle du Mississippi, et son pouvoir, à l'intérieur de cet arc de cercle, serait absolu. La richesse potentielle et la supériorité stratégique qu'apporterait le contrôle de l'Ohio appartiendraient alors à la France. Les Français s'intéressaient aussi à l'Ohio pour des raisons militaires de poids. En effet, une fois que la France aurait installé une chaîne solide de postes militaires tout le long de l'Ohio, le pouvoir maritime britannique serait impuissant à couper les communications entre la Nouvelle-Orléans et Montréal, en temps de guerre. Les Britanniques avaient eux aussi d'importants intérêts en jeu outre ces questions militaires et stratégiques vitales reliées au contrôle des Français sur l'Ohio. La région abondait en fourrures et, pour cette seule raison, elle était d'une importance fondamentale pour le commerce britannique. De plus, l'entreprise de colonisation fixée initialement sur la côte Est au XVII^e siècle avait atteint la crête des montagnes Allegheny en 1748 et cherchait à s'étendre vers l'ouest. S'il s'avérait impossible de s'établir au-delà de l'Ohio, les colonies britanniques devraient rester confinées à la bande de terre relativement étroite coincée entre les montagnes et l'océan Atlantique^{viii}.

C'est donc en fonction de cette structure complexe d'intérêts militaires, économiques et politiques divergents que les Six Nations ont conclu des traités avec les Britanniques. Le chef Canassatego explique ainsi l'histoire des relations entre Iroquois et gouvernements européens dans le langage imagé de la chaîne d'alliance :

[TRADUCTION] Frère, gouverneur du Maryland,

Quand tu as fait mention de la question des terres, hier, tu as invoqué les temps passés et tu nous as dit que vous possédiez la province du Maryland depuis plus de cent ans; mais que sont une centaine d'années par rapport au moment où nous avons commencé à appeler nôtre cette terre? Par rapport au moment où cette terre nous a donné naissance?

Car nous devons vous dire que voilà bien plus de cent ans que nos ancêtres sont sortis du ventre de cette terre; et leurs enfants sont ici depuis cette époque. Vous êtes nés d'une terre qui s'étend au-delà des océans, vos prétentions sont peut-être justifiées là-bas mais ici, vous devez reconnaître que nous sommes vos frères aînés et que les terres nous appartenaient longtemps avant que vous en connaissiez l'existence. Il est vrai que, voilà plus de cent ans, les Hollandais sont venus ici en bateau et qu'ils ont emmené plusieurs biens, des alènes, des couteaux, des hachettes, des fusils, entre autres, qu'ils nous ont donnés; et quand ils nous eurent enseigné comment utiliser ces objets, et que nous eûmes vu quel genre de gens ils étaient, nous étions si heureux de les avoir avec nous que nous avons amarré leur bateau aux buissons du rivage; et par la suite, goûtant encore davantage la compagnie de ces gens et souhaitant les voir rester avec nous, nous avons amarré leur bateau aux arbres, car nous craignons que les buissons soient trop minces; et comme la force du vent pouvait abattre les arbres, ou comme ceux-ci pouvaient pourrir, poussés par l'affection que nous portions aux Hollandais, nous avons encore une fois retiré les cordages de leur bateau et les avons attachés à une grosse pierre solide (l'interprète signale ici qu'il s'agit du pays de l'Oneido); et, non satisfaits de ces arrangements, nous avons attaché les cordages à la grande montagne (l'interprète signale ici qu'il s'agit du pays de l'Onandago); là, nous avons fixé les cordages très solidement et les avons entouré d'une ceinture de wampum; enfin, pour assurer la solidité du lien, nous nous sommes tenus debout sur la ceinture de wampum et nous nous sommes assis sur elle pour la défendre et pour empêcher que du mal lui soit fait; nous nous sommes ainsi efforcés de garantir qu'elle reste intacte à jamais. Pendant tout ce temps, les nouveaux venus, les Hollandais, ont reconnu nos droits à l'égard de la terre; à l'occasion, ils nous ont demandé de leur accorder une partie de notre territoire; ils voulaient conclure des ententes avec nous et ne plus faire qu'un seul peuple.

Par la suite, les Anglais sont venus chez nous et, comme on nous l'a dit, se sont alliés aux Hollandais. Environ deux ans après l'arrivée des Anglais, un gouverneur anglais est arrivé à Albany; voyant qu'une grande amitié régnait toujours entre nous et les Hollandais, il se montra fort réjoui; il souhaitait former une alliance et avoir avec nous des relations aussi bonnes que celles que nous avions avec les Hollandais, à qui il s'était uni : il voulait former un seul peuple avec nous. Voulant préserver ce qui s'était passé entre nous, il décida de remplacer les cordages qui attachaient le bateau à la grande montagne parce que la ceinture de wampum pouvait se rompre et pourrir avec le temps; il nous dit alors qu'il nous donnerait une chaîne d'argent qui serait beaucoup plus forte et qui durerait éternellement. Nous avons accepté son offre et attaché le bateau avec la chaîne d'argent, qui est toujours en place. (Traité de Lancaster conclu avec les Six Nations indiennes le 22 juin 1744, E.A.I.D., vol. II, p. 77, citation p. 85)

En réponse à l'argument du gouverneur du Maryland voulant que le titre sur les terres en litige achetées auparavant aux autres nations indiennes appartenait à la colonie, voici ce que le chef Canassatego avait à déclarer :

[TRADUCTION] Venons-en maintenant à la question qui nous touche de plus près. On nous a expliqué les actes que vous avez signés et nous reconnaissons leur validité et leur authenticité; les Conestogoe et les Sasquahannah avaient le droit de vous vendre leurs

terres parce qu'elles leur appartenaient à ce moment-là. Mais, depuis, nous les avons conquis et leur territoire est maintenant à nous; les terres pour lesquelles nous exigeons une indemnité ne font pas partie de celles qui font l'objet de ces actes; il s'agit des terres des Cohongorontes que vous ne possédez pas, nous en sommes sûrs, depuis cent ans ni même plus de dix ans, et nous avons fait connaître nos exigences dès que nous avons appris que vous vous établissiez dans ces régions. Ces terres-là n'ont jamais été vendues mais peuvent toujours être aliénées; et nous sommes très heureux d'apprendre que vous avez certains biens, et nous voulons très certainement faire affaire avec vous et vous vendre ces terres non aliénées; en contrepartie, nous vous présentons cette ceinture de wampum. (*Ibid.*, p. 86)

Après d'autres négociations, les Iroquois ont consenti à signer les actes de cession et à remettre au gouverneur du Maryland la propriété des terres en question. Dans son discours final adressé au gouverneur du Maryland, le chef Canassatego a repris le thème de la chaîne d'alliance :

[TRADUCTION] Vous nous avez dit hier que puisqu'il n'y avait plus de controverse entre nous et que la question des terres était réglée à votre satisfaction, vous vouliez raffermir les serments d'amitié que nous n'avons jamais reniés depuis que nous sommes frères; nous sommes fort heureux de cette proposition et nous vous en remercions; nous avons aussi l'intention de renouveler tous les traités conclus avec vous et de maintenir nos relations. Vous nous avez dit en outre de vous faire savoir si, à notre avis, les liens qui nous unissent se sont quelque peu relâchés; le cas échéant, vous vous êtes engagés à raviver notre union et à en maintenir l'éclat. Nous sommes d'accord avec vous à ce sujet; nous ferons de notre mieux pour préserver la bonne entente et pour vivre en harmonie avec vous, comme nous le faisons avec nos frères Onas [le nom iroquois pour le gouverneur de la Pennsylvanie] et Assaragoa [le nom iroquois pour le gouverneur de la Virginie]; pour confirmer le tout, nous vous offrons cette ceinture de wampum. (*Ibid.*, p. 107)

Au cours des années 1750, la volonté des nations indiennes de continuer à céder des terres aux colonies britanniques en échange d'avantages commerciaux et d'un soutien militaire contre l'expansionnisme de la France était mise à rude épreuve, les colonisateurs britanniques et les spéculateurs fonciers continuant à empiéter sur les terres des Indiens au-delà de la ligne de partage des montagnes Allegheny. Un autre grand homme politique iroquois, le chef Hendricks, s'est penché précisément sur les limites de l'extinction à l'assemblée d'Albany de juin 1754, dix ans après que le traité de Lancaster eut été signé. Cette assemblée avait été convoquée sous les ordres du gouvernement impérial afin d'unifier toutes les colonies britanniques sous le sceau d'un traité général qui serait conclu au nom de Sa Majesté avec la Confédération iroquoise; le gouvernement britannique comptait ainsi apaiser les Iroquois qui, peu satisfaits de ce que le pouvoir colonial n'ait pas réglé leurs griefs au chapitre de la propriété des terres, menaçaient de

rompre la chaîne d'alliance conclues avec la Couronne. Le chef Hendricks, en tant que principal porte-parole de la Confédération, a déclaré ce qui suit au sujet des demandes de la Pennsylvanie visant à acquérir davantage de terres à l'ouest de la rivière Susquahanna, reflétant les préoccupations des Iroquois face à l'extinction de leur titre à l'égard d'une autre partie de leur territoire :

[TRADUCTION] Frères, parlons franchement. Nous croyions que les frontières avaient été fixées entre nous et les Blancs. Mais nous avons reçu un message de votre part, au sujet de ces terres; discutons donc maintenant de ce message.

À plusieurs reprises, nous avons souhaité que le gouverneur de la Pennsylvanie fasse en sorte que son peuple quitte nos terres et nous croyons comprendre qu'il a fait tout en son pouvoir pour que cela se produise; il n'a pas, toutefois, recouru à la force, ce que nous ne désirons pas. Par conséquent, nous sommes dorénavant prêts à nous séparer de ces terres et nous attendons qu'on nous paye en conséquence.

Ce que nous allons vous dire maintenant est d'une extrême importance et nous voulons que vous vous rappeliez nos paroles tant qu'il y aura une lune et un soleil. Nous consentons à vous vendre cette grande étendue de terre pour que votre peuple y vive. *Cependant, nous souhaitons que ce qui suit fasse partie de notre entente. Quand nous serons tous morts, que vos petits-enfants ne disent pas aux nôtres : "Nos ancêtres ont acheté la terre à vos aïeux et vous devez partir." Cela est mal. Restons tous frères après comme avant la signature des actes de vente.* Peu de temps s'écoule avant que la vente de nos terres ne nous apporte plus rien mais vous, vos petits-enfants pourront tirer quelque chose de cette terre, tant que le monde sera monde, alors qu'aucun avantage n'en découlera pour nos petits-enfants. Ils diront que nous avons été stupides de vendre tant de terres pour si peu et ils nous maudiront. Par conséquent, que la présente entente comprenne aussi l'engagement suivant : nous nous traiterons toujours comme des frères, jusqu'à la dernière génération, même quand nous n'aurons plus un seul pied de terre.

Nous voulons que vous prêtiez oreille à ce que nous allons maintenant vous dire. La terre vaut maintenant très cher et elle a beaucoup de valeur. Nous souhaitons que vous vous contentiez de ce que nous allons vous accorder. Nous ne nous séparerons jamais des terres de Shamokin et de Wyomink, nos os y sont éparpillés, et sur cette terre, il y a toujours eu une assemblée et un grand feu. Nous vous prions de ne pas vous en offenser, mais nous gardons ce territoire pour les nations qui nous viendront de l'Ohio ou pour celles qui mériteront de faire partie de notre alliance. Nombre d'Indiens se déplacent un peu partout et nous les inviterons tous à venir vivre ici, pour nous renforcer.

Pour ce qui est du Wyomink et du Shamokin, ainsi que de la terre qui est attenante à ces régions, sur le Sasquehannah, nous nous les réservons pour la chasse et pour ceux qui, en ces temps de guerre, fuiront les Français et décideront de vivre ici : pour prendre soin d'eux, nous avons désigné John Shick Calany. Il est notre fondé de pouvoir dans ces territoires et a reçu ordre de ne laisser ni les colons de Onas ni ceux de la Nouvelle-Angleterre s'établir là-bas. Si l'un d'eux entend le faire, nous avons chargé Calany de porter plainte auprès de Onas, qu'il s'agisse de son propre peuple ou de celui

d'une autre province, et d'insister pour que les intrus soient forcés de rebrousser chemin; en cas d'échec de sa part, nous viendrons nous-mêmes les chasser. Personne n'aura ce territoire. Dressez votre acte le plus tôt possible. (Rapport des commissaires de la Pennsylvanie délégués au congrès d'Albany, 5 août 1754, E.A.I.D., vol. II, p. 331, citation pp. 335-339. [C'est moi qui souligne.]

L'acte rédigé par les commissaires anglais et signé par les mandataires des Six Nations se lit comme suit :

[TRADUCTION] À tous ceux touchés par la présente, salutations.
Henry Peters [et autres] sachems ou chefs de la nation mohock; Aneeghnaxqua [et autres] sachems ou chefs de la nation oneido; Otsinughyada [et autres] sachems ou chefs de la nation onondago; Scanurety [et autres] sachems ou chefs de la nation cayuga; Kahaickdodon [et autres] sachems ou chefs de la nation seneca; Suntrughwacken [et autres] sachems ou chefs de la nation tuscara; en contrepartie de la somme de quatre cents livres en devises actuelles de la province de New York [...] reconnaissent par les présentes pour leur propre compte et celui des Six Nations susmentionnées que *chacune d'elle a donné, accordé, vendu et cédé* à Thomas Penn et à Richard Penn, propriétaires de la province de Pennsylvanie, ainsi qu'à leurs héritiers, ayants droit et ayants cause, tout le territoire qui se trouve à l'intérieur de ladite province de Pennsylvanie, lequel est délimité comme suit [description détaillée du territoire cédé] [...] *lesdits chefs indiens, les membres des Six Nations ainsi que leurs héritiers, ayants droit et ayants cause ne devront pas et ne pourront pas revendiquer de droits à l'égard des terres, îles, fleuves et rivières, criques, eaux, héritages et biens-fonds accordés et libérés par les présentes, ni formuler d'exigence à leur égard; au contraire, il leur est à jamais interdit, par les présentes, d'avoir accès à ces terres, îles, fleuves et rivières, criques, eaux, héritages et biens-fonds;* et lesdits chefs reconnaissent et déclarent par les présentes qu'eux-mêmes et les Six Nations sont seuls propriétaires des droits relatifs à ces terres et biens-fonds, et que ceux-ci n'appartiennent à aucune autre nation; enfin, d'une part, les propriétaires susmentionnés, leurs ayants cause et les habitants de la Pennsylvanie, et, d'autre part, lesdits chefs, les Six Nations et les enfants de leurs enfants conviennent mutuellement de ce qui suit : *en dépit du fait que les Indiens vendent ou vendront des terres aux propriétaires susmentionnés ou à leurs ayants cause, les deux parties aux présentes, leurs enfants ainsi que les enfants de leurs enfants verront à préserver, jusqu'à la toute dernière génération, l'amour, l'amitié et la bonté qui ont toujours caractérisé leurs relations et qui les lient encore aujourd'hui.* (Ibid., pp. 339-340) [C,et nous qui soulignons.]

Si on compare le texte écrit, ce que les Iroquois appellent le [TRADUCTION] "travail de plume et d'encre", au compte rendu oral reflété dans le discours du chef Hendricks, on peut voir l'écart considérable qui sépare les deux interprétations de ce en quoi consiste l'extinction des droits. Du point de vue des Iroquois, le traité est un engagement qui lie, dans un respect mutuel, les générations antérieures d'Iroquois et de Britanniques, et qui ouvre la voie à un avenir fondé sur des avantages mutuels. Dans cette perspective, la cession d'intérêts fonciers aux Britanniques pour qu'ils puissent établir des colonies ("pour que votre peuple [...] vive" [dans nos terres]) était

assujettie à la reconnaissance de droits iroquois perpétuels à l'égard des terres et à la garantie selon laquelle les générations ultérieures d'Iroquois ne seraient pas dépossédées de leurs intérêts fonciers. "Quand nous serons tous morts, que vos petits-enfants ne disent pas aux nôtres : "Nos ancêtres ont acheté la terre à vos aïeux et vous devez partir." Cela est mal." On voit donc que les Iroquois ne considéraient pas que les traités abolissaient leurs droits ancestraux à l'égard de la terre; à leurs yeux, il s'agissait plutôt d'une cession de droits limités aux Britanniques dans le cadre de relations amicales dont chacun pouvait tirer profit. "Restons tous frères après comme avant la signature des actes de vente." Toutefois, les Iroquois refusaient d'accorder quelque droit que ce soit, même limité, à l'égard de certaines terres que les Britanniques voulaient acheter. "[N]os os y sont éparpillés, et sur cette terre, il y a toujours eu une assemblée et un grand feu." Dans ce cas précis, les Iroquois exigeaient que les Britanniques respectent et reconnaissent la perpétuité de droits ancestraux exclusifs.

Du point de vue des Britanniques, comme on peut le voir à l'acte de cession, les Iroquois avaient cédé la totalité de leurs intérêts à l'égard des terres, sans aucune réserve. La cession ne dépendait que d'une seule condition, à savoir, "préserv[er] [...] l'amour, l'amitié et la bonté qui ont toujours caractérisé [nos] relations et qui [nous] lient encore aujourd'hui." Aux yeux des Britanniques, cette clause ne renvoyait à aucun intérêt, en common law ou en *equity*, à l'égard de la terre; très probablement, ceux qui ont rédigé le traité estimaient que cette condition n'imposait aucune obligation opposable. Il est clair qu'on ne considérait pas qu'elle reconnaissait aux Iroquois un droit quelconque quant à l'administration, à la gestion ou à la mise en valeur des terres cédées.

Des siècles plus tard, la dissonance entre les hypothèses et les attentes des Iroquois et des Britanniques quant aux objectifs et aux effets des traités sur les droits fonciers continue de se faire entendre. Les traités des XIX^e et XX^e siècles, conclus entre d'autres peuples autochtones et d'autres gouvernements coloniaux, en sont l'image inversée.

La conclusion de traités au XIX^e siècle

Par la *Proclamation royale de 1763*, on a enchâssé dans le droit constitutionnel colonial le principe selon lequel la Couronne britannique doit obtenir le consentement des premières nations avant de pouvoir acquérir des terres indiennes qu'elle destine à être colonisées et mises en valeur. C'est en fonction de ce principe, dont fait état le protocole de la Proclamation royale, qu'est

élaboré le cadre juridique à partir duquel, après 1763, la Couronne a négocié en vue d'acheter des terres aux peuples autochtones du Canada. Jusqu'au milieu du XIX^e siècle, le texte des traités canadiens n'était, dans la plupart des cas, qu'un acte translatif de propriété qui traitait de la cession des intérêts indiens afin de permettre la colonisation et la mise en valeur des terres, en étant libre et quitte de toute charge. À partir de 1850, les dispositions des traités ont une portée beaucoup plus large et ne s'arrêtent plus à la cession d'intérêts fonciers. Les traités Robinson de 1850 ont, du point de vue juridique, une importance particulière parce qu'ils servent de précédents aux traités numérotés négociés après la Confédération dans l'ouest du Canada, les Territoires du Nord-Ouest et le nord de l'Ontario.

En 1846, après qu'on eut découvert des minéraux le long de la rive nord des lacs Huron et Supérieur, les Ojibwés ont présenté une pétition au gouverneur du Canada et lui ont demandé d'interdire toute exploitation minière tant que des ententes satisfaisantes n'auraient pas été signées avec eux. Par conséquent,

[TRADUCTION] le gouvernement de la province du Lac a estimé qu'il était souhaitable d'abolir le titre indien; à cette fin, en l'an 1850, il a confié cette tâche à feu l'honorable William B. Robinson qui s'est acquitté de ses devoirs avec beaucoup de tact et de jugement et qui a réussi à conclure deux traités, lesquels présagent les traités à venir et en façonnent le cours. (Alexander Morris, *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories* [Toronto : Belfords, Clarke & Co., 1880], p. 16)

Les traités Robinson, outre les clauses qui traitent de la cession des intérêts ancestraux à l'égard des terres cédées, prévoient des dispositions sur l'établissement de réserves indiennes, le paiement de rentes et la permanence du droit de chasser et de pêcher sur le territoire cédé; ces dispositions ont été reprises et développées dans les "traités numérotés" qui ont été conclus après la Confédération.

Cependant, les traités Robinson diffèrent, à un égard important, des traités signés après 1867. Ils contiennent bien sûr les termes habituels sur la cession des terres, mais les réserves autochtones dont on fait mention dans ces documents sont expressément reconnues comme des "réservations" au chapitre de la concession. Ainsi, le traité Robinson-Supérieur stipule ce qui suit :

[TRADUCTION] Les dits chefs et hommes principaux abandonnent, cèdent, donnent et confient à Sa Majesté librement, entièrement et volontairement [...] tous leurs droits, titres et intérêts sur l'ensemble du territoire décrit ci-dessus, à l'exception des réservations énoncées dans l'annexe jointe aux présentes. (*Ibid.*, p. 303) [C'est moi qui souligne.]

Le Groupe d'étude de la politique des revendications globales a considéré que cette formulation est un précédent pour ce qui est des droits ancestraux non cédés.

Par le biais de cette disposition, les Indiens cédaient leur titre ancestral dans certains domaines et le conservaient dans d'autres. De plus, ils conservaient leur droit de chasse et de pêche sur l'ensemble du territoire concédé. (*Traités en vigueur : ententes durables*, Rapport du Groupe d'étude de la politique des revendications globales [Ottawa : Affaires indiennes et du Nord canadien, 1985], p. 37)

Le Groupe d'étude a aussi noté que les traités de Douglas, sur l'île de Vancouver, contiennent des clauses analogues en vertu desquelles les autochtones conservent des droits dans certaines régions ainsi que des droits de récolte. Ainsi, les traités du North Saanich (dont le texte est commun aux dix autres traités signés au début des années 1850) prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION] Nous soussignés, chefs et membres de la tribu Saanich, [...] consentons à céder, entièrement et à jamais, à James Douglas, représentant de la Compagnie de la Baie d'Hudson, la totalité des terres suivantes [...].

Comme condition à cette vente, nos villages et nos champs enclavés sont réservés pour notre usage, celui de nos enfants et de ceux qui pourraient venir après nous [...]. Il est cependant établi que les terres elle-mêmes, sauf les quelques exceptions qui précèdent, appartiennent pour toujours aux Blancs; il est également établi que nous pouvons, à loisir, chasser dans les terres inoccupées et continuer à pêcher comme auparavant. (*R. v. Bartleman* (1984) 55 B.C.L.R. 78, p. 86. Voir aussi Wilson Duff, "The Fort Victoria Treaties", *B.C. Studies* 3 (1969), p. 57)

Après la Confédération, entre 1871 et 1921, le gouvernement du Canada a négocié les "traités numérotés" (Traités n° 1 à 11) avec des nations indiennes du nord et de l'ouest du Canada. En 1923, il a signé une série additionnelle de traités portant sur les dernières grandes étendues de terres non cédées du sud de l'Ontario. En négociant et signant ces traités, le gouvernement fédéral a réaffirmé le principe juridique selon lequel la Couronne, par le protocole des traités, devait obtenir le consentement des autochtones avant de peupler et d'exploiter les terres appartenant aux nations indiennes. Du point de vue de la Couronne, la signature des traités numérotés faisait partie du processus continu par lequel Sa Majesté obtenait un titre libre sur les intérêts autochtones; cependant, le texte des traités prévoyait une différence importante pour ce qui est des droits ancestraux non cédés. Au chapitre de la cession, les traités n° 1 à 11 contiennent la clause générale suivante :

[L]es Sauvages [...] par les présentes cèdent, quittent, transportent et laissent au

gouvernement du Canada [...] tous leurs droits, titres et privilèges quelconques sur les terres comprises dans les limites suivantes [...]. (Traité 3, cité dans Morris, *The Treaties of Canada*, p. 322)

Après cette cession globale, le texte se lit ainsi :

Et Sa Majesté la Reine convient par les présentes et s'engage de *mettre de côté des réserves* de terres arables [...] lesquelles dites réserves seront choisies et mises de côté où il sera jugé le plus convenable et le plus avantageux pour chaque bande ou bandes de Sauvages, par les officiers du dit gouvernement nommé pour cette fin [...]. (*Ibid.*) [C'est moi qui souligne.]

Outre les droits de chasse et de pêche, le traité stipule ce qui suit :

[Les] dits Sauvages [...] auront le droit de se livrer à la chasse et à la pêche dans l'étendue du pays cédé comme décrit ci-haut [...]. (*Ibid.*)

Comparant le texte des traités numérotés qui ont été signés après la Confédération à celui des traités Robinson conclus avant 1867, le Groupe d'étude de la politique des revendications globales en arrive à la conclusion suivante :

Contrairement à l'approche précédant la Confédération, les droits indiens découlent maintenant des traités, plutôt que du titre et des droits ancestraux antérieurs. Ce changement, bien que subtil, est extrêmement important pour les peuples autochtones. À l'inverse de l'époque précédant la Confédération de cession et de conservation, le titre incontesté sur les terres ancestrales était maintenant obtenu par l'abandon complet de tous les droits et par un octroi de droits plus limité. (*Traités en vigueur : ententes durables*, p. 38)

Lorsqu'on étudie les solutions de rechange à l'extinction des droits ancestraux dans le contexte du règlement des revendications territoriales contemporaines, il s'avère nécessaire d'examiner plus à fond les traités numérotés signés après 1867 : en effet, il ne suffit pas de signaler qu'il y a eu changement de terminologie (de droits "non cédés" à droits "octroyés"). Jusqu'à maintenant, nous avons examiné les traités canadiens dans le contexte de leur formulation légale. Nous avons déjà vu, dans le cas de la chaîne d'alliance conclues au XVIII^e siècle, les différences qui existent entre le texte officiel et la façon dont les peuples autochtones interprètent les négociations qui aboutissent à la conclusion des traités. Récemment, des chercheurs ont démontré que le "travail de plume et d'encre" des Britanniques ne rend pas justice à la façon dont les premières nations du Canada ont compris les négociations en vue de la conclusion des traités, au XIX^e siècle.

Pour la plupart des traités numérotés, nous n'avons pas de compte rendu détaillé sur le

déroulement des négociations, semblable à celui qui existe dans le cas de la chaîne d'alliance conclues au XVIII^e siècle. Toutefois, relativement au Traité n^o 3, il y a le rapport de l'un des commissaires, Alexander Morris, ainsi que le compte rendu détaillé de certains discours prononcés pendant les négociations; ce compte rendu nous donne une idée du protocole propre à la signature des traités ainsi que de la nature des négociations. Ces discours, à l'instar de ceux prononcés pendant les assemblées qui ont conduit aux traités du XVIII^e siècle, sont beaucoup plus axés sur les compromis culturels et économiques que devraient accepter les gouvernements coloniaux et les nations autochtones que sur l'extinction globale des droits. Le commissaire Morris s'est adressé comme suit aux représentants de la nation des Saulteux pour leur proposer les termes du traité :

[TRADUCTION] Je vous ai dit que j'allais conclure le traité au nom de notre Mère suprême, la Reine, et j'estime qu'il servira vos intérêts et ceux de vos enfants [...] Je veux régler toutes les questions, passées et présentes, pour que le Blanc et le Peau-Rouge vivent toujours en harmonie. Je vous donnerai des terres arables et aussi des réserves. J'ai le pouvoir de créer des réserves comme je l'ai décrit, qui font au maximum un mille carré pour chaque famille de cinq, ou à peu près. Il se peut qu'on ne veuille pas d'autres terres avant longtemps et, en attendant, vous aurez le droit de chasser et de pêcher sur elles. Je créerai aussi des écoles pour les bandes qui en font la demande, pour que vos enfants apprennent ce que sait le Blanc. Je vous donnerai également de l'argent pour vous, chacune de vos femmes et chacun de vos enfants, pour cette année. Je vous donnerai, cette année, des biens et des provisions que vous pourrez emporter chez vous [...]. (Morris, *The Treaties of Canada*, p. 58)

À la reprise des discussions, le lendemain, le chef de Fort Francis, Ma-We-do-pe-nais, a déclaré ce qui suit aux commissaires :

[TRADUCTION] Ce que nous avons entendu hier, et comme vous l'avez dit vous-mêmes, vous avez dit que La Reine vous a envoyés ici et que vous êtes les représentants de La Reine. *Là où vous êtes venus, tout cela est à nous.* Nous avons compris, hier, que Sa Majesté vous a donné autant de pouvoir et d'autorité qu'elle en a elle-même, pour agir en son nom; vous avez dit que La Reine vous a remis entre les mains sa bonté et sa charité. Voici ce que nous croyons : le grand manitou nous a mis ici, sur cette terre, comme il vous a mis vous-mêmes sur la terre d'où vous venez. *Nous croyons que là où nous sommes, c'est notre propriété.* Je vais vous confier ce que le manitou a dit quand il nous a mis sur cette terre, les règles que nous devrions suivre, nous, Indiens, il nous a indiqué les règles que nous devrions suivre pour nous gouverner correctement. (Morris, p. 59) [C'est moi qui souligne.]

Les mots du chef Ma-We-do-pe-nais, quand il fait valoir que les Saulteux ont des droits ancestraux à l'égard de la propriété de la terre et de la compétence à exercer sur elle, sont

empreints du sens d'identité et d'harmonie avec la terre qui caractérise les déclarations du chef Canassatego et du chef Hendricks, aux assemblées de Lancaster et d'Albany, un siècle auparavant.

Les Saulteux savaient qu'on avait découvert de l'or dans une partie de leur territoire et voulaient donc obtenir de meilleures conditions. Ainsi, en proposant que l'indemnité soit supérieure, l'un des porte-parole a rappelé ce qui suit aux commissaires :

[TRADUCTION] J'entends, sous mes pieds, le bruissement de l'or; notre pays est riche; c'est le grand manitou qui nous a donné ces richesses; la terre sur laquelle nous nous tenons appartient aux Indiens, c'est leur propriété [...]. Vous avez parlé hier de votre charité, de la charité que Sa Majesté vous a transmise. Je parle au nom de nos chefs, de nos jeunes hommes, de nos enfants, de nos arrière-petits-enfants et de ceux qui ne sont pas encore nés; c'est en leur nom que je demande de meilleures conditions. Les Blancs nous ont spoliés de nos richesses; pour que nous leur en remettions d'autres, il faudra qu'ils nous donnent quelque chose en échange. (Morris, p. 62)

Ici encore, les autochtones voient les effets à long terme des traités et entendent protéger les générations à venir, comme c'était le cas lors de la conclusion de la chaîne d'alliance avec les Haudenasaunee.

Les Indiens étaient prêts à traiter avec le gouvernement et à partager leurs ressources, mais à deux conditions : ils devaient, en retour, toucher une indemnité appropriée et recevoir du gouvernement un soutien économique afin que soient développées des occasions de suppléer aux modes de subsistance traditionnels, lesquels étaient de plus en plus touchés par la progression de la colonisation et l'expansion agricole. Le discours du chef du lac Seul reflète bien la perspective indienne à l'égard des traités ainsi que la volonté des nations autochtones d'en arriver à un compromis mutuel et de partager les ressources.

[TRADUCTION] Nous avons été plantés ici en premier; nous vous demanderions de nous fournir tout outil qui nous aiderait à accomplir notre travail; un peu de tout et de l'argent. Nous pourrions emprunter votre bétail, nous vous demandons cela parce que nous en avons besoin; je trouverai bien où faire paître vos troupeaux. *En échange, nous vous prêterons les eaux dont vous tirez parfois votre nourriture.* [...] Si vous nous donnez ce que je demande, le temps viendra où je vous demanderai de me prêter l'une de vos filles et l'un de vos fils qui vivront alors avec nous; en retour, je vous prêterai l'une de mes filles et l'un de mes fils à qui vous enseignerez ce qui est bien; et une fois qu'ils sauront, vous nous enseignerez à nous. (Morris, p. 63) [C'est moi qui souligne.]

Les comptes rendus écrits des discours prononcés par les négociateurs autochtones ne nous sont transmis que par la voix des interprètes; ces rapports, rédigés au XIX^e siècle, n'ont ni les détails ni la texture des comptes rendus des assemblées qui ont abouti à la conclusion de la

chaîne d'alliance. Néanmoins, au cours des quinze dernières années, des organisations autochtones ont entrepris divers projets d'histoire orale grâce auxquels il est possible de retrouver la texture et les détails initiaux. La Federation of Saskatchewan Indians, dans son étude intitulée "Elders' Interpretation of Treaty Four - A Report on the Treaty Interpretation Project", a relevé un certain nombre de différences entre le texte du Traité n° 4 et la façon dont les anciens interprètent ce traité, en fonction de l'histoire orale qu'ils en donnent. Ainsi, dans le domaine des terres et des ressources,

[TRADUCTION] Les anciens indiquent qu'il s'agissait d'une cession limitée. [...] Au chapitre de la cession des terres et des ressources, la différence entre les deux interprétations est illustrée par la façon dont les anciens voient leurs droits d'exploitation des ressources fauniques et leurs droits d'exploitation souterraine ainsi que par leur définition de la place qu'occupent les terres non destinées à l'agriculture, ce qui comprend les eaux.

a) La faune a toujours été considérée dans le contexte des "droits" reconnus aux Indiens de chasser, de pêcher et de piéger, de leurs "droits d'accès" ou "droits d'utilisation". Dans ce cas-ci, nous examinons ce sujet comme l'un des éléments ou des traits caractéristiques de la cession foncière parce que les anciens déclarent que les autochtones sont toujours propriétaires de la faune ou qu'ils exercent sur elle un droit d'utilisation exclusif. Plus particulièrement, les anciens affirment que la faune appartient toujours aux Indiens parce qu'elle fait partie des ressources qu'ils n'ont pas cédées. On soutient fréquemment que la Couronne a assumé, aux termes du traité, la responsabilité de protéger la faune pour que les Indiens continuent à l'utiliser.

b) Au sujet des ressources non agricoles et du sous-sol, les anciens indiquent que les ressources cédées aux termes du Traité n° 4 sont limitées et restreintes parce que les Indiens ont gardé certaines ressources foncières dans le territoire cédé. Le commissaire avait déclaré que les Blancs voulaient des terres arables mais pas plus que nécessaire pour y passer la charrue ou, comme on le disait plus fréquemment, la terre cédée avait six pouces de profondeur. On suppose donc que les terres qui ne sont pas destinées à l'agriculture - les montagnes, les lacs et les autres terres non arables - n'ont fait l'objet d'aucune demande de la part de la Couronne et n'ont pas été cédées. (D. Opekokew, *The First Nations: Indian Government and the Canadian Confederation* [Saskatoon : Federation of Saskatchewan Indians, 1980], pp. 12-13)

Les recherches entreprises par l'Indian Association of Alberta sur l'histoire orale du Traité n° 6 indiquent également que la cession des droits ancestraux n'aurait été que partielle.

[TRADUCTION] Rien, dans les documents historiques dont nous disposons, n'indique qu'on a fait une distinction expresse, lors des négociations qui ont abouti à la signature des traités, entre droits de surface et droits d'exploitation souterraine. C'est la question sur les minéraux, soulevée au Traité n° 3, qui se rapproche le plus du sujet. La documentation ne nous dit rien sur la question, mais les témoignages donnés verbalement dans le cadre du Traité n° 6 en font tous mention [...].

Les anciens ne croient pas que les Indiens aient cédé leurs droits d'exploitation souterraine. *Selon eux, leurs ancêtres ont compris, en signant le traité, qu'ils cédaient ou partageaient leurs droits territoriaux de façon limitée.* Ils s'attendaient à voir des agriculteurs s'installer sur leurs terres. Les fermiers n'utilisaient que la surface du sol. Les Indiens avaient convenu de ne pas déranger les colons qui venaient cultiver les terres. Lorsque des non-Indiens se sont mis à creuser le sol à la recherche de minéraux, de pétrole et de gaz naturel, ils ont estimé qu'il s'agissait d'un manquement à l'entente conclue.

De même, certains ont considéré que le fait que des non-Indiens coupent des arbres, chassent et pêchent à des fins commerciales violait le traité. Tous ceux que nous avons interviewés ont affirmé que les animaux sauvages, les oiseaux et les poissons n'ont pas été cédés. Certains d'entre eux ont expliqué que les Indiens n'auraient jamais cédé leurs droits d'exploiter la faune parce qu'ils avaient besoin de celle-ci pour vivre [...]. Quant aux lacs, aux rivières, aux fleuves et aux montagnes, tous ont soutenu que la cession ne portait pas sur ces éléments. Dans certains cas, on a signalé que les montagnes ont une signification spirituelle pour les Indiens et que ceux-ci ne les auraient jamais cédées. (John Taylor, "Two Views on the Meaning of Treaties Six and Seven", sous la dir. de R. Price [Montréal : Institut de recherche en politiques publiques, 1980], p. 43) [C'est moi qui souligne.]

Tous les anciens interprètent les Traités n^{OS} 4 et 6 comme signifiant que les Indiens ont conservé leurs pouvoirs inhérents au chapitre de l'autonomie gouvernementale et qu'ils n'ont abandonné aucune compétence sur leur peuple et les ressources dont leur subsistance dépendait. En signant les traités, les nations indiennes ont établi des relations continues avec la Couronne : en échange d'un soutien au développement économique et social des autochtones, la Couronne se voyait octroyer des droits limités sur les terres cédées.

Il y a clairement une continuité entre les traités conclus après la Confédération et la chaîne d'alliance du XVIII^e siècle. Du point de vue de la Couronne britannique, la signature de traités vise à obtenir le consentement des autochtones pour qu'ils cèdent leurs intérêts fonciers. Du point de vue des autochtones, il s'agit de s'entendre avec la Couronne et d'en arriver à des compromis fondés sur le respect mutuel et l'intérêt de chacun. Toutefois, les circonstances sociales et économiques auxquelles les nations indiennes faisaient face n'étaient plus les mêmes et l'équilibre des forces entre britanniques et nations indiennes était modifié. Plus particulièrement, les Indiens des prairies étaient aux prises avec une colonisation accrue, des épidémies dévastatrices, l'afflux des commerçants de whiskey dans le Nord-Ouest et la disparition du bison d'Amérique. Cet état de choses est reflété dans les différentes façons dont les nations indiennes ont cherché à obtenir la protection de la Couronne en échange de la cession limitée de

certaines intérêts à l'égard de leurs terres. Cette protection ne consiste pas seulement à préserver l'intégrité territoriale et politique des nations indiennes à l'intérieur des terres non cédées mais aussi à défendre l'économie indienne traditionnelle et à soutenir le développement de nouvelles formes d'autosuffisance économique de la part des autochtones. Selon les Indiens, ce soutien doit être assuré en respectant leur autonomie gouvernementale mais, du point de vue de la Couronne, il s'insère dans le contexte de l'assimilation économique, sociale et culturelle des premières nations.

Pour plusieurs traités numérotés signés plus tard, et particulièrement pour les Traités n^{OS} 8 et 11, le compte rendu des négociations et l'histoire orale qu'en ont conservée les Indiens démontrent que les autochtones n'ont pas considéré ces traités comme une cession ou une extinction de droits même limités à l'égard des territoires : ils estimaient plutôt avoir conclu des traités de paix et d'amitié. Des témoins autochtones à l'enquête sur le pipeline de la vallée du Mackenzie ont rappelé les paroles du chef Drygeese, lors de la signature du Traité n^O 8, à Fort Resolution, en 1899 :

Si ça doit changer, si vous voulez changer nos vies, alors il ne sert à rien de signer un traité car, sans traité, nous subvenons à nos besoins et à ceux de nos familles. [...] Je voudrais que vous me fassiez par écrit la promesse de ne pas nous prendre nos terres. Il n'y aura pas d'interdiction de chasse sur nos terres. Il ne sera pas question de nos terres. [...] Mon peuple continuera de vivre comme avant et aucun Blanc ne changera cela. [...] Vous voudrez ensuite nous faire vivre comme des Blancs et nous ne voulons pas cela. [...] Les gens sont heureux comme ils sont. Si vous essayez de changer leur vie par un traité, vous détruirez leur bonheur. Il y aura un âpre combat entre mon peuple et le vôtre. ((Thomas Berger, *Le Nord : terre lointaine, terre ancestrale*, Rapport de l'Enquête sur le pipeline de la vallée du Mackenzie [Ottawa : Affaires indiennes et du Nord canadien, 1977], vol. 1, p. 167)

Les éléments de preuve contemporains et l'histoire orale qui ont trait à la signature du Traité n^O 11 en 1921 démontrent que, tout comme en 1899, les Dénés voulaient conserver leur mode de vie traditionnel et obtenir la certitude que les colons blancs n'empiéteraient pas sur leurs terres. Les négociateurs dénés étaient inflexibles : ils ne signeraient pas le traité si le gouvernement n'était pas prêt à garantir qu'ils seraient entièrement libres de chasser, de piéger et de pêcher. Pour les Dénés, cette garantie de non-ingérence dans leur mode de vie était une *confirmation*, et non une extinction, de leurs droits à la terre.

La conclusion de traités au XX^e siècle

Le Traité n° 8, conclu en 1899, et le Traité n° 11, signé en 1921, nous amènent à l'aube du XX^e siècle. Toutefois, ils n'ont pas qu'une importance historique. En effet, avec eux, prend naissance le mouvement de résistance autochtone contemporain face au règlement des revendications en fonction de l'extinction des droits. Au début des années 1970, les Dénés des Territoires du Nord-Ouest ont entrepris, par la Déclaration des Dénés, de décoloniser les programmes politiques et juridiques destinés aux autochtones; ils ont insisté pour que les relations entre les peuples autochtones et le Canada soient dorénavant organisées en fonction de la constitutionnalisation, et non de l'extinction, des droits des autochtones. Ce point de vue a été énoncé, en 1975 et 1976, dans les audiences du groupe d'Enquête sur le pipeline de la vallée du Mackenzie. Le rapport de ce groupe fait état du contexte historique et national dans lequel s'inscrit la lutte que mènent les Dénés pour clore le chapitre de la colonisation :

Le Canada n'a jamais envisagé autre chose que l'extinction éventuelle des droits fonciers des Autochtones. Les Autochtones se sont vus contraints de céder leurs terres arables de l'Ouest aux colons et, maintenant, ils affrontent la perspective de céder leur place à l'expansion industrielle dans le Nord. Et pourtant, les Autochtones du Nord ne veulent pas que se répète chez eux l'histoire des Autochtones de l'Ouest. Ils exhortent le Canada à changer sa politique.

Les Canadiens ont toujours pensé que l'expansion de la civilisation occidentale finirait bien par faire entrer les Autochtones dans le grand courant de la vie canadienne. Cette façon de penser explique les promesses d'éducation et de formation agricole contenues dans les traités signés avec les Indiens. Elle explique aussi la création par l'Administration fédérale de programmes d'éducation, de logement, de formation et de bien-être social pour tous les Indiens, qu'ils soient visés par les traités ou non. L'histoire montre clairement que les Canadiens avaient tort de penser ainsi. Les programmes ont échoué. [...] George Manuel, président de la Fraternité nationale des Indiens, a dit à l'Enquête que l'échec des programmes était attribuable au fait que les Autochtones n'avaient jamais eu les pouvoirs politiques ou constitutionnels voulus pour faire respecter les engagements des traités ou faire mettre en oeuvre les programmes prévus par les traités. Tous les programmes se sont réalisés dans une optique de dépendance des Autochtones et ont fini par créer chez eux un sentiment de dépendance. [...]

George Manuel exhorte les Canadiens à opter pour un règlement des revendications des Autochtones dans le Nord qui reconnaîtra leurs droits fonciers et leur donnera des pouvoirs politiques sur les terres au lieu d'une simple indemnisation monétaire contre l'achat de leurs terres. *Les négociations devraient viser à définir et à mettre en valeur les droits des Autochtones, non à les abolir.* Seul le transfert d'un véritable pouvoir économique et politique aux Autochtones leur permettra de jouer un rôle important dans l'évolution de leur terre ancestrale et d'éviter de sombrer dans le profond découragement qui a submergé tant de communautés indiennes du Sud. La volonté d'arrêter ce terrible mécanisme historique, déjà amorcé dans certaines agglomérations du Nord, explique la

résolution des Autochtones du Nord à chercher un règlement de leurs revendications foncières qui reconnaîtra leurs droits fonciers et leur offrira l'autonomie voulue.

Les Autochtones du Nord ne sont pas les seuls à vouloir faire reconnaître leurs droits. Les Indiens du Sud du Canada et les Autochtones de beaucoup d'autres pays du monde exhortent les sociétés dominantes à reconnaître leur droit à une certaine autonomie du moins. George Manuel a dit :

Les Autochtones du monde entier partagent tous le même attachement à la terre, la même expérience et le même combat."

James Wah-Shee, exprimant un sentiment commun à tous les Autochtones du Nord, a dit :

Le grand public a été mal informé sur la question des revendications foncières dans le Nord. Il s'agit de terres, non pas d'argent. Le règlement des revendications foncières dans les Territoires du Nord-Ouest doit être abordé d'une nouvelle façon pour éviter que l'histoire ne se répète. Un règlement "définitif", comme ceux des traités et de l'Alaska, ne sera pas accepté dans les Territoires du Nord-Ouest. Nous ne voulons pas abandonner nos droits "une fois pour toutes". Nous voulons plutôt faire valoir nos droits et poursuivre une politique de négociation et de dialogue. (*Le Nord : terre lointaine, terre ancestrale*, p. 170) [C'est moi qui souligne.]

Les Dénés ont présenté des propositions de règlement des revendications fondées sur la constitutionnalisation des droits ancestraux, plutôt que sur leur extinction peu de temps après l'adoption par le fédéral, en 1973, d'une façon contemporaine de régler les revendications territoriales et de négocier les traités, sous l'influence, en grande mesure, de l'arrêt *Calder*^{ix} rendu par la Cour suprême du Canada ([1973], R.C.S. 313); le gouvernement fédéral avait en effet déclaré qu'il négocierait des règlements avec les groupes autochtones dont les droits ancestraux d'occupation et d'utilisation des terres n'avaient été ni abolis par un traité ni annulés par la législation. Les revendications de cette nature ont plus tard été appelées "revendications globales". Dans le cadre de la même politique, on définissait aussi un mode de règlement applicable aux "revendications particulières", c'est-à-dire celles qui ont trait aux obligations légales du gouvernement fédéral et qui découlent, en particulier, de son manquement aux modalités des traités. Les revendications globales avaient une importance toute spéciale dans les régions où aucun traité n'avait été négocié (en particulier, en Colombie-Britannique, au Yukon, au Québec et dans les territoires traditionnels des Inuit). Des traités avaient été signés avec les Dénés dans les Territoires du Nord-Ouest, mais le gouvernement du Canada a reconnu que les revendications globales portaient également sur les terres visées par ces traités.

Bien que le gouvernement du Canada ait reconnu qu'il restait à régler certaines questions légales par la signature de traités contemporains, il envisageait clairement, dans la formulation initiale des ententes relatives aux revendications globales et la version revue et corrigée du processus (telle qu'elle figure dans la publication de 1981 intitulée *En toute justice*), que les traités contemporains, à l'instar des ententes antérieures, seraient fondés sur le modèle de l'extinction juridique des droits ancestraux. En retour, le gouvernement accorderait aux autochtones d'autres droits et intérêts à l'égard de terres et de ressources particulières.

Quand la négociation d'une revendication foncière est acceptée, le gouvernement exige que les négociations et la formule de règlement abordent tous les aspects voulus pour éviter que la revendication puisse être représentée plus tard. [...] *La politique a pour objet premier l'échange de droits fonciers autochtones qui sont non définis contre des droits et des avantages concrets. (En toute justice : politique des revendications autochtones [Ottawa : Affaires indiennes et du Nord canadien, 1981], p. 19) [C'est moi qui souligne.]*

Ce modèle aux termes duquel il y a extinction et concession de droits se trouve dans les deux premières ententes contemporaines visant le règlement des revendications territoriales conclues après l'adoption, en 1973, de la nouvelle politique fédérale. La Convention de la Baie James et du Nord québécois de 1976 comporte les dispositions suivantes sur la cession et l'extinction des droits ancestraux :

2.1 *Les Cris de la Baie James et les Inuit du Québec cèdent, renoncent, abandonnent et transportent par les présentes tous leurs revendications, droits, titres et intérêts autochtones, quels qu'ils soient, aux terres et dans les terres du Territoire et du Québec.*

2.2 *Le Québec et le Canada, la Société d'énergie de la Baie James, la Société de développement de la Baie James et la Commission hydroélectrique du Québec (Hydro-Québec) [...] par les présentes donnent, accordent, reconnaissent et fournissent aux Cris de la Baie James et aux Inuit du Québec les droits, privilèges et avantages mentionnés aux présentes. (Éditeur officiel du Québec, 1976) [C'est moi qui souligne.]*

Outre la cession et l'octroi de droits, une disposition de la Convention stipule que la loi fédérale de mise en oeuvre

doit éteindre tous les revendications, droits, titres et intérêts autochtones de tous les Indiens et de tous les Inuit aux terres et dans les terres du Territoire. (*Ibid.*, section 2.6^x)

La Convention définitive des Inuvialuit contient des dispositions analogues :

3 (4) *Les Inuvialuit cèdent, abandonnent, transfèrent et transmettent la totalité de leurs revendications, droits, titres et intérêts ancestraux, quels qu'ils soient, à l'égard des terres, des Territoires du Nord-Ouest et du territoire du Yukon et, en dehors d'eux, des zones extracôtières contiguës [...].*

3 (5) *La loi sur les revendications doit éteindre tous les revendications, droits, titres et intérêts ancestraux* des Inuvialuit, quelle que soit leur nature.

3 (11) La loi sur les revendications doit porter que *le Canada reconnaît et cède aux Inuvialuit les droits, privilèges et avantages énumérés dans la Convention*, moyennant la cession, le transfert, la transmission et l'abandon mentionnés au paragraphe (4). (Ottawa : Affaires indiennes et du Nord canadien, 1984^{xi}) [C'est moi qui souligne.]

Certains ont comparé la formulation de ces ententes à la pêche à la traîne. Les avocats du gouvernement avaient reçu comme directives d'assurer, par le texte même des accords, l'abolition complète de tous les droits et titres ancestraux, "quels qu'ils soient", afin que la Couronne puisse jouir d'un titre de propriété non grevé. Les objectifs du gouvernement fédéral sont décrits clairement dans une note du ministère de la Justice rédigée en 1986.

[TRADUCTION] Il se peut que l'utilisation et l'occupation traditionnelles des terres confèrent un intérêt foncier aux autochtones; c'est ce qu'on appelle le titre ancestral. Ce titre grève le titre de la Couronne et pourrait empêcher que l'on utilise ou développe les terres à d'autres fins. En faisant l'acquisition de terres autochtones, le gouvernement entend rendre opposable son propre titre sur ces terres et annuler le titre ancestral. De leur côté, les autochtones ont négocié avec le gouvernement et obtenu de lui une variété d'avantages et d'indemnités monétaires précises en échange de leur intérêt moins que certain à l'égard des terres. [...] La nature précise de cet intérêt, c'est-à-dire la teneur du titre ancestral, est incertaine et controversée; toutefois, quel que soit cet intérêt (lequel ne doit pas nécessairement être défini pour être échangé), il est au coeur même de la transaction. La présence des parties à la table des négociations emporte la volonté de procéder à l'échange : du côté des autochtones, il s'agit de se dessaisir de leur intérêt et d'obtenir un prix suffisant tandis que, du côté du gouvernement, il faut verser une somme afin de devenir propriétaire du titre ancestral. ("Report of the Task Force to Review Comprehensive Claims Policy, A Legal Commentary", 13 mai 1986, pp. 1-2)

Le problème fondamental, dans cette analyse, c'est que la "volonté" des autochtones de renoncer à leurs titres de propriété est en fait dictée par la politique fédérale en matière de revendications territoriales. Cette "volonté" n'a pas grand-chose à voir avec la façon dont les autochtones conçoivent ce qui se trouve "au coeur même de la transaction".

Problèmes reliés à l'extinction

Dans son rapport, le Groupe d'étude de la politique des revendications globales s'est penché en particulier sur le recours à un texte axé sur la cession et l'octroi de droits, conjointement avec des dispositions législatives qui prévoient expressément l'extinction des titres ancestraux; il a analysé les problèmes de principes que soulève une telle approche dans le contexte du règlement des

revendications autochtones.

Manifestement, un changement graduel, mais clair, est survenu dans la manière d'abolir le titre ancestral au Canada. Il était considéré, avant la Confédération, que la cession volontaire, par les peuples indiens, de droits spécifiques était suffisante. Les traités numérotés introduisent une approche de cession complète des droits associée à un octroi. Dans les deux cas, l'acte de cession (que ce soit de droits partiels ou complets) par un peuple indien a pour résultat une extinction des droits. Dans les accords contemporains, un mécanisme supplémentaire a été introduit, à savoir, l'extinction complète de tous les droits par la Couronne, par le biais d'une disposition légiférée.

Une clause péremptoire relative à l'extinction est-elle vraiment nécessaire pour annuler le titre, lorsque le peuple autochtone cède volontairement des droits? D'un point de vue non autochtone, cette question peut sembler presque insignifiante, car même si la clause d'extinction n'est pas légalement essentielle à l'annulation du titre, elle ne peut servir à réduire les droits ancestraux au-delà de ce qui a déjà été réduit par l'abandon volontaire du droit.

Pourtant, d'un point de vue autochtone, la question est fondamentale. La clause d'extinction péremptoire qui se trouve dans les accords contemporains (qui n'est probablement pas légalement nécessaire pour obtenir la certitude à l'égard des terres) est perçue comme l'expression du souhait du gouvernement fédéral d'abolir leur identité unique et de détruire tous les droits ancestraux. Ce résultat peut être le fruit accidentel d'une phraséologie qui peut être considérée légalement comme excessive, plutôt que d'une politique déterminée. En fait, son principal objectif est de clarifier les droits relatifs aux terres et aux ressources. La reconnaissance implicite des droits ancestraux dans les traités précédant la Confédération a été sérieusement amoindrie par la cession et l'extinction de tous les droits dans les accords contemporains. La plupart des non-autochtones n'attachent pas une grande importance à cette évolution, puisqu'elle a le même résultat, soit, l'annulation du titre à la terre.

Pour beaucoup d'autochtones, les droits ancestraux sont intimement liés à la culture et au mode de vie et font partie intégrante de leur identité personnelle. La cession complète et l'extinction de ces droits suggèrent l'assimilation et la destruction culturelle. C'est en partie pour ces raisons que les groupes autochtones se sont si vigoureusement battus pour l'enchâssement de leurs droits dans la Constitution du Canada. (*Traités en vigueur : ententes durables*, pp. 46-47)

Le gouvernement fédéral, dans l'élaboration d'une politique visant le règlement des revendications globales, trouve à redire au fait qu'on utilise le terme "extinction" pour décrire la cession des droits ancestraux qui caractérise les ententes contemporaines. Il préfère souligner que le processus en est un d'"échange" de droits.

L'objectif consiste à négocier des traités modernes qui fournissent une définition claire, sûre et durable des droits aux terres et aux ressources. Les règlements négociés des

revendications territoriales prévoient l'échange des droits ancestraux non définis pour un ensemble clairement défini de droits et d'avantages codifiés dans une entente de règlement protégée par la Constitution. (*Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones* [Ottawa : Affaires indiennes et du Nord canadien, mars 1983], p. i)

Par conséquent, selon le gouvernement fédéral, l'échange est un important pas en avant pour les peuples autochtones, puisqu'ils obtiennent ainsi un nombre supérieur de droits opposables.

Dans le présent document, il faut examiner plus à fond les raisons pour lesquelles les peuples autochtones soutiennent que le règlement et la révision des traités existants doivent s'appuyer sur la reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux, et non sur leur extinction, et que la nouvelle approche du gouvernement fédéral, selon laquelle il y aurait "échange de droits", ne tient pas suffisamment compte de la perspective autochtone. Mais tout d'abord, que symbolise l'extinction? Comme le Groupe d'étude l'a fait remarquer, la notion d'extinction est tissée des stratégies coloniales que sont l'assimilation et l'annihilation culturelle des peuples autochtones. Cependant, cette notion contient en soi un amas d'autres hypothèses que les peuples autochtones rejettent tout autant. En effet, les tenants de l'extinction supposent que les droits ancestraux, en tant que droits reconnus par la loi, renvoient principalement (sinon exclusivement) aux activités économiques "traditionnelles" (telles la chasse et la pêche). Cette hypothèse a bien entendu pour corollaire que les droits et les intérêts à l'égard des terres et des ressources, s'ils doivent être revendiqués dans la structure économique et juridique qui étaye la société canadienne contemporaine, ne peuvent être que ceux qui sont octroyés par le système juridique canadien dominant, conformément aux règles de tenure en vigueur. La première hypothèse emporte le rejet du droit des autochtones de jouir d'une existence autre que traditionnelle; la deuxième nie tout pluralisme juridique, refuse de reconnaître la vitalité du régime de tenure et de gestion des ressources propre aux autochtones et nie le rôle que ce régime pourrait jouer dans le développement des sociétés autochtones.

Ces hypothèses n'ont pas perdu de leur force à la suite de la constitutionnalisation, à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, des droits ancestraux issus de traités. En fait, depuis que les droits ancestraux sont reconnus par la Constitution, les gouvernements provinciaux et fédéral ont énergiquement soutenu qu'il faut limiter la portée des droits des autochtones à l'égard des terres et des ressources et considérer qu'il s'agit uniquement de droits "traditionnels" à l'égard de l'exploitation des ressources fauniques. Voici à cet égard l'argument

que le gouvernement du Canada a présenté à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, en 1992, dans l'affaire qui l'opposait aux Gitksan et aux Wet'suwet'en :

[TRADUCTION] L'intimé soutient que les seuls droits ancestraux qui soient reconnus et protégés par la common law et, dorénavant, par la Constitution (à l'article 35), sont ceux qui existaient avant l'arrivée des Européens et la reconnaissance de la souveraineté britannique. Ces droits sont des droits ancestraux qui renvoient à la vie traditionnelle des autochtones. Avec l'arrivée des Européens, il a été possible de s'adonner à d'autres activités économiques. Les Européens ont introduit des modes de vie différents. Avec la colonisation européenne, un nouveau régime a vu le jour et différentes activités économiques ont pu être menées. Les autochtones ont été intégrés à ce régime. Les droits se rapportant à la vie culturelle et économique faisaient aussi partie du nouveau régime. Les autochtones gardaient les droits qui avaient été les leurs avant l'arrivée des Européens, selon ce que le nouveau régime reconnaissait, ainsi que les droits de tout citoyen du régime en place, indépendamment de leur appartenance à une nation autochtone. [...]

Les sociétés autochtones ont été modifiées par leur contact avec les Européens. Notre argument est le suivant : les changements subis par les sociétés autochtones ne signifient pas que les droits ancestraux ont évolué. Après que les deux sociétés sont entrées en contact, le régime juridique britannique a reconnu deux catégories de droits : les droits ancestraux et les droits dont jouit tout citoyen canadien. Les autochtones peuvent se prévaloir des deux séries de droits. (Mémoire du Procureur général du Canada dans le cadre de *Delgam Uukw v. A.G.B.C. et al.*, vol. 1, par. 318-320)

Du point de vue du Canada, les droits ancestraux des autochtones sont une source de protection juridique et constitutionnelle pour l'exploitation de ressources "traditionnelles". Si les autochtones souhaitent prendre part à l'économie contemporaine fondée sur l'exploitation de ressources non traditionnelles et en tirer profit, ils doivent s'en remettre aux systèmes juridiques et aux droits qui s'appliquent à tous, autochtones comme non-autochtones. Voilà pourquoi le gouvernement fédéral soutient que, en "échangeant" les droits qui leur sont propres (lesquels, selon les avocats du gouvernement, sont la marque d'une économie "ancestrale") contre les droits plus diversifiés qui peuvent être exercés au sein de l'économie contemporaine, les peuples autochtones ont peu de choses à perdre mais beaucoup à gagner. Il s'agirait donc, d'après le fédéral, d'échanger, comme dans l'histoire d'Aladin, du vieux contre du neuf.

Du point de vue des premières nations, les droits ancestraux sont liés à une façon différente de voir les sociétés autochtones, leur rapport avec la terre et le rôle de ces droits dans l'avenir des nations autochtones. À leur sens, les droits ancestraux sont la source de leur bien-être culturel, social et économique; ces droits ne sont nullement liés à une utilisation particulière du patrimoine. Les sociétés autochtones sont ouvertes et s'adaptent facilement aux circonstances

extérieures; elles ont, en fait, cherché à en arriver à des compromis avec les colonisateurs et à tirer profit des occasions économiques qui se sont présentées. De la sorte, elles ont développé une économie mixte. À leurs yeux, les droits ancestraux sont le fondement à partir duquel on assure que les terres autochtones continueront à produire les denrées nécessaires à la consommation interne et au commerce; c'est aussi grâce à ces droits qu'on peut développer les ressources, dans le contexte d'une économie mixte, afin de garantir que les autochtones et leurs descendants profiteront de réalisations dont les assises sont solides. Par conséquent, les premières nations envisagent les droits ancestraux dans le contexte d'un avenir où on reconnaît aux peuples autochtones des caractères distincts; il ne s'agit pas, comme le fait le fédéral, d'avoir une idée rétrograde de ces droits.

Le rejet, par les peuples autochtones, de toute politique d'extinction, est au coeur même de leur rapport avec la terre ancestrale. Oren Lyons a décrit comme suit les liens qui existent entre les droits ancestraux et la façon de voir traditionnelle des autochtones :

[TRADUCTION] Que sont les droits ancestraux? Ils sont la loi du Créateur. Voilà pourquoi nous sommes sur cette terre : le Créateur nous y a placés. Il n'y a pas mis les Blancs : Il nous y a mis, nous et nos familles, et j'entends par là les ours, les cerfs et les autres animaux. Nous sommes les peuples autochtones et nous avons le droit de prendre soin de toutes les formes de vie sur cette terre. Nous partageons cette terre, non entre nous-mêmes, mais avec les animaux et tout ce qui y vit. *C'est là notre responsabilité.* Chaque génération doit assumer ses responsabilités envers le Créateur. Nos ancêtres ont fait leur part et nous devons faire la nôtre. Les "droits ancestraux", ce sont les responsabilités qui incombent à tous les autochtones; le Créateur nous a mis sur cette terre pour que nous assumions ces responsabilités. [...]

Notre responsabilité, en tant qu'autochtones, est de préserver la terre pour nos enfants. Tout ce qui est sur la terre et tout ce qui est dans la terre appartient à nos enfants. Nous n'en sommes pas propriétaires. Nous n'avons aucun droit de vendre la terre, de l'abandonner ou de conclure une entente à son sujet. Négocier un règlement, c'est arracher à nos arrière-petits-enfants tous leurs droits ancestraux. ("Traditional Native Philosophies Relating to Aboriginal Rights", dans *The Quest for Justice: Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights*, sous la dir. de Boldt et Long (1985), pp. 19-20, 22-23) [C'est moi qui

souligne.]

Dans cette citation, le chef Lyons renvoie au lien fondamental qui unit les peuples autochtones entre eux et qui, au point de vue historique et géographique, joint ces peuples aux chefs et aux anciens de la nation Haudenosaunee, au sud, au XVII^e siècle, de la nation des Micmacs, à l'est, au XVIII^e siècle, de la nation des Cris et des Saulteux, à l'ouest, au XIX^e siècle, et de la nation des Dénés, au nord, au XX^e siècle. Des quatre points cardinaux, les peuples autochtones ont, de par les siècles, proclamé et défini leur identité en fonction des liens qu'ils ont avec leurs territoires et de leurs responsabilités à l'égard de ceux-ci. Dans le Projet de déclaration sur les droits des populations autochtones, les Nations Unies rendent compte de la vitalité de cette identité dans le monde contemporain et signalent l'obligation, pour le gouvernement, d'en respecter les manifestations. L'article 25 de cette Déclaration se lit comme suit :

Les peuples autochtones ont le droit de conserver et de renforcer les liens particuliers, spirituels et matériels qui les unissent à leurs terres, à leurs territoires, à leurs eaux fluviales et côtières, et aux autres ressources qui constituent leur patrimoine, ou qu'ils occupent ou exploitent traditionnellement, et d'assumer leurs responsabilités en la matière à l'égard des générations futures. (*Discrimination à l'encontre des populations autochtones : Rapport sur les travaux de la onzième session du Groupe de travail sur les populations autochtones*, 23 août 1993, E/CN 4/Sous 2/1993/29)

Du point de vue des peuples autochtones, le fait que le gouvernement fédéral parle maintenant, dans sa Politique des revendications territoriales globales, d'"échange" de droits et abandonne la notion d'"extinction" ne modifie pas beaucoup les choses. Dans chaque cas, ce qu'on demande aux autochtones, c'est de renoncer aux droits qui, aux termes de leurs propres lois et de leur propre histoire, les lient à leurs ancêtres et aux générations à venir.

Les voies de la justice, pour les premières nations, exigent que le règlement des revendications territoriales prévoie une approche et un cadre juridique à l'intérieur desquels il sera possible de respecter les droits ancestraux des autochtones et les responsabilités qu'ils continuent à avoir envers leurs territoires, lesquels droits et responsabilités sont bien enracinés dans la réalité autochtone. Les ententes de règlement doivent être élaborées en fonction d'un cadre juridique qui est fondé sur la reconnaissance de ces droits et responsabilités; elles ne peuvent s'appuyer sur l'extinction de ces droits et de ces responsabilités ni sur leur remplacement par des principes juridiques exclusivement coloniaux.

Les solutions de rechange à l'extinction : les recommandations du Groupe d'étude et la nouvelle politique du gouvernement fédéral au chapitre du règlement des revendications

Dans son rapport, le Groupe d'étude de la politique des revendications globales a conclu que toute nouvelle politique applicable aux revendications devait, si elle allait porter fruit, prévoir des solutions de rechange au modèle de la cession globale, de la concession de droits et de l'extinction. Selon les auteurs du rapport, une solution de rechange devrait avoir au moins quatre caractéristiques pour être efficace.

Premièrement, elle doit être acceptable pour les peuples autochtones concernés, puisque leurs droits ne peuvent être altérés sans leur consentement. Deuxièmement, pour encourager l'investissement et l'exploitation des propriétés, elle doit être capable de garantir la sécurité des droits sur les terres et les ressources. Troisièmement, elle doit être simple, car des approches complexes encouragent une incertitude légale. Et enfin, elle doit être "coutumière", afin que les droits puissent être définis dans le cadre d'un système juridique foncier existant. (*Traités en vigueur : ententes durables*, p. 41)

Le Groupe d'étude a alors proposé trois solutions de rechange à l'extinction des droits ancestraux, en reconnaissant toutefois que ces propositions sont des "options réalisables, mais [qu'] elles ne sont pas exclusives".

[C]ar nous croyons qu'une fois les contraintes de l'approche actuelle éliminées, des négociateurs créatifs pourront définir d'autres possibilités tout aussi acceptables. Le gouvernement et les groupes autochtones devraient être encouragés à formuler de nouvelles options à la table de négociation pourvu que celles-ci rencontrent les quatre critères énoncés précédemment. (*Ibid.*)

Je me pencherai plus tard sur le quatrième critère susmentionné : en effet, j'estime que celui-ci est trop restrictif et qu'il ne devrait pas constituer un prérequis essentiel à l'élaboration de solutions de rechange viables au modèle de l'extinction des droits. Toutefois, pour l'instant, j'aimerais passer en revue les trois solutions de rechange proposées par le Groupe d'étude et voir dans quelle mesure les politiques et les règlements adoptés ultérieurement au chapitre des revendications territoriales ont été conformes aux recommandations de ce groupe.

Les trois solutions de rechange sont décrites ainsi :

Une première option serait de retourner à la technique légale des traités d'avant la Confédération. Fondée sur une reconnaissance générale des droits ancestraux, elle apporte la certitude à l'égard de la cession de droits limités, relatifs à des domaines particuliers. Ainsi, les groupes autochtones pourraient conserver leur titre ancestral, ou certains aspects de celui-ci reliés à certains domaines traditionnels, et le céder ou en céder des parties dans d'autres domaines; tout en conservant certains droits sur l'ensemble du

territoire (tels que les droits concernant la faune, un intérêt partiel dans le sous-sol, ou des titres sur le partage des bénéfices). Dans le cas où le titre, ou titre partiel, serait conservé, ils pourraient souhaiter que leurs droits ancestraux à l'égard de la terre soient décrits de façon à être facilement reconnus par le système juridique canadien (par exemple, le genre de tenure qu'ils détiennent). Une telle description apporterait la certitude quant à leurs droits à la terre à l'intérieur du même système qui définit les droits fonciers des autres Canadiens. L'acceptabilité de cette approche dans les négociations dépendra, dans une certaine mesure, de la nature et de l'étendue des droits qui seront conservés, par rapport à ceux qui seront cédés.

Une seconde option, qui lui est apparentée, et qui peut être utilisée en combinaison avec la première, est fondée sur l'hypothèse que les droits ancestraux ont un contenu beaucoup plus étendu que les simples droits reliés à la terre (tels que les droits culturels, sociaux, politiques, linguistiques et religieux). Ainsi, même si le titre ancestral à l'égard de la terre et des ressources est spécifiquement cédé, les autres droits, qui pourraient éventuellement être définis par les tribunaux ou par une procédure constitutionnelle, pourraient être préservés. Puisque tous ces autres droits, ou certains d'entre eux, pourraient ne jouer aucun rôle dans un accord de revendications relatif à la terre, ils n'en seraient pas affectés. Toutefois, la certitude spécifique à la terre et aux ressources serait atteinte, puisque l'accord traiterait explicitement du titre ancestral relatif à la terre et aux ressources.

Une troisième option serait de ne pas considérer les droits ancestraux dans les accords de revendications territoriales. Ceci pourrait être approprié lorsque l'une des parties à l'accord (tel qu'un gouvernement provincial) refuse d'admettre que des droits ancestraux existent. Une approche similaire à celle-ci a été utilisée avec succès dans le contexte des droits relatifs au pétrole et au gaz extracôtiers. Les gouvernements d'Ottawa et de Nouvelle-Écosse, qui perçoivent différemment leurs droits juridiques quant à la propriété et à la législation relative aux ressources au large des côtes, ont accepté de mettre leurs points de vue de côté pour établir un régime de gestion coopératif, sans qu'aucune des parties n'ait abandonné sa position légale. Il s'agit d'un accord à terme, rédigé de façon à survivre à toute résiliation judiciaire des droits des parties; il a été jugé suffisamment sûr par l'industrie pour permettre de gros investissements dans l'exploration et l'exploitation extracôtières du pétrole.

Cette approche reprise à l'égard des droits ancestraux laisserait sans réponse les questions relatives à l'existence et au contenu de ces droits. Pour la durée de l'accord, les droits seraient définis dans l'accord lui-même. Les parties contractantes auraient toujours la possibilité de contester ces droits; mais, ce faisant, ils [*sic*] renonceraient à tous les droits définis par l'accord. Ainsi, tant que les effets de l'accord seraient assez satisfaisants, les parties respecteraient ledit accord par simple intérêt. (*Traités en vigueur : ententes durables*, pp. 41-42)

Le Groupe d'étude a traité précisément de la question de la certitude pour les tiers aux termes de cette troisième option :

Dans le cas d'une telle approche, la question de la certitude pour les tiers devra être considérée avec une extrême attention. Ils devront être assurés que tous les droits qui leur

sont concédés conformément aux accords auront force de loi. Les tierces parties qui obtiennent des droits au large des côtes de la Nouvelle-Écosse sont satisfaites car ils leur sont concédés par une commission mixte fédérale-provinciale. L'un ou l'autre des gouvernements a le pouvoir d'autoriser des activités et, puisqu'ils ont accordé leur autorisation tous les deux, celle-ci ne peut faire l'objet d'une contestation ultérieure.

Un autre problème peut être soulevé dans le contexte des droits ancestraux. Si un accord échouait et était poursuivi en justice avec succès par un groupe autochtone, ce dernier pourrait souhaiter rejeter la validité des droits des tiers concédés dans l'accord défunt. Un tel accord pourrait être rédigé de façon à préserver tout droit concédé à un tiers en vertu de ses dispositions, même à la suite d'une résiliation de cet accord. Nous croyons que de telles clauses apporteraient une protection adéquate aux tierces parties. Cette question devrait être examinée avec attention dans l'élaboration de tout accord. (*Ibid.*, pp. 42-43)

Dans le dernier paragraphe qui traite de l'extinction, le Groupe d'étude recommande sans équivoque qu'une nouvelle politique relative aux revendications globales écarte tout modèle visant l'abolition des droits des autochtones :

Une politique en matière de revendications qui nécessite une cession et l'extinction de tous les droits ancestraux peut, et doit être, abandonnée. Elle *peut* être abandonnée parce que, comme nous l'avons démontré, il existe d'autres méthodes d'annulation du titre à l'égard de la terre. Elle *doit* être abandonnée parce que, si elle ne l'est pas, il n'y aura aucune possibilité d'atteindre des accords de revendications territoriaux fondés sur des objectifs communs.

Les accords devraient équilibrer le besoin de certitude, pour la mise en valeur convenable des terres et des ressources, avec le besoin de souplesse nécessaire à une évolution des relations entre les groupes autochtones et les gouvernements du Canada. Conformément à l'article 35 de la Constitution, ils doivent reconnaître et affirmer les droits ancestraux. (*Ibid.*)

En décembre 1986, le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien a fait connaître la nouvelle Politique des revendications territoriales globales du gouvernement fédéral en réponse au rapport du Groupe d'étude. Dans l'introduction à cette politique, le Ministre remarque que "les groupes autochtones se sont particulièrement élevés contre la pratique consistant à obtenir l'extinction de tous les droits et titres ancestraux sur les terres visées par des règlements, en échange des avantages fournis dans le cadre des ententes de règlement. Ils ont craint notamment que d'autres droits n'ayant peut-être rien à voir avec l'aliénation des terres et des ressources, ne risquent d'être touchés par ce processus. Ils ont en outre trouvé que cette approche de "l'extinction globale" des droits n'était pas en accord avec la reconnaissance et l'affirmation, à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, des droits ancestraux existants, ni avec le processus visant à définir ces droits dans le cadre de discussions constitutionnelles".^{xii}

Dans la nouvelle Politique, le gouvernement confirme de nouveau que "[l]es ententes de règlement visent à fournir une certitude et une précision quant aux droits de propriété et d'utilisation des terres et des ressources dans les régions du Canada où les titres ancestraux n'ont pas été réglés par traité ni annulés légalement", mais il reconnaît que l'extinction de tous les droits et titres ancestraux n'est pas nécessaire pour en arriver à la certitude et à la précision voulues. Par conséquent, la nouvelle Politique fait sienne la recommandation du Groupe d'étude selon laquelle on peut envisager des solutions de rechange à l'extinction "pourvu qu'on puisse établir une certitude quant aux terres et aux ressources". La position du gouvernement sur cette question est expliquée comme suit :

Les options acceptables sont les suivantes :

- 1) la cession et l'abandon des titres ancestraux dans toutes les terres visées par le règlement, en retour de l'octroi aux bénéficiaires de droits définis sur des terres précises ou des terres de réserve et d'autres droits définis applicables dans toutes les terres visées par le règlement; ou
- 2) la cession et l'abandon des titres ancestraux dans des régions autres que de réserve :
 - tout en permettant aux autochtones de conserver tout titre ancestral existant sur des terres précises ou des terres de réserve;
 - et en accordant aux bénéficiaires des droits définis applicables dans toutes les terres visées par le règlement.

Il faudra, en avançant ces propositions, suivre certaines étapes. L'approche à utiliser pour obtenir une certitude sera discutée dans le contexte des différentes négociations et la formulation exacte sera assujettie à l'accord des parties. Le ministère de la Justice sera consulté afin qu'on puisse bien s'entendre sur les répercussions juridiques de l'approche et de la formulation retenues pour atteindre la certitude recherchée. Dans les cas où des terres provinciales sont visées, la province doit jouer un rôle vital dans le choix de l'approche à adopter.

Il est important de reconnaître que, dans le cadre des revendications, les Autochtones devront renoncer seulement aux droits ancestraux liés à l'utilisation des terres et des ressources et aux titres fonciers. Les autres droits ancestraux tels que définis dans le cadre du processus constitutionnel ou reconnus par les tribunaux ne sont pas touchés par cette politique. (*Politique des revendications globales*, p. 12)

La première possibilité énoncée dans la Politique ci-dessus n'est pas vraiment une solution de rechange à l'extinction; elle reflète plutôt la pratique antérieure qui consiste à céder des droits et à en octroyer d'autres. Comme le Groupe d'étude l'a clairement indiqué, cette pratique ne serait pas une option acceptable (il s'agirait plutôt d'une version du modèle de l'extinction). Toutefois, aux termes de la deuxième approche, on reconnaît qu'il est possible de

conserver le titre ancestral à l'égard de terres définies et de céder ce titre pour ce qui est d'autres terres, et on renonce à ce que le règlement porte sur les droits ancestraux qui n'ont rien à voir avec les terres; les tenants de cette deuxième option adoptent en fait les deux premières solutions de rechange proposées par le Groupe d'étude.

Récemment, le gouvernement fédéral a décrit comment il voit les modifications apportées en 1986 à la politique des revendications globales, selon lesquelles l'extinction des droits ancestraux n'est plus une condition essentielle au règlement des revendications autochtones.

Les règlements des revendications globales visent principalement à conclure des ententes avec les groupes autochtones pour régler les controverses et les ambiguïtés juridiques associées au principe de common law des droits ancestraux. Le processus vise à conclure une entente sur les futurs droits spéciaux que les peuples autochtones auront en ce qui concerne les terres et les ressources. L'objectif consiste à négocier des traités modernes qui fournissent une définition claire, sûre et durable des droits aux terres et aux ressources. Les règlements négociés des revendications territoriales prévoient l'échange des droits ancestraux non définis pour un ensemble clairement défini de droits et d'avantages codifiés dans une entente de règlement protégée par la Constitution. [...]

Échange des droits

On entend souvent dire que le gouvernement fédéral cherche à abolir ou à éteindre tous les droits ancestraux en concluant des ententes de règlement des revendications. Cela n'est pas le cas. L'objectif du gouvernement est de négocier des ententes qui établiront une certitude quant aux droits aux terres et aux ressources dans les régions où les droits ancestraux n'ont pas été réglés par traité ni par un autre moyen juridique. Ce faisant, les droits spéciaux des groupes autochtones sur lesquels on vient à s'entendre sont énoncés dans les ententes ou les traités reconnus dans la Constitution.

Afin d'éviter l'ambiguïté et l'incertitude, le gouvernement fédéral demande aux groupes autochtones qu'ils confirment que les droits énoncés dans les règlements des revendications représentent la totalité de leurs droits spéciaux en ce qui concerne l'objet de l'entente. Afin d'atteindre cet objectif, on demande aux groupes autochtones d'abandonner les droits ancestraux qu'ils peuvent détenir à l'égard des terres ou ressources en échange des droits et des autres avantages qui sont énoncés dans l'entente de règlement.

Selon la politique de 1986 sur les revendications territoriales globales, un groupe requérant peut choisir de conserver, après le règlement des revendications, les droits ancestraux qu'il peut détenir à l'égard des terres, dans la mesure où ces droits ne sont pas incompatibles avec l'entente de règlement. La politique garantit également que les droits ancestraux qui ne sont pas liés aux terres et aux ressources ou à d'autres points négociés ne seront pas touchés par l'échange des droits dans le règlement négocié. (*Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones* [Ottawa :

Affaires indiennes et du Nord canadien, mars 1993[, pp. i, 9-10)

Il s'agit maintenant de déterminer comment les modifications apportées en 1986 à la politique gouvernementale ont été reflétées dans les mesures mises en oeuvre par le fédéral. Si on examine les ententes de règlement négociées après 1986, dans quelle mesure peut-on dire que le gouvernement du Canada a adopté de véritables solutions de rechange à l'extinction?

Mise en oeuvre de la nouvelle politique

John Merritt et Terry Fenge ont consacré beaucoup d'efforts à régler, avec l'équipe de négociateurs inuit, la revendication de la région du Nunavut; voici ce qu'ils écrivent au sujet de la politique de 1986 dans un récent article :

[TRADUCTION] La politique de règlement des revendications territoriales de 1986 est un curieux mélange de nouveaux et d'anciens éléments. En en prenant connaissance, on songe au dieu Janus et à ses deux visages opposés. D'un côté, elle englobe, avec hésitation, une grande partie de la rhétorique et des concepts contenus dans le rapport du Groupe d'étude; de l'autre, elle conserve la plupart des éléments qui figuraient à la politique antérieure. ("The Nunavut Land Claim Settlement: Emerging Issues in Law and Public Administration", 15 *Queen's Law Journal*, 255, p. 261)

Par rapport aux solutions de rechange à l'extinction, ce commentaire est particulièrement approprié. Dans la Politique de 1986, le gouvernement exprime sa volonté de considérer de nouvelles approches pour remplacer l'extinction; toutefois, les mesures mises en oeuvre ne reflètent que la poursuite de la politique antérieure. En effet, depuis 1986, quatre règlements ont été négociés : trois d'entre eux sont élaborés en fonction du modèle de l'extinction des droits et de la concession de nouveaux droits. D'après les négociateurs autochtones, seule l'Entente du Yukon prévoirait la préservation du titre ancestral. Examinons maintenant ces quatre ententes qui illustrent comment les solutions de rechange à l'extinction restent peu exploitées et démontrent que la promesse d'une nouvelle approche n'est pas honorée.

L'Entente des Dénés et des Métis

En avril 1990, le gouvernement et des négociateurs autochtones ont paraphé l'Entente sur la revendication territoriale globale des Dénés et des Métis. Selon les dispositions qui figurent à cette entente, l'assemblée générale des Dénés et des Métis devait, peu de temps après cette signature, ratifier l'accord. L'Entente contient les dispositions suivantes au sujet de l'extinction des droits :

3.1.3 L'Entente finale ou la loi habilitante ne prive aucunement les Dénés et les Métis de leur identité à titre de peuples autochtones du Canada ni n'affecte, sous réserve des dispositions de l'article 3.1.10, leur aptitude à se prévaloir ou à tirer profit des droits constitutionnels en vigueur ou susceptibles de l'être dans l'avenir, qui pourraient leur être applicables.

3.1.10 Sans préjudice de l'article 3.1.12 et en contrepartie des droits et avantages conférés aux Dénés et aux Métis dans la présente Entente, les Dénés-Métis :

a) consentent à renoncer, en faveur de Sa Majesté du chef du Canada, à

- i) la totalité de leurs revendications, de leurs droits, de leurs titres et de leurs intérêts ancestraux qu'ils pourraient avoir relativement à des terres et à des eaux situées où que ce soit au Canada;
- ii) la totalité de leurs revendications, droits ou causes d'action, collective ou individuelle, qu'ils ont eues dans le passé, qu'ils ont maintenant ou qu'ils pourraient avoir par la suite en vertu, en application ou aux termes du Traité n^o 8 ou du Traité n^o 11 relativement aux questions traitées dans la présente entente [...];
- iii) la totalité des revendications, droits ou causes d'action qu'ils ont pu avoir, ont maintenant ou pourraient avoir dans l'avenir, en application ou au titre d'une loi ou d'un décret impérial ou canadien, ou de toute autre action du gouverneur en conseil ou du Canada en rapport avec le papier-monnaie officieux des Métis.

3.1.11 En contrepartie des droits et avantages accordés aux Dénés-Métis par la présente Entente, les Dénés-Métis conviennent par les présentes, en leur propre nom et au nom de leurs héritiers, de leurs descendants et de leurs successeurs, de renoncer à faire valoir toute cause d'action, action déclaratoire, réclamation ou demande de quelque nature que ce soit - passée, actuelle ou future - à l'encontre soit de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province, soit du gouvernement d'un territoire ou d'une personne, relativement à quelque revendication, droit, titre ou intérêt prévu à l'article 3.1.10.

7.1.5 La présente Entente n'a pas pour effet de porter atteinte aux droits - ancestraux ou issus de traités - des Dénés-Métis à l'autonomie gouvernementale."

L'article 21 de l'Entente stipule que le gouvernement du Canada doit octroyer certaines terres aux Dénés et aux Métis :

21.1.2 [Les Dénés-Métis] reçoivent le titre de propriété - qui peut être appelé "titre de propriété des Dénés-Métis" - relatif aux terres visées par le règlement décrites ci-après :

- a) [...] de terres en fief simple, à l'exclusion des mines et des minéraux [...] sous réserve des droits, titres ou intérêts sur ces terres [...].
- b) [...] de terres en fief simple, y compris les mines et les minéraux [...] sous réserve des droits, titres ou intérêts sur ces terres [...].

13.4.1 Les Dénés-Métis jouissent du droit d'exploiter toutes les espèces et toutes les

populations fauniques de la région visée par l'entente, pendant toutes les saisons de l'année, sous réserve des limites prescrites dans la présente entente."

La formulation de l'article 21.1.2 est pratiquement identique à celle de la Convention de la Baie James et de la Convention définitive des Inuvialuit, conclues plus tôt, mais on ne prévoit, dans l'Entente des Dénés et des Métis, aucune disposition visant à "éteindre tous les revendications, droits, titres et intérêts ancestraux" (article 3 (5) de la Convention définitive des Inuvialuit). Toutefois, le législateur entend clairement obtenir la cession définitive (c'est-à-dire l'extinction) des titres et des droits ancestraux à l'égard des terres et des ressources, en échange de quoi le gouvernement du Canada accorde aux Dénés et aux Métis des intérêts en fief simple dans des terres précises ainsi que le droit de récolter les ressources fauniques dans tout le territoire qui fait l'objet de l'entente.

Par conséquent, l'Entente définitive des Dénés et des Métis ne contient aucune solution de rechange véritable à l'extinction des droits ancestraux mais perpétue l'approche fondée sur la cession et l'octroi de droits, approche qui est typique des traités conclus après la Confédération et des ententes de règlement des revendications territoriales d'avant 1986.

Le fait suivant illustre l'importance du débat sur l'extinction des droits : lors de l'assemblée visant à ratifier l'Entente de principe, les Dénés et les Métis se sont attachés principalement à un point précis, à savoir, les dispositions exigeant la cession du titre ancestral, et c'est à cause de ces dispositions, en fin de compte, qu'ils ont rejeté l'Entente définitive.

L'Entente avec les Gwich'in

Par suite de la décision des Dénés et des Métis de ne pas ratifier l'Entente de principe en raison des dispositions sur la cession des droits et des titres ancestraux qui y figurent, des négociations distinctes ont été menées avec le Conseil tribal des Gwich'in qui représente les populations du delta du Mackenzie. Le 13 juillet 1991, le Canada et les Gwich'in ont signé une entente sur les revendications territoriales globales de ce groupe d'autochtones, lequel a ensuite ratifié l'entente conclue.

Les deux premiers objectifs de l'Entente des Gwich'in sont énoncés d'une façon qui annonce clairement la cession et la concession de droits.

1.1 Les Gwich'in et le Canada ont négocié la présente entente en vue de réaliser les objectifs suivants :

1.1.1 définir en toute clarté et en toute certitude les droits de propriété et d'utilisation des terres visées et de leurs ressources naturelles;

1.1.2 accorder les droits et les avantages spécifiés dans la présente entente en échange de la renonciation des Gwich'in à certains droits qu'ils revendiquent où que ce soit au Canada en vertu des traités ou autrement [...]. (Entente territoriale globale intervenue entre Sa Majesté la Reine du chef du Canada et les Gwich'in, représentés par le Gwich'in Tribal Council, le 13 juillet 1991)

Les dispositions générales de l'Entente des Gwich'in correspondent essentiellement à celles qui figurent à l'Entente définitive des Dénés et des Métis, sauf l'apport de modifications mineures. Les dispositions qui traitent des titres et des droits ancestraux sont les suivantes :

3.1.5 Ni la présente entente ni la loi de mise en oeuvre n'ont pour effet de priver les Gwich'in de leur identité en tant que peuple autochtone du Canada ou, sous réserve des articles 3.1.12 et 3.1.13, de porter atteinte à la capacité des Gwich'in de se prévaloir ou de tirer profit de quelque droit constitutionnel - existant ou futur - reconnu aux peuples autochtones et qui s'appliquent à eux.

3.1.12 En contrepartie des droits et avantages accordés aux Gwich'in par la présente entente, les Gwich'in renoncent, en faveur de Sa Majesté du chef du Canada, à l'ensemble de leurs revendications, droits, titres et intérêts ancestraux dans des terres et des eaux où que ce soit au Canada.

3.1.13 En contrepartie des droits et avantages accordés aux Gwich'in par la présente entente, les Gwich'in renoncent, en faveur de Sa Majesté du chef du Canada, à l'ensemble de leurs revendications, droits ou causes d'action - de nature collective ou individuelle - passés, actuels ou futurs et fondés sur :

- a) l'obligation de mettre de côté des réserves que prévoit le Traité n^o 11 [...];
- b) les obligations à exécution unique prévues par le Traité n^o 11 [...];
- d) le droit, énoncé au Traité n^o 11, qu'ont les Indiens d'exercer leurs activités habituelles de chasse, de pêche et de piégeage, et à l'égard duquel il ne peut y avoir de renonciation que dans les régions suivantes :
 - (i) la région visée par le règlement, la région ouest de l'Arctique, [...] et le Yukon [...];
- e) les lois ou décrets impériaux ou canadiens ou toute autre mesure prise par le gouverneur en conseil ou le Canada relativement aux terres attribuées à des Métis ou aux certificats d'argent.

3.1.14 Le Canada confirme les droits existants - issus de traités - découlant des parties du Traité n^o 11 qui ne sont pas visées par la renonciation énoncée à l'article 3.1.13.

3.1.15 La présente entente n'a pas pour effet de porter atteinte :

- a) aux droits - ancestraux ou issus de traités - des Gwich'in à l'autonomie gouvernementale [...].

3.1.17 En contrepartie des droits et avantages accordés aux Gwich'in par la présente entente, les Gwich'in conviennent, en leur propre nom et au nom de leurs héritiers, de leurs descendants et de leurs successeurs, de renoncer à faire valoir toute cause d'action, action déclaratoire, réclamation ou demande de quelque nature que ce soit - passée, actuelle ou future - à l'encontre soit de Sa Majesté du chef du Canada, soit d'une province

ou du gouvernement d'un territoire ou d'une personne, relativement à quelque revendication, droit, titre ou intérêt prévu à l'article 3.1.13.

La principale différence entre les dispositions susmentionnées et celles qui figurent à l'Entente des Dénés et des Métis, c'est que les droits issus de traités qui sont cédés par les Gwich'in sont définis avec plus de précision et que la déclaration qui figure à la clause 3.1.15, selon laquelle l'entente n'a pas pour effet de porter atteinte aux droits ancestraux ou issus de traités des Gwich'in à l'autonomie gouvernementale, est davantage mise en valeur que dans l'Entente des Dénés et des Métis. Toutefois, sur toutes les autres questions essentielles, la cession des droits et titres ancestraux à l'égard des terres et des ressources, ou la renonciation à ces droits et titres, est identique dans les deux ententes.

Voici les dispositions les plus importantes où l'on précise les droits et les avantages reliés aux terres et aux ressources en échange desquels les Gwich'in ont renoncé à leurs droits et à leurs titres ancestraux :

18.1.2 Les Gwich'in reçoivent le titre de propriété - qui peut être appelé "titre de propriété gwich'in" - relatif aux terres visées par le règlement décrites ci-après :

- a) 16 264 kilomètres carrés (environ 6 280 milles carrés) de terres en fief simple, à l'exclusion des mines et des minéraux [...] sous réserve des droits, titres ou intérêts sur ces terres qui existent à la date de la loi de mise en oeuvre;
- b) 4 299 kilomètres carrés (environ 1 660 milles carrés) de terres en fief simple, y compris les mines et les minéraux [...] sous réserve des droits, titres ou intérêts sur ces terres qui existent à la date de la loi de mise en oeuvre [...].

18.1.4 a) Le titre de propriété relatif aux terres gwich'in [...] sont dévolus *[sic]* au Conseil tribal des Gwich'in par la loi de mise en oeuvre [...].

18.1.5 Les terres visées par le règlement peuvent uniquement être cédées soit au gouvernement en échange d'autres terres, soit à une organisation gwich'in désignée. La présente disposition n'a pas pour effet d'empêcher les Gwich'in d'accorder à des personnes qui ne sont pas des participants des baux ou permis les autorisant à utiliser ou à occuper des terres gwich'in.

18.1.6 Sous réserve des dispositions de la présente entente et de la législation applicable, les Gwich'in gèrent et contrôlent l'utilisation des terres gwich'in, notamment les aspects suivants :

- a) l'élaboration et l'administration des programmes et des politiques de gestion des terres;
- b) la perception de loyers ou autres droits pour l'utilisation et l'occupation des terres gwich'in.

18.1.7 Les terres visées par le règlement ne peuvent être saisies ou vendues en vertu d'une ordonnance judiciaire, d'un bref d'exécution ou de quelque autre acte de procédure judiciaire ou extrajudiciaire.

18.1.8 Les terres visées par le règlement ne peuvent être hypothéquées, grevées d'une charge ou données en garantie.

18.1.9 Nul ne peut acquérir, par prescription, un domaine ou un intérêt dans des terres visées par le règlement.

18.3.5 a) Le titre de propriété relatif aux terres gwich'in dévolu conformément à l'article 18.1.4 doit être enregistré par le bureau d'enregistrement des droits immobiliers des Territoires du Nord-Ouest. Afin de faciliter leur enregistrement et l'inscription subséquente des opérations les concernant, le registrateur enregistre le titre en constituant autant de parcelles distinctes qu'il estime nécessaires.

12.4.1 Les Gwich'in ont le droit de récolter les différentes espèces d'animaux sauvages de la région visée par le règlement, en toute saison de l'année, sous réserve des limites établies conformément à la présente entente."

Dans l'Entente des Gwich'in, comme dans l'Entente des Dénés et des Métis, les peuples autochtones renoncent "à l'ensemble de leurs revendications, droits, titres et intérêts ancestraux" dans les terres et "reçoivent" de la Couronne un titre de propriété en fief simple. Qu'on parle maintenant, dans l'Entente des Gwich'in, de "recevoir" un titre de propriété, lequel était "dévolu" dans l'Entente des Dénés et des Métis, ne change rien au fait essentiel suivant : c'est bien la Couronne qui octroie un intérêt dans les terres visées par le règlement. Que le titre de propriété en fief simple soit appelé "titre de propriété gwich'in" ou "titre de propriété déné-métis", il reste que l'entente ne reconnaît pas, en les confirmant, les titres ancestraux préexistants des Gwich'in : au contraire, elle prévoit une nouvelle forme d'intérêt foncier qui est accordé par la Couronne.

Ce qui confère à l'expression "titre de propriété gwich'in" ses caractéristiques particulières, ce sont les questions énumérées aux autres dispositions de l'article 18. Certaines d'entre elles sont extrêmement importantes; elles reflètent le fait que les autochtones, dans les ententes de revendications territoriales, veulent que les terres et les ressources reconnues comme terres ancestrales soient léguées, de façon permanente, aux générations autochtones futures, et le fait qu'ils ont l'intention de gérer ces terres et ces ressources. Toutefois, ces dispositions pourraient aussi faire partie d'un règlement visant à confirmer les droits ancestraux en vigueur. Les dispositions pertinentes contiendraient alors une définition (convenue entre les parties) de la nature de ces droits et de la façon dont ceux-ci pourraient être exercés à l'avenir. Mais, dans l'Entente des Gwich'in, nul droit ancestral existant n'est reconnu; à l'instar de l'Entente des Dénés et des Métis, l'Entente des Gwich'in est structurée en fonction de la cession de tous les droits ancestraux et de l'octroi par la Couronne de droits définis. En tant que telle, il ne s'agit donc pas d'une véritable solution de rechange à l'extinction des droits ancestraux.

L'Accord entre les Inuit de la région du Nunavut et Sa Majesté la Reine du chef du Canada est la troisième entente signée et ratifiée dans les Territoires du Nord-Ouest (sur un total de trois). Au chapitre de l'extinction, on retrouve, dans cet Accord, l'approche retenue dans l'Entente des Gwich'in. Le préambule de l'Accord prévoit ce qui suit :

Attendu :

que les Inuit [...] revendiquent sur la région du Nunavut [...] un titre ancestral fondé sur leur utilisation, exploitation et occupation - traditionnelles et actuelles - des terres, des eaux, et de la banquise côtière qui s'y trouvent, suivant leurs us et coutumes;

que la *Loi constitutionnelle de 1982* reconnaît et confirme les droits existants - ancestraux ou issus de traités - des peuples autochtones du Canada, et que sont compris parmi les droits issus de traités ceux susceptibles d'être acquis par voie d'accords sur des revendications territoriales;

que les parties reconnaissent qu'il est souhaitable de négocier un accord sur des revendications territoriales, lequel confèrera aux Inuit des droits et avantages déterminés en échange de leur renonciation aux revendications, droits, titres et intérêts pouvant découler du titre ancestral qu'ils revendiquent [...]. (*Accord entre les Inuit de la région du Nunavut et Sa Majesté la Reine du chef du Canada* [Ottawa : Ministre des Affaires indiennes et du Nord et les Tungavik, 1993])

L'Accord stipule en outre ce qui suit :

PARTIE 7 : PRÉCISIONS

2.7.1 En contrepartie des droits et des avantages qui leur sont conférés par l'accord, les Inuit :

- a) renoncent, en faveur de Sa Majesté du chef du Canada, à l'ensemble de leurs revendications, droits, titres et intérêts ancestraux, s'il en est, dans des terres et des eaux situées à quelque endroit au Canada et dans les zones extracôtières adjacentes relevant de la souveraineté ou de la compétence du Canada;
- b) conviennent, en leur nom et au nom de leurs héritiers, descendants et successeurs, de ne pas faire valoir ni de présenter, selon le cas, quelque cause d'action, action déclaratoire, réclamation ou demande de quelque nature que ce soit - passée, présente ou future - à l'encontre soit de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province, soit du gouvernement d'un territoire ou de toute autre personne, et qui serait fondée sur quelque revendication, droit, titre ou intérêt ancestral dans des terres et des eaux décrit à l'alinéa a).

Les dispositions de l'Accord de la région du Nunavut qui ont trait aux "terres inuit" prévoient que l'objet premier de ces terres est de "reconnaître aux Inuit des droits de propriété à

l'égard des terres qui favorisent avec le temps leur autosuffisance économique, d'une manière compatible avec leurs aspirations et leurs besoins sociaux et culturels" (article 17.1.1). Aux termes de l'Accord, les terres inuit peuvent être détenues soit en fief simple soit en fief simple à l'exclusion des mines et des minéraux (article 19.2.1). Le titre de propriété en fief simple est dévolu à une organisation inuit désignée (article 19.3.1) et le fait de la dévolution doit être inscrit (article 19.3.4); ce titre ne peut être cédé, transféré ni aliéné de quelque façon sauf à une autre organisation inuit désignée ou au gouvernement du Canada (article 19.7.1). Toutefois, comme dans les autres ententes, cette disposition n'a pas pour effet d'empêcher l'organisation inuit désignée de concéder des baux, des permis ou quelque autre intérêt inférieur au titre de fief simple (article 19.7.3).

Bien qu'on parle maintenant de "terres inuit" pour décrire l'intérêt dévolu aux termes de l'Accord du Nunavut, et non plus de "titre Gwich'in", rien dans cet Accord ne vise à constitutionnaliser les titres ancestraux préexistants. Les Inuit de l'est de l'Arctique, tout comme les Inuvialuit de l'ouest de l'Arctique et les Gwich'in du delta du Mackenzie, ont signé des ententes où ils échangent des droits contre d'autres et où les nouveaux droits sont élaborés par rapport à une convention reconnue en tant que traité moderne aux termes du paragraphe 35(4) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

L'Entente du Yukon

Comme nous l'avons vu, les Dénés de la vallée du Mackenzie n'ont pas voulu ratifier une entente qui prévoit la cession de leurs droits et titres ancestraux à l'égard de l'ensemble de leur territoire en échange de l'octroi d'autres droits et avantages. Les Indiens du Yukon ont fait de même. L'Entente du Yukon est, jusqu'à maintenant, la seule entente signée où l'on tente de se colleter avec des solutions de rechange à l'extinction. C'est pourquoi nous lui accorderons une attention spéciale dans notre étude de possibilités de règlement qui ne soient pas fondées sur ce modèle.

En 1988, les premières nations du Yukon ont ratifié un Accord-cadre afin de régler leurs revendications territoriales. Cet Accord-cadre prévoit deux types de règlement final. Le premier est un "Accord-cadre définitif" où sont énoncées les dispositions applicables à toutes les premières nations du Yukon. Le second est une "Entente finale avec une première nation du Yukon", c'est-à-dire le règlement d'une revendication territoriale qui réunit les dispositions de

l'Accord-cadre et les questions propres à la première nation en cause. Les articles énumérés ci-après sont tirés de l'Entente définitive de la première nation des Gwich'in Vuntut conclue avec le gouvernement du Canada. Les Vuntut Gwich'in vivent dans la région de Old Crow dans le nord du Yukon.

Les premières nations du Yukon considèrent que, dans les ententes qui portent sur leurs revendications territoriales, le titre ancestral reste intact dans les "terres visées par le règlement"; il est cédé au gouvernement du Canada dans le cas de toutes les autres terres. Les terres visées par le règlement totalisent 16 000 milles carrés, le reste, 170 000 milles carrés. L'objectif selon lequel les droits ancestraux sont conservés à l'égard des terres visées par le règlement, dans le contexte des autres dispositions des ententes de revendications territoriales, se trouve dans le préambule des ententes définitives. Ainsi, l'Entente définitive de la première nation des Gwich'in Vuntut prévoit ce qui suit :

Attendu que :

La première nation des Gwich'in Vuntut revendique des droits, titres et intérêts ancestraux à l'égard de son territoire traditionnel;

La première nation des Gwich'in Vuntut désire conserver, sous réserve de la présente Entente, les droits, titres et intérêts ancestraux qu'elle revendique à l'égard des terres visées par le règlement;

Les parties à la présente Entente désirent reconnaître et protéger un mode de vie fondé sur les rapports économiques et spirituels qu'entretiennent les Gwich'in Vuntut avec la terre;

Les parties à la présente Entente désirent encourager et protéger la culture distincte des Gwich'in Vuntut et leur bien-être sur le plan social;

Les parties à la présente Entente reconnaissent l'apport important des Gwich'in Vuntut et de la première nation des Gwich'in Vuntut à l'histoire et à la culture du Yukon et du Canada;

Les parties à la présente Entente désirent accroître la capacité des Gwich'in Vuntut de participer pleinement à tous les aspects de la vie économique du Yukon;

La *Loi constitutionnelle de 1982* reconnaît et confirme les droits existants - ancestraux ou issus de traités - des peuples autochtones du Canada, et que sont compris dans les droits issus de traités les droits acquis aux termes d'accords sur des revendications territoriales;

Les parties à la présente Entente désirent définir avec certitude les droits de propriété et d'utilisation des terres et autres ressources du territoire traditionnel de la première nation des Gwich'in Vuntut;

Les parties à la présente Entente désirent définir avec certitude leurs rapports les uns avec les autres;

La première nation des Gwich'in Vuntut, le Canada et le Yukon ont autorisé leurs représentants à signer la présente Entente en matière de revendications territoriales. (Entente finale intervenue entre Sa Majesté la Reine du chef du Canada, le Gouvernement du Yukon et la première nation Gwich'in Vuntut)

L'objectif visant à conserver le titre autochtone à l'égard des terres visées par le règlement et à ne renoncer à ce titre qu'à l'endroit des autres terres est mis en oeuvre dans des clauses particulières de l'entente finale; nous énonçons ci-dessous les clauses pertinentes en raison de leur complexité et du fait qu'elles sont reliées entre elles.

2.5.0 Précisions

2.5.1 En contrepartie des promesses, conditions et réserves prévues par l'Entente définitive conclue par une première nation du Yukon et selon lesquelles :

2.5.1.1 sous réserve de la section 5.14.0, cette première nation du Yukon et toutes les personnes qui sont admissibles en tant qu'Indiens du Yukon représentées par cette première nation - à la date d'entrée en vigueur de cette entente définitive - renoncent, en faveur de Sa Majesté la Reine du chef du Canada, à l'ensemble de leurs revendications, droits, titres et intérêts ancestraux :

a) concernant les terres non visées par le règlement et les autres terres et eaux - y compris les mines et les minéraux - relevant de la souveraineté ou de la compétence du Canada, à l'exception des Territoires du Nord-Ouest, de la Colombie-Britannique et des terres visées par le règlement;

b) concernant les mines et les minéraux se trouvant à l'intérieur des terres visées par le règlement;

c) concernant les terres visées par le règlement détenues en fief simple;

2.5.1.2 cette première nation du Yukon et toutes les personnes admissibles en tant qu'Indiens du Yukon représentées par cette première nation - à la date d'entrée en vigueur de cette entente définitive - renoncent, en faveur de Sa Majesté la Reine du chef du Canada, à l'ensemble de leurs revendications, droits, titres et intérêts ancestraux à l'égard des terres visées par le règlement de catégorie A et de catégorie B et des eaux qui s'y trouvent, dans la mesure où ces revendications, droits, titres et intérêts sont incompatibles ou entrent en conflit avec quelque disposition d'une entente portant règlement;

2.5.1.3 cette première nation du Yukon et toutes les personnes admissibles en tant qu'Indiens du Yukon représentées par cette première nation - à la date d'entrée en vigueur de cette entente définitive - renoncent, en faveur de Sa Majesté la Reine du chef du Canada, à l'ensemble de leurs réclamations, droits ou causes d'action passés, actuels ou futurs, fondés sur le Traité n^o 11 ou en découlant;

2.5.1.4 ni cette première nation du Yukon ni aucune personne admissible en tant qu'Indien du Yukon représentée par cette première nation, ou leurs héritiers, descendants et successeurs, ne feront valoir ou présenteront, selon le cas, après la date d'entrée en vigueur de cette entente définitive, quelque cause d'action, action déclaratoire, réclamation ou demande de quelque nature que ce soit - passée, actuelle ou future - à l'encontre soit de Sa Majesté la Reine du chef du Canada, soit du gouvernement d'un territoire ou d'une province, ou de quelque autre personne, et qui serait fondée, selon le cas :

- a) sur quelque revendication, droit, titre ou intérêt ancestral visé par la renonciation prévue aux articles 2.5.1.1 et 2.5.1.2;
- b) sur quelque revendication, droit, titre ou intérêt ancestral relatif à des terres visées par le règlement qui a été ou sera perdu, ou qui a fait, fait ou fera l'objet d'une renonciation;
- c) sur quelque réclamation, droit ou cause d'action visé à l'article 2.5.1.3.

2.5.2 Aucune disposition d'une entente portant règlement ne constitue un aveu ou une déclaration, par la première nation du Yukon ou les Indiens du Yukon visés, que le Traité n^o 11 s'applique aux premières nations du Yukon ou aux Indiens du Yukon ou a quelque effet sur eux.

2.6.4 Aucune disposition d'une entente portant règlement ne constitue un aveu par le gouvernement que les premières nations du Yukon ou les Indiens du Yukon disposent de droits, de titres ou d'intérêts ancestraux à quelque endroit relevant de la souveraineté ou de la compétence du Canada.

5.2.0 Dispositions générales

5.2.1 Les ententes portant règlement n'ont pas pour effet de porter atteinte aux revendications, droits, titres ou intérêts ancestraux relatifs aux terres visées par le règlement, mais elles rendent inopérants ceux qui sont incompatibles avec elles.

5.2.2 Le présent chapitre ne constitue pas un aveu par le gouvernement que quelque revendication, droit, titre ou intérêt ancestral peut coexister soit avec les droits prévus à l'alinéa 5.4.1.1 a) et à l'article 5.4.1.2, soit avec un traité.

5.4.0 Terres visées par le règlement

5.4.1 En vertu de présent chapitre, chaque première nation du Yukon a les droits, obligations et responsabilités énoncés ci-après :

5.4.1.1 dans le cas des terres visées par le règlement de catégorie A :

- a) les droits, obligations et responsabilités équivalant à un fief simple, à l'exclusion des mines et des minéraux et du droit d'exploiter les mines et les minéraux;
- b) le titre en fief simple à l'égard des mines et des minéraux ainsi que le droit d'exploiter les mines et les minéraux;

5.4.1.2 dans le cas des terres visées par le règlement de catégorie B, les droits, obligations et responsabilités équivalant à un fief simple - à l'exclusion des mines

et des minéraux et du droit d'exploiter les mines et les minéraux - mais y compris le droit relatif aux matières spécifiées.

5.4.1.3 dans le cas des terres visées par le règlement détenues en fief simple, le titre en fief simple - à l'exclusion des mines et des minéraux et du droit d'exploiter les mines et les minéraux - mais y compris le droit relatif aux matières spécifiées.

5.9.0 Intérêts dans les terres visées par le règlement - Intérêt inférieur à l'intérêt complet prévu à l'article 5.4.1

5.9.1 Dès que survient l'un ou l'autre des événements suivants :

5.9.1.1 l'enregistrement au Bureau des titres de biens-fonds de quelque intérêt - inférieur à l'intérêt complet prévu à l'alinéa 5.4.1.1 a) ou à l'article 5.4.1.2 - dans une parcelle de terre visée par le règlement;

5.9.1.2 l'expropriation de quelque intérêt - inférieur à l'intérêt complet prévu à l'alinéa 5.4.1.1 a) ou à l'article 5.4.1.2 - dans une parcelle de terre visée par le règlement;

5.9.1.3 l'octroi à une personne qui n'est pas inscrite en vertu de l'entente définitive conclue par la première nation du Yukon touchée de quelque intérêt - inférieur à l'intérêt complet prévu à l'alinéa 5.4.1.1 a) ou à l'article 5.4.1.2 - dans une parcelle de terre visée par le règlement;

5.9.1.4 la déclaration par le gouvernement, conformément à l'article 5.7.4.2, qu'une parcelle fait l'objet d'une réserve,

l'intérêt enregistré, exproprié ou accordé ou encore la réserve faisant l'objet de la déclaration ont priorité à tous égards :

5.9.1.5 sur les revendications, droits, titres et intérêts ancestraux visant, selon le cas, la parcelle mentionnée à l'article 5.9.1.1, 5.9.1.2, 5.9.1.3 ou 5.9.1.4, dont sont titulaires la première nation du Yukon touchée ainsi que les personnes admissibles en tant qu'Indiens du Yukon représentées par celle-ci et leurs héritiers, descendants et successeurs;

5.9.1.6 le droit de récolte sur la parcelle en question prévu par l'article 16.4.2.

5.9.2 Chaque première nation du Yukon ainsi que les personnes admissibles en tant qu'Indiens du Yukon représentées par celle-ci et leurs héritiers, descendants et successeurs s'engagent à ne pas exercer, ni invoquer :

5.9.2.1 quelque revendication, droit, titre ou intérêt ancestral relatif à une parcelle visée à l'article 5.9.1.1, 5.9.1.2, 5.9.1.3 ou 5.9.1.4;

5.9.2.2 quelque droit de récolte sur la parcelle en question prévu à l'article 16.4.2, si la revendication, le droit, le titre ou l'intérêt ou encore le droit de récolte en question entre en conflit ou est incompatible avec l'intérêt visé à l'article 5.9.1.1, 5.9.1.2 ou 5.9.1.3, ou avec la réserve faisant l'objet de la déclaration prévue à l'article 5.9.1.4, selon le cas.

5.10.0 Intérêts dans les terres visées par le règlement - Intérêt complet

5.10.1 Chaque première nation du Yukon ainsi que les personnes admissibles en tant qu'Indiens du Yukon représentées par celle-ci sont réputées avoir cédé à Sa Majesté la Reine du chef du Canada l'ensemble de leurs revendications, droits, titres et intérêts

ancestraux relatifs aux parcelles visées ci-après et aux eaux qui s'y trouvent, dès que survient l'un ou l'autre des événements suivants :

5.10.1.1 l'enregistrement, au Bureau des titres de biens-fonds, du titre en fief simple relatif à la parcelle touchée de terres visées par le règlement;

5.10.1.2 l'expropriation du titre en fief simple relatif à la parcelle touchée de terres visées par le règlement;

5.10.1.3 l'octroi de l'intérêt en fief simple relatif à la parcelle touchée de terres visées par le règlement.

5.10.2 Chaque première nation du Yukon sera réputée avoir obtenu, relativement à cette parcelle, juste avant que survienne l'un des événements prévus aux articles 5.10.1.1,

5.10.1.2 et 5.10.1.3 :

5.10.2.1 s'il s'agit de terres visées par le règlement de catégorie A, la concession du titre en fief simple - à l'exclusion des mines et des minéraux et du droit d'exploiter les mines et les minéraux [...];

5.10.2.2 s'il s'agit de terres visées par le règlement de catégorie B, la concession du titre en fief simple assorti d'un réserve, en faveur de la Couronne, visant les mines et les minéraux et le droit d'exploiter les mines et les minéraux [...].

16.4.2 Les Indiens du Yukon ont le droit de récolter, à des fins de subsistance, dans les limites de leur territoire traditionnel et, avec le consentement de celle-ci, sur le territoire traditionnel d'une autre première nation du Yukon, toute espèce de poisson et d'animal sauvage, pour eux-mêmes et pour leur famille, en toute saison et sans limite de prises, sur des terres visées par un règlement et sur des terres de la Couronne où ils bénéficient d'un droit d'accès conformément à la section 6.2.0, sous réserve seulement des limites prévues par les ententes portant règlement.

16.4.4 Les Indiens du Yukon ont le droit de faire - entre eux et avec les bénéficiaires d'accords transfrontaliers adjacents au Canada, des échanges (don, troc ou vente) - visant les produits animaux comestibles qu'ils récoltent conformément aux dispositions de l'article 16.4.2, aux limites prévues par un contingent de base ou conformément à un contingent de saumon destiné à satisfaire les besoins fondamentaux, dans le but de maintenir la pratique traditionnelle de partage entre eux et les bénéficiaires des accords transfrontaliers en question, à des fins domestiques mais non à des fins commerciales."

Le lecteur ne devrait pas s'inquiéter s'il ne peut immédiatement saisir comment ces dispositions se rapportent aux objectifs clairs et nets que se sont fixés les premières nations du Yukon, selon lesquels celles-ci conserveraient leur titre et leurs droits ancestraux à l'égard des terres visées par le règlement. En fait, l'auteur du présent document n'a compris le lien en question qu'après avoir lu et relu avec attention les dispositions susmentionnées et après en avoir discuté avec des avocats qui prennent part aux négociations entre le gouvernement et les autochtones et qui sont chargés de rédiger les ententes. Une fois qu'on a compris la portée de ce qui précède, il faut répondre à la question suivante : les termes qui figurent aux accords définitifs conclus avec les Indiens du Yukon reflètent-ils des conventions juridiques qui sont véritablement

des solutions de rechange à l'extinction?

Si on lit ensemble les articles 2.5, 5.4, 5.9 et 5.10, on en arrive aux conclusions suivantes. Les premières nations du Yukon renoncent à leur titre ancestral à l'égard de toutes les terres du Yukon qui ne sont pas visées par le règlement. Elles conservent ce titre, en tant qu'intérêt foncier préexistant reconnu par la loi, uniquement pour ce qui est des droits de surface relatifs aux terres visées par le règlement de catégorie A et de catégorie B. Cet intérêt est défini ainsi pour les terres visées par le règlement de catégorie A et de catégorie B : "les droits, obligations et responsabilités équivalant à un fief simple". Pour les terres visées par le règlement de catégorie A, les premières nations du Yukon se voient accorder en vertu de l'Entente un titre en fief simple relatif aux mines et aux minéraux. Aucune concession analogue n'est prévue relativement aux terres visées par le règlement de catégorie B; par conséquent, dans cette catégorie, les droits ancestraux sont limités aux droits de surface et aux droits à certaines matières spécifiées (comme le sable ou le gravier, par exemple). De plus, les premières nations reçoivent un titre de propriété en fief simple à l'égard des droits de surface de terres décrites comme "terres visées par le règlement détenues en fief simple", c'est-à-dire les parcelles limitées qui avaient été octroyées en fief simple avant qu'une première nation en fasse une terre visée par le règlement. Cela signifie donc que les premières nations ne conservent que des droits de surface à l'égard des terres au sujet desquelles, comme l'énonce le préambule de l'Entente, elles souhaitent maintenir l'ensemble de leurs droits ancestraux. La description de l'expression "terres visées par le règlement", à l'article 5.9.0, et les dispositions sur la renonciation, à l'article 2.5.0, où les premières nations du Yukon cèdent l'ensemble de leurs revendications, droits, titres et intérêts "concernant les mines et les minéraux se trouvant à l'intérieur des terres visées par le règlement" (alinéa 2.5.1.1 b)) et tous leurs droits ancestraux concernant les terres visées par le règlement détenues en fief simple, indiquent clairement qu'il en est ainsi. Les droits qu'ont les premières nations du Yukon à l'égard des mines et des minéraux des terres visées par le règlement de catégorie A ne sont pas liés à la conservation du titre ancestral mais proviennent d'un octroi, de la part de la Couronne, d'un titre de propriété en fief simple. De même, les droits reconnus à l'endroit des terres visées par le règlement qui sont détenues en fief simple ne sont pas des droits ancestraux qui ont été conservés, mais des droits qui découlent eux aussi de l'octroi d'un titre de propriété en fief simple concernant les intérêts de surface.

Le droit de récolter les poissons et les animaux sauvages s'étend à ce qui est décrit

comme le "territoire traditionnel". Ce territoire ne correspond pas aux terres visées par le règlement mais comprend en fait de larges étendues de terres qui échappent à ce règlement. L'exercice du droit de récolte, reconnu à l'article 16.4, à l'endroit des terres visées par le règlement se fait en vertu du droit ancestral qui est défini à cet article. Toutefois, puisque l'article 2.5.1.1 stipule qu'il y a renonciation générale à tous les droits et titres ancestraux à l'endroit des terres non visées par le règlement, l'exercice du droit de récolte à l'égard de ces terres est possible non grâce à un droit ancestral qui aurait été conservé mais en vertu d'un droit reconnu et défini dans l'Entente. Comme tel, il s'agit donc d'un droit issu d'un traité, à la lumière du paragraphe 35(3) de la *Loi constitutionnelle* qui prévoit que les droits issus de traités comprennent les droits acquis au moyen d'ententes en matière de revendications territoriales.

Dans le cadre de l'analyse des Ententes finales du Yukon, il convient d'examiner deux recommandations du Groupe d'étude voulant qu'on n'abolisse pas les droits ancestraux en réglant les revendications territoriales. Ces deux recommandations sont les suivantes : "les ententes devraient reconnaître et confirmer les droits ancestraux" et "les ententes devraient être assez souples pour s'assurer que leurs objectifs seront atteints. Elles devraient fournir suffisamment de certitudes pour protéger les droits de tous, relatifs aux terres et aux ressources et faciliter l'investissement et le développement". (*Traités en vigueur : ententes durables*, p. 31)

L'Entente du Yukon est loin d'être l'exemple à suivre si elle doit signaler l'abandon du modèle de l'extinction des droits, adopté dans les accords antérieurs, et concrétiser la reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux. Mis à part le préambule, rien, dans le texte de cette entente, ne confirme que les premières nations du Yukon conservent leurs droits ancestraux à l'égard de ces terres. En fait, il serait peut-être plus exact de dire que l'Entente du Yukon est un modèle de "non-renonciation" plutôt qu'un modèle de "conservation et de confirmation" des droits, étant donné que les droits que les premières nations du Yukon conservent correspondent à l'ensemble des droits et des intérêts auxquels elles n'ont pas renoncé.

De la façon détournée décrite ci-dessus comme un modèle de "non-renonciation", l'Entente du Yukon ne confirme les droits ancestraux qu'au chapitre des intérêts de surface dans les terres visées par le règlement. Pour ce qui est des intérêts dans l'exploitation du sous-sol, le gouvernement fédéral maintient sa position et affirme que ces intérêts, s'ils doivent être reconnus dans une entente en matière de revendications territoriales, doivent découler d'une concession de la part de la Couronne. Il semble que, sur ce point, les négociateurs fédéraux aient clairement

indiqué qu'il n'y avait aucune marge de manoeuvre.

Pourquoi le gouvernement fédéral ferait-il montre d'un tel manque de souplesse lorsqu'il s'agit de confirmer les droits ancestraux à l'égard de ressources qui jouent un rôle extrêmement important dans le développement de l'autosuffisance économique des peuples autochtones? La première explication, qui nous reporte à une affirmation faite plus tôt dans le présent document, est la suivante : le gouvernement fédéral estime que les droits ancestraux à l'égard des terres et des ressources sont, en tant que question de droit, limités aux droits de récolte traditionnels et n'incluent donc pas d'intérêt dans les droits d'exploitation du sous-sol qui, traditionnellement, n'étaient pas utilisés par les peuples autochtones. Cette conception, voulant que les droits soient "figés", est énergiquement rejetée par les peuples autochtones qui soulignent qu'elle n'est pas conforme à l'analyse téléologique des droits ancestraux retenue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Sparrow*. Dans cet arrêt, le tribunal a unanimement affirmé que l'expression "droits ancestraux existants" qui figure à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle* :

doit recevoir une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d'évoluer avec le temps. [...] [L]e mot "existants" laisse supposer que ces droits sont [TRADUCTION] "confirmés dans leur état actuel plutôt que dans leur simplicité et vigueur primitives". Il est alors évident qu'il faut rejeter une interprétation de la garantie constitutionnelle énoncée au par. 35(1) qui engloberait des "droits figés". (*R. c. Sparrow* [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1093)

Aux États-Unis, les tribunaux qui ont eu à se prononcer sur la question de l'indemnisation à verser lorsque les droits ancestraux et les droits issus de traités sont abrogés ou annulés ont indiqué très clairement que ces droits ne portent pas uniquement sur les ressources utilisées traditionnellement par les nations indiennes mais qu'ils comprennent l'utilisation à titre de bénéficiaire d'autres ressources, et en particulier les minéraux et le bois d'oeuvre^{xiii}.

Le Groupe d'étude s'est penché lui aussi sur la question de l'inclusion des droits d'exploitation du sous-sol dans les règlements de revendications territoriales, en fonction d'un modèle où les droits ancestraux sont conservés. Voici ce qu'il a déclaré à ce sujet :

Agissant de différentes manières, les groupes requérants demandent la reconnaissance de leur droit de propriété sur les ressources du sous-sol, pour un grand nombre de raisons. Quelques-uns recherchent un droit généralisé de propriété sur les ressources du sous-sol du domaine revendiqué, ce qui reflète en partie leur souhait de voir leurs droits affirmés, plutôt que d'être éteints. Cette approche empêche les groupes requérants de sélectionner des terres dont le potentiel minéral est inconnu, et permet de partager les bénéfices de l'exploitation du sous-sol entre les membres du groupe de l'ensemble de la région. D'autres groupes demandent la propriété du sous-sol sur des zones plus limitées, pour des

raisons de développement économique et également pour protéger certains habitats de la faune.

On pourrait faire valoir que la propriété autochtone des ressources minérales ajoute un nouvel élément au concept du titre ancestral. En fait, cette opinion pourrait ne pas être juste. Ainsi, les traités Robinson du lac Huron et Robinson du lac Supérieur de 1850 reconnaissent la propriété autochtone, sur les terres ancestrales non cédées, de "tous minerais ou autres productions de valeur" [...].

De plus, dans le chapitre 5 nous énonçons les raisons pour lesquelles le gouvernement devrait éviter d'avoir une vision trop étroite de la toile de fond juridique, dans son approche de résolution des revendications globales. Au lieu de cela, l'attention devrait porter sur la façon d'atteindre les visées de la politique en matière de revendications. Bien que les propositions autochtones concernant les intérêts miniers puissent différer, la propriété autochtone de telles ressources est compatible avec plusieurs objectifs de la politique proposée pour les revendications.

La propriété sur les ressources du sous-sol pourrait aider les sociétés autochtones à devenir économiquement auto-suffisantes. Si la politique suggérée est suivie, une telle propriété pourrait offrir un cadre de travail certain et prévisible à l'égard de la terre et des ressources, et en même temps concilier les intérêts des autochtones et des autres Canadiens. (*Traités en vigueur : ententes durables*, p. 69)

Il est clair, si on en juge d'après les négociations relatives à l'Entente du Yukon, que le gouvernement fédéral n'est pas prêt à adopter une approche libérale et téléologique pour définir la portée des droits ancestraux en fonction des recommandations du Groupe d'étude. Dans ce cas-ci, toutefois, il est particulièrement ironique que le gouvernement fédéral continue d'affirmer que les droits ancestraux ne sauraient englober celui d'exploiter le sous-sol, car c'est en raison de la ruée vers l'or, en 1898, que les non-autochtones sont arrivés en masse au Yukon et que les premières nations de ce territoire ont été progressivement dépossédées.

Si le gouvernement fédéral craint, dans le cas des premières nations du Yukon, que le fait de reconnaître que le titre ancestral comprend le droit d'exploiter le sous-sol constitue un aveu formel qui pourrait être utilisé contre lui dans le cadre d'un litige mais indépendamment des ententes portant règlement, il n'a pas à s'inquiéter puisque l'article 2.6.4 de l'Entente du Yukon prévoit qu'"[a]ucune disposition d'une entente portant règlement ne constitue un aveu par le gouvernement que les premières nations du Yukon ou les Indiens du Yukon disposent de droits, de titres ou d'intérêts ancestraux à quelque endroit relevant de la souveraineté ou de la compétence du Canada".

Outre le fait que le gouvernement fédéral a une conception étroite de la portée du titre

ancestral, la deuxième raison pour laquelle il exige que les intérêts dans l'exploitation du sous-sol soient détenus légalement en vertu d'une concession de la Couronne (et non en vertu d'un titre ancestral qui reste valide), a trait à l'objectif selon lequel il faut que la propriété des terres et des ressources soit certaine. Le Groupe d'étude a également porté une attention particulière à cet objectif dans son rapport. Il propose dans les termes suivants de reprendre l'approche adoptée dans les traités Robinson signés avant la Confédération et de reconnaître l'existence d'un droit autochtone dans certains domaines :

Dans le cas où le titre, ou titre partiel, serait conservé, ils pourraient souhaiter que leurs droits ancestraux à l'égard de la terre soient décrits de façon à être facilement reconnus par le système juridique canadien (par exemple, le genre de tenure qu'ils détiennent). Une telle description apporterait la certitude quant à leurs droits et à la terre à l'intérieur du même système qui définit les droits fonciers des autres Canadiens. (*Traités en vigueur : ententes durables*, p. 49)

C'est à la lumière de cette proposition que, dans l'Entente définitive du Yukon, le droit autochtone qui est conservé à l'égard des intérêts de surface dans les terres visées par le règlement est décrit ainsi : "les droits, obligations et responsabilités équivalant à un fief simple". Le Groupe d'étude a aussi examiné dans son rapport la question de la certitude des intérêts dans l'exploitation du sous-sol.

Dans ses réponses aux propositions autochtones à l'égard de la propriété du sous-sol, la politique du gouvernement fédéral devrait concilier les intérêts légitimes des tiers qui peuvent souhaiter acheter des droits d'exploration ou d'exploitation. Tout nouveau système de propriété doit permettre aux tiers d'acheter des droits par le biais d'un système de procédures claires, sûres et expéditives. La charge des réglementations sur l'industrie ne devrait pas être indûment accrue. Pour cette raison, nous suggérons que soit favorisée une approche unique aux droits d'acquisition. Une telle approche éviterait aux exploitants d'avoir affaire à une myriade de groupes pour se procurer leurs droits. Tout système mis en place à la suite des négociations autochtones/gouvernement devrait permettre aux parties qui demandent des droits sur les minerais, de prédire avec précision le coût de ces droits. Il est également souhaitable d'élaborer des mécanismes afin de faciliter la résolution de conflits potentiels entre les propriétaires autochtones et les exploitants. De telles procédures doivent être claires, sûres et expéditives. Nous sommes confiants que le gouvernement et les groupes autochtones peuvent trouver des moyens de conciliation à ces intérêts divergents. (*Traités en vigueur : ententes durables*, p. 70)

J'estime que toutes ces préoccupations légitimes peuvent être apaisées dans le cadre d'une entente en matière de revendications territoriales où l'on reconnaît que l'intérêt ancestral à l'égard des ressources du sous-sol fait partie du titre ancestral qui est conservé par les peuples autochtones. Ainsi, si l'intérêt des premières nations du Yukon au chapitre du droit d'exploiter le

sous-sol était défini de la même manière que leur intérêt à l'égard des droits de surface (c'est-à-dire comme un intérêt "équivalant à un fief simple"), il serait possible de vendre à un tiers un intérêt dans les ressources souterraines. Il n'y a rien de spécial dans le droit d'exploiter le sous-sol ou la volonté d'assurer le recours à des "procédures claires, sûres et expéditives" pour octroyer un tel droit à des tiers pour qu'il faille que cet intérêt, s'il est détenu par les peuples autochtones, ne soit qu'accordé par la Couronne et non cédé en vertu du titre ancestral qui est conservé.

Les Ententes finales du Yukon contiennent des dispositions qui sont conçues, premièrement, pour que lorsqu'une première nation octroie à des tiers qui ne sont pas membres de la première nation du Yukon une partie de son intérêt dans les terres visées par le règlement, cet octroi l'emporte à toutes fins sur un droit ancestral qui est incompatible avec lui, et, deuxièmement, pour que les premières nations du Yukon n'exercent ni ne font valoir de titre ou de droit ancestral qui sont en conflit ou incompatibles avec l'intérêt octroyé (voir les articles 5.9.1 et 5.9.2). Lorsqu'une première nation du Yukon entend octroyer à des tiers la totalité de son intérêt dans les droits de surface rattachés à une parcelle précise de terres visées par le règlement, et qu'elle détient cette parcelle en vertu d'un droit ancestral qui a été conservé, les ententes définitives contiennent des dispositions particulières qui visent à assurer que l'intérêt obtenu par ces tiers n'est pas défini en tant que droit ancestral mais bien comme un intérêt en fief simple. Pour arriver à ce résultat, on considère que la première nation est réputée avoir reçu de la Couronne la concession d'un titre en fief simple juste avant d'octroyer elle-même l'intérêt en cause à la tierce partie (article 5.10.2). Il découle de cette disposition que le titre ancestral, décrit comme un intérêt équivalant à un fief simple tant que la première nation conserve un intérêt quelconque dans la terre, devient, entre les mains d'un tiers, un titre en fief simple octroyé au moment où cette première nation se dessaisit en entier de son intérêt ancestral. Pourquoi des dispositions analogues ne pourraient-elles pas s'appliquer aux intérêts à l'égard de l'exploitation du sous-sol, ce qui garantirait un degré suffisant de certitude tout en confirmant les droits ancestraux par rapport à toutes les ressources? Force nous est de conclure que le souhait du gouvernement d'élaborer des solutions véritablement créatives afin de confirmer les droits ancestraux et d'en arriver à la certitude voulue n'est que superficiel.

Cependant, si le gouvernement fédéral ne s'est engagé à confirmer les droits ancestraux, selon ce qui figure aux ententes du Yukon, que d'une façon superficielle, d'autres éléments de

l'Entente définitive du Yukon laissent croire qu'il continue à vouloir assurer la certitude des titres de propriété par des moyens juridiques qui empruntent lourdement au modèle de la renonciation au titre ancestral et de la cession de ce titre. Deux clauses de l'Entente illustrent bien cette approche. L'article 2.5.1.2 prévoit en effet que les premières nations du Yukon renoncent à "l'ensemble de leurs revendications, droits, titres et intérêts ancestraux à l'égard des terres visées par le règlement de catégorie A et de catégorie B et des eaux qui s'y trouvent, dans la mesure où ces revendications, droits, titres et intérêts sont incompatibles ou entrent en conflit avec quelque disposition d'une entente portant règlement". De l'avis des avocats des premières nations du Yukon, il n'existe aucune "disposition d'une entente portant règlement".

Le gouvernement fédéral a insisté pour que cette disposition soit incluse dans l'Entente; son objectif est expliqué dans le document de 1993 où le fédéral reformule sa politique de règlement des revendications.

Afin d'éviter l'ambiguïté et l'incertitude, le gouvernement fédéral demande aux groupes autochtones qu'ils confirment que les droits énoncés dans les règlements des revendications représentent la totalité de leurs droits spéciaux en ce qui concerne l'objet de l'entente. Afin d'atteindre cet objectif, on demande aux groupes autochtones d'abandonner les droits ancestraux qu'ils peuvent détenir à l'égard des terres ou des ressources en échange des droits et des autres avantages qui sont énoncés dans l'entente de règlement.

Selon la politique de 1986 sur les revendications territoriales globales, un groupe requérant peut choisir de conserver, après le règlement des revendications, les droits ancestraux qu'il peut détenir à l'égard des terres, dans la mesure où ces droits ne sont pas incompatibles avec l'entente de règlement. (*Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones* [Ottawa : Affaires indiennes et du Nord canadien, 1993], pp. 9 et 10)

Selon le gouvernement fédéral, une clause comme l'article 2.5.1.2 de l'Entente du Yukon est nécessaire "afin d'éviter l'ambiguïté et l'incertitude". Toutefois, si les tribunaux donnaient une interprétation plus large à la portée et à la teneur des droits ancestraux que celle qui figure à l'entente de règlement, il semble que cette clause amènerait une renonciation aux droits ancestraux élargis.

Prenons par exemple le droit ancestral de récolter les ressources fauniques. Dans l'Entente définitive, on définit ce droit, aux articles 16.4.2 et 16.4.4, comme un droit de récolte à des fins de subsistance qui peut être exercé de concert avec un droit d'échange limité (don, troc ou vente) avec les premières nations qui sont bénéficiaires d'accords transfrontaliers adjacents

(par exemple, les Gwich'in des Territoires du Nord-Ouest). Dans une série de décisions rendues par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, il s'agissait de déterminer si le droit ancestral de pêcher et de chasser les animaux sauvages comprend un élément commercial plus large que ce qui est décrit ci-dessus. Trois juges sur cinq ont statué que cela n'est pas le cas^{xiv}. Sans exception, on a interjeté appel devant la Cour suprême du Canada. Si celle-ci estime, à la lumière d'une analyse téléologique des droits ancestraux existants, que cet aspect commercial élargi est légitime, le gouvernement fédéral, qui a soutenu dans ces causes qu'il fallait interpréter les droits ancestraux de façon stricte et rejeter tout droit de récolte commerciale, pourra faire valoir que, pour les premières nations du Yukon, tout droit de récolte supérieur à celui qui figure à l'article 16.4 de l'Entente définitive a été cédé à la Couronne en vertu de l'article 2.5.1.2. De la sorte, on exclura la possibilité que les premières nations du Yukon cherchent à renégocier cet aspect de l'Entente pour qu'on adopte une conception des droits ancestraux qui soit plus large que celle que le gouvernement fédéral était prêt à accepter au moment des négociations initiales. En fait, cette stratégie assure que la façon étroite dont le gouvernement fédéral conçoit les droits ancestraux est enchâssée dans l'Entente, ce qui entre en contradiction avec les recommandations du Groupe d'étude, selon lequel les ententes de règlement devraient être souples et tenir compte de l'évolution et de l'élargissement de la notion de droits ancestraux dans le contexte de la société contemporaine.

Il est particulièrement malheureux que la politique fédérale en matière de revendications territoriales soit si inflexible si on considère que le droit sur les droits ancestraux évolue constamment et que le gouvernement fédéral a lui-même reconnu que la formulation de cette politique est fortement influencée par les décisions judiciaires. En raison d'une clause comme l'article 2.5.1.2, la stratégie fédérale en matière de litige, qui consiste à voir les droits ancestraux comme "figés", fait maintenant partie de son arsenal à la table de négociations. Ce "figement" des droits ancestraux est inquiétant parce qu'il a pour conséquence de refuser aux premières nations les avantages qui découlent de l'évolution de la jurisprudence au Canada; qui plus est, il prive celles-ci des importants et considérables bienfaits que pourraient leur apporter la définition et l'adoption de normes internationales dans le domaine des droits de la personne, comme par exemple le projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones (voir partie trois de la présente étude). Ces initiatives internationales, à l'instar de celles qui ont lieu au Canada et dans d'autres pays où les peuples autochtones ont subi les effets de la colonisation, visent à amener les

États à revoir et à rejeter nombre de lois et de politiques qui encouragent ou sanctionnent la dépossession des peuples autochtones. Une politique de revendications qui, en "figeant" les droits ancestraux à la date de l'entente portant règlement, refuse aux peuples autochtones les avantages qui découlent de ces importants arrangements internationaux, ne saurait être justifiée par le simple besoin "d'éviter l'ambiguïté et l'incertitude".

Les avocats des premières nations du Yukon ont cherché à atteindre l'équilibre nécessaire entre la conservation des droits ancestraux et le besoin de certitude pour ce qui est des droits des tiers, par la formulation de l'article 5.9. Ainsi, comme je l'ai indiqué plus tôt, l'article 5.9.1 stipule que lorsque les premières nations du Yukon accordent à un tiers qui n'est pas bénéficiaire de l'Entente finale conclue avec les premières nations un intérêt dans une parcelle de terre visée par le règlement, et que cet intérêt est inférieur au titre complet, l'intérêt partiel octroyé a priorité à tous égards sur les droits ancestraux et le droit de récolter les ressources fauniques. En outre, l'article 5.9.2 prévoit que les premières nations du Yukon ainsi que les descendants et successeurs de tout Indien du Yukon représenté par celles-ci s'engagent à ne pas exercer ni invoquer un droit, titre ou intérêt ancestral ou encore un droit de récolte qui entre en conflit ou est incompatible avec un intérêt octroyé à un tiers. Il me semble que, ensemble, ces deux dispositions garantissent aux tiers toute la certitude et la sécurité voulues sans qu'il soit nécessaire de recourir aux dispositions sur la renonciation (article 2.5.1.2).

L'article 5.10.1 de l'Entente définitive s'appuie lui aussi sur la renonciation aux droits ancestraux pour garantir la sécurité et la certitude des droits octroyés aux tiers. J'ai déjà signalé que lorsqu'une première nation du Yukon octroie la totalité d'un intérêt dans une parcelle de terre visée par le règlement, il est prévu, à l'article 5.10.2, que le cessionnaire ne fera pas l'acquisition d'un titre ancestral (lequel ne peut être détenu que par un bénéficiaire autochtone), mais qu'il recevra plutôt un titre en fief simple parce que la première nation qui effectue la cession est réputée avoir détenu un titre en fief simple avant la concession. Voilà qui, encore une fois, suffit pour assurer la certitude et la sécurité du titre octroyé. Malgré tout, l'article 5.10.1 prévoit de nouveau une disposition (superflue du point de vue juridique) qui stipule que l'octroi de l'intérêt complet est une cession de tous les droits et titres ancestraux.

Il est tout à fait plausible qu'une première nation du Yukon veuille octroyer à un tiers une parcelle de terre pour que celui-ci y établisse domicile ou la mette en valeur du point de vue économique. Pour obtenir une hypothèque, il se peut que le tiers doive détenir un intérêt en fief

simple dans cette terre. La Première Nation qui octroie la parcelle désirera peut-être conserver sa compétence à l'égard de celle-ci pour assurer que les décisions qui ont trait à la gestion de ce bien foncier sont compatibles avec celles que prend une première nation à l'égard d'autres terres visées par le règlement. Toutefois, les ententes du Yukon prévoient que, dans un cas pareil, la terre cédée cesse d'être une terre visée par le règlement (de sorte que les droits relatifs à la gestion de la terre sont perdus) et que tous les droits et titres ancestraux sont réputés cédés. Fait révélateur, si à une date ultérieure, la première nation du Yukon rachète la terre cédée, celle-ci redevient une terre visée par le règlement et la première nation peut de nouveau la gérer. Cependant, entre alors en jeu la disposition 5.12.1.3. qui stipule que "la cession des revendications, droits, titres ou intérêts ancestraux à l'égard de la terre ne sont pas touchés". En d'autres termes, la première nation qui aliène un intérêt complet dans une parcelle de terre perd à tout jamais ses droits et titres ancestraux à l'égard de cette parcelle, même si elle la rachète. En cas de rachat, la première nation détient la terre en vertu, non d'un titre ancestral préexistant, mais d'un octroi de la Couronne.

Voici l'impression qu'on retire d'une lecture attentive de l'Entente définitive du Yukon. D'une part, les premières nations cherchent à s'écarter des modèles antérieurs et à conclure une entente de règlement qui ne soit fondée ni sur l'extinction des droits ancestraux ni sur l'octroi de nouveaux droits par la Couronne; elles étudient des techniques qui leur permettent de définir la teneur des droits ancestraux existants et de recourir à des mécanismes qui garantissent la sécurité des titres cédés aux tiers, et tentent de mettre en application les recommandations du Groupe d'étude. D'autre part, le gouvernement fédéral cherche à s'en tenir au modèle de l'extinction des droits et ne fait que les compromis les plus élémentaires sur la question de la conservation des droits ancestraux. L'Entente finale contient assez d'éléments pour que les premières nations puissent déclarer qu'elle n'abolit pas l'ensemble de leurs droits et titres ancestraux à l'égard des terres et des ressources, contrairement aux autres ententes conclues avec des peuples autochtones du nord du Canada. Mais représentons-nous maintenant un axe dont l'un des pôles est l'extinction des droits ancestraux jointe à la concession de nouveaux droits et l'autre, la confirmation des droits ancestraux : on ne peut dire, d'après ce qui précède, que l'Entente du Yukon s'écarte complètement du premier pôle et, dans le contexte politique du règlement des revendications territoriales des peuples autochtones du nord du Canada, il n'est pas difficile de voir pourquoi il en est ainsi. En effet, les Inuvialuit de l'ouest de l'Arctique et les Inuit de l'est de l'Arctique, dans

les ententes qu'ils ont respectivement signées (la *Convention définitive des Inuvialuit* et l'*Accord du Nunavut*), ont été persuadés de céder leurs droits et de recevoir en échange une série de nouveaux droits. Ces ententes ont conféré au gouvernement fédéral beaucoup de pouvoir et, à la table de négociations, il lui est possible de concéder le moins d'éléments possibles à une autre première nation du Yukon. Étant donné que ce gouvernement a une conception fort étroite des droits ancestraux et qu'il a réussi à persuader les autres peuples autochtones du nord du Canada d'accepter le modèle existant, l'ambiance n'a pas été propice à la recherche de solutions de rechange créatives à l'extinction des droits.

En fait, les progrès modestes réalisés dans l'Entente du Yukon, au sens où on conserve certains droits ancestraux, n'ont eu aucun effet sur les négociations qui ont été menées avec les Dénés du delta et de la vallée du Mackenzie, après la signature de cette entente. Pour justifier le fait qu'ils avaient rejeté un modèle analogue à celui retenu dans l'Entente du Yukon (où certains droits sont conservés), les négociateurs fédéraux ont fait valoir que, contrairement aux Indiens du Yukon, les Dénés et les Métis avaient déjà consenti à céder globalement leurs droits en signant les Traités n^{os} 8 et 11, et ont soutenu que toute reconnaissance, même minime, de droits fonciers autochtones qui auraient survécu à ces clauses d'extinction menacerait la position du gouvernement fédéral sur les conséquences juridiques qui découlent de ces traités. Deux objections peuvent être formulées à l'égard du raisonnement du gouvernement fédéral. Tout d'abord, dans la décision *Re Paulette*, le juge Morrow de la Cour territoriale des Territoires du Nord-Ouest a déclaré, en fonction d'un très grand nombre de preuves historiques et du témoignage oral des anciens dénés, qu'il était possible d'inscrire une opposition au Registre des droits immobiliers selon laquelle les Traités n^{os} 8 et 11 n'avaient pas, en droit, aboli les droits ancestraux^{xv}. En second lieu, dans l'Entente du Yukon, on stipule à l'article 2.6.4 qu'aucune disposition d'une entente portant règlement ne constitue un aveu par le gouvernement que les premières nations disposent de droits ancestraux. Le fait que le gouvernement fédéral répugne à appliquer aux autres groupes dénés un modèle de règlement aussi limité que celui qui figure dans l'Entente du Yukon laisse croire que, si on n'exerce pas de fortes pressions sur lui, l'élaboration de modèles applicables aux revendications territoriales globales qui sont fondés sur la confirmation des droits ancestraux ne sera d'aucune utilité pour les groupes dénés et métis qui n'ont pas encore signé de conventions modernes ou pour les autres peuples autochtones avec qui on pourrait négocier des ententes portant règlement des revendications territoriales globales en fonction d'un

traité historique qui contient une clause de cession globale. Cela pourrait avoir des conséquences particulières pour les premières nations de la Colombie-Britannique qui ont conclu les Traités Douglas dans les années 1850 et signé le Traité n^o 8, dans le nord-est de la Colombie-Britannique, en 1900. L'expérience des Dénés et des Métis des Territoires du Nord-Ouest démontre clairement que l'élaboration de solutions de rechange à l'extinction des droits, pour ce qui est des ententes de règlement des revendications territoriales globales à venir, ne peut se faire sans tenir compte des clauses d'extinction qui figurent aux traités historiques et aux ententes de revendications globales conclues dans le passé.

Lorsqu'on tente d'élaborer de telles solutions de rechange, on peut examiner de nouveau les ententes du Yukon, en modifier la formulation et rayer de ces textes certaines clauses (sur lesquelles je me suis déjà penché) qui insistent trop sur l'extinction des droits. De plus, on pourrait inclure dans les droits ancestraux que conservent les autochtones à l'égard des terres visées par le règlement le droit d'exploiter les mines et les minéraux et exclure de la cession des droits ancestraux à l'égard des terres non visées par le règlement le droit de récolte sur le territoire traditionnel. Cependant, dans cette recherche de solutions de rechange à l'extinction, je crois qu'il y a moyen de procéder autrement qu'en proposant d'apporter des modifications aux accords actuels, lesquels sont fondés sur un modèle de cession tout en étant remaniés pour tenir compte des aspirations des premières nations et de leur désir de conserver certains droits ancestraux. Pourquoi ne pas plutôt commencer par reconnaître, dans la mesure du possible, la totalité des droits ancestraux et n'envisager la cession de ces droits que lorsqu'il n'est pas possible d'atteindre autrement l'un des objectifs légitimes des ententes portant règlement? Une telle approche correspond à la confirmation des droits ancestraux qui figure au paragraphe 35(1) ainsi qu'à l'opinion critique articulée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Sparrow*, selon laquelle toute intrusion dans les droits ancestraux doit être justifiée. Dans cette optique, l'État doit démontrer que l'ingérence est nécessaire pour atteindre un objectif gouvernemental légitime et que "en tentant d'obtenir le résultat souhaité, on a porté le moins possible atteinte à des droits".^{xvi}

Partie 2 — Un nouveau modèle applicable aux traités contemporains

Reconnaissance des droits ancestraux tels que perçus par les premières nations

Lorsqu'on essaie de façonner et de définir un nouveau modèle fondé sur la reconnaissance des droits ancestraux, il est nécessaire de préciser la nature des droits que les premières nations entendent conserver par rapport aux terres et aux ressources. Plus tôt dans le présent document, j'ai tenté de démontrer que pour les premières nations, les droits ancestraux sont une combinaison de droits et de responsabilités dont sont tissées les relations économiques, sociales et spirituelles qu'entretiennent les autochtones à l'égard de leurs terres ancestrales. Avant d'examiner le cadre conceptuel qui doit rendre compte de cette vaste gamme de droits et de responsabilités, il peut être utile d'étudier une déclaration récente des premières nations gitksan et wet-suwet'en à propos de ce lien avec les terres ancestrales; cette déclaration a été faite dans le cadre des témoignages présentés à la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans la cause sur les droits ancestraux qui a fait date, *Delgam Uukw v. A.G.B.C.*

Dans son exposé initial, le chef héréditaire Delgam Uukw s'est adressé au juge en chef de la Cour suprême de la Colombie-Britannique :

[TRADUCTION] Je suis un chef gitksan et je suis demandeur dans cette affaire. Ma Maison est propriétaire de territoires dans la haute vallée de la rivière Kispiox et la haute vallée de la rivière Nass. Chaque Maison des demandeurs gitksan est propriétaire de territoires analogues. Ensemble, les chefs gitksan et wet-suwet'en possèdent et gouvernent les 22 000 milles carrés de territoire gitksan et wetsuwet'en.

Pour nous, la propriété d'un territoire, c'est un mariage entre le chef et la terre. Chaque chef a un ancêtre qui a rencontré et reconnu la vie de la terre. De ces rencontres, surgit le pouvoir. La terre, les plantes, les animaux et le peuple ont tous un esprit - tous ont droit au respect. C'est là le fondement de notre loi.

Le chef doit veiller à ce que chaque membre de sa Maison respecte l'esprit de la terre et de tout ce qui vit. Lorsque le chef mène sa Maison comme il le doit et que les lois sont respectées, le pouvoir original peut être créé de nouveau. C'est là la source de l'autorité du chef.

Les histoires, les chants, les danses et les emblèmes portent mon pouvoir. Celui-ci est créé de nouveau au festin, quand on raconte les histoires, on chante et on danse, et quand on déploie les emblèmes. Avec la richesse qui provient du respect du territoire, la Maison nourrit le nom du chef au grand festin. De cette façon, la loi, le chef, le territoire et le festin ne sont plus qu'un. Les autres chefs qui assistent au festin sont ainsi témoins de l'unité que constituent l'autorité du chef et la propriété du territoire par sa Maison, et ils reconnaissent cette unité. (Gisday Wa et Delgam Uukw, *The Spirit in the Land*, exposé initial des chefs gitksan et wet-suwet'en devant la Cour suprême de Colombie-Britannique, le 11 mai 1987 [Gabriola : Reflections], pp. 7-8)

L'anthropologue Richard Daly, dans son témoignage au procès, a décrit les

caractéristiques uniques du concept de propriété des Gitksan et des Wet-suwet'en.

[TRADUCTION] Les Gitksan et les Wet-suwet'en affirment que la terre leur appartient et qu'eux aussi appartiennent à la terre. Ainsi, Dan Michell a expliqué dans son témoignage que les Wet-suwet'en ne font pas seulement que chasser, pêcher et piéger, mais qu'ils font partie intégrante des terres où ils chassent, pêchent et piègent.

Ils vivent sur ces terres. Comme je l'ai déjà expliqué, ils font partie de cette terre. [...] Ils appartiennent et retournent à cette terre.

Le lien qui unit la terre à ceux à qui elle appartient est un lien d'interaction réciproque, fort semblable à celui qui relie deux clans fondateurs d'un village [...].

Le représentant de la Maison, le chef, doit prendre soin de la terre et, en même temps, jouit d'un droit de propriété sur cette terre face aux revendications des autres groupes et nations. D'une part, la terre est un bien dont deux groupes potentiellement concurrentiels se disputent la propriété; comme telle, elle fait l'objet d'un droit de propriété. [...] D'autre part, la propriété, dans ces sociétés, entraîne une certaine responsabilité car il faut prendre soin de l'objet dont on est propriétaire. La gestion et l'intendance, dans ces sociétés, font appel, à la fois, à la propriété, au louage, au contrôle dynamique et au respect empreint de prudence. Nombre de caractéristiques et d'institutions gitksan et wet-suwet'en sont clairement tissées d'une combinaison de concurrence et de droits de propriété qui découlent de cette façon de voir les choses, dans une perspective où règnent l'échange et le respect mutuel. (Témoignage d'opinion de Richard Daly, *Their Box was Full*, vol. 1, pp. 245-249)

En vertu du système des Gitksan et des Wet-suwet'en (et de nombreuses autres premières nations), les droits de propriété entraînent une responsabilité, le devoir de conclure une entente de réciprocité avec toutes les forces qui vivent dans le lieu dont on est propriétaire, l'obligation d'utiliser ce lieu à bon escient, du point de vue matériel comme spirituel, pour que les générations à venir le trouvent en bon état et puissent en jouir. La propriété a trait aux droits associés aux activités sociales, culturelles et économiques qui se déroulent dans les terres; l'intendance renvoie aux obligations qui découlent de ces droits : le respect et la préservation de toutes les choses qui vivent dans la terre, dans la mer, dans les fleuves et les rivières ainsi que le respect des générations futures qui, à leur tour, auraient le droit de jouir des richesses qu'offre la terre.

Pour les Gitksan et les Wet-suwet'en, ce lien avec toutes les facettes de leur terre est reflété dans la tradition orale, les chants et les emblèmes; il s'agit d'images qui contiennent en elles les événements historiques les plus importants qu'aient vécus les ancêtres.

[TRADUCTION] Les emblèmes gitksan, les *ayuks*, commémorent les origines du groupe

autochtone, les multiples déplacements à partir des villages anciens, les nombreuses fois où le peuple gitksan a demandé l'aide des esprits, la défaite des peuples avoisinants qui menaçaient sa sécurité ou encore, la découverte de moyens qui permettent de survivre aux désastres naturels qui, périodiquement, ravageaient la région. Outre les emblèmes, il y a l'*ada'ox*, le compte rendu verbal de l'événement. Les images fondamentales de l'*ada'ox* sont évoquées dans des chants, les *limx'ooy*, qui nous proviennent des temps les plus reculés; littéralement, c'est là le souffle des ancêtres qui nous ramène loin en arrière par le pouvoir de sa musique et les émotions qu'il nous suggère.

Au festin, le récit formel des divers épisodes qui constituent la tradition orale, de concert avec l'exposition des emblèmes et l'exécution des chants, sous l'oeil des chefs des autres Maisons qui en confirment le déroulement, renvoie à l'histoire officielle de la Maison mais démontre aussi le bien-fondé de son titre à l'égard de son territoire ainsi que la légitimité de l'autorité qu'elle exerce sur lui. Toutefois, la tradition orale, les emblèmes et les chants d'une Maison font référence à son pouvoir spirituel, son *daxgyet*, lequel est plus vaste que l'histoire, le titre et l'autorité de cette Maison.

La reconnaissance et la validation de l'identité historique d'une Maison, de son titre à l'égard du territoire et de son pouvoir spirituel font partie intégrante du festin. Mais la Maison doit aussi prouver sa prospérité et distribuer une partie de ses richesses. La richesse d'une Maison est directement reliée à son territoire. Il y a très longtemps, on touchait parfois le sol d'une canne, ce qui signifiait que le pouvoir de la Maison gitksan se fondait avec celui de la terre et qu'il existait dès lors un lien entre cette Maison et ce territoire. La canne qui servait à forger le lien entre la Maison et son territoire annonçait le mât totémique ou le poteau d'emblèmes. Le poteau, grâce auquel l'histoire de la Maison est illustrée par l'exposition des emblèmes, rappelle aussi, par sa forme verticale, le lien avec les forces spirituelles qui donnent au peuple son pouvoir. En même temps, cependant, le poteau est enfoncé dans le sol, où ses racines s'étendent; de la sorte, l'homme, le pouvoir des esprits et la terre ne forment plus qu'un seul tout vivant. Le maintien de ce lien de réciprocité exige à la base l'adhésion au principe fondamental selon lequel il faut témoigner du respect à la terre et à toutes les formes de vie qui y habitent. [...]

Lors du festin qui consacre l'érection du mât, le pouvoir que diffuse ce mât unit la Maison, son territoire et les diverses substances qui les nourrissent, et raffermir le réseau de relations humaines créé par ce festin et d'autres célébrations analogues. [...] Chaque fois qu'un festin marque l'érection d'un mât, on recrée les événements historiques importants par l'exposition des emblèmes, les récits de l'*ada'ox* et l'exécution des chants. Le festin permet de vivre de nouveau l'histoire collective. Ainsi, chaque génération, en recréant le festin, garde présente à la mémoire l'identité et le pouvoir que celui-ci confère au groupe de la Maison. (*The Spirit in the Land*, pp. 25-28)

Pour les Gitksan, envisager l'extinction de leurs droits ancestraux à l'égard du territoire, c'est s'attendre à ce que les racines qui les relient à leurs ancêtres et à d'autres forces de vie soient coupées, à ce que cesse l'obligation qu'ils ont de respecter la terre et de la préserver pour les générations à venir, et à ce que les enfants de leurs enfants soient déshérités et n'aient plus de

place dans le territoire où ils trouveraient leur bien-être économique, culturel et spirituel. Pour les chefs héréditaires gitksan et wet-suwet'en, cette possibilité est non seulement inconcevable, elle est impardonnable.

Cette description de la façon dont les Gitksan et les Wet-suwet'en conçoivent leurs droits et leurs responsabilités autochtones explique leur résistance, et celle d'autres premières nations, à l'extinction des droits et fournit des éléments clés qui permettent de structurer un règlement des revendications territoriales fondé, autant que possible, sur des bases indigènes. Toute entente devrait contenir une déclaration sur la façon dont la première nation en cause envisage ses droits et ses responsabilités à l'égard des terres et des ressources. Chaque première nation a sa propre histoire, dont rend compte la tradition orale, qui décrit ses origines et ses migrations à travers son territoire; elle a aussi ses propres récits qui relient la génération actuelle aux ancêtres. Ces histoires et récits ont un rôle honorable et légitime à jouer dans les nouveaux arrangements qui seront constitutionnalisés en vertu du paragraphe 35(3) de la *Loi constitutionnelle* et qui sont conçus pour définir les droits et les responsabilités qui continuent d'exister à l'égard de ce territoire. Ces déclarations ne devraient pas être considérées simplement comme un préambule aux ententes proprement dites : elles doivent aussi façonner la structure normative de ces ententes et les termes par lesquels on définit ces droits et ces responsabilités.

Établir un rapprochement

Le règlement contemporain des revendications territoriales devrait être structuré de façon à refléter la façon dont les premières nations envisagent leurs droits, mais il doit aussi, en tant que nouvelle chaîne d'alliance, s'accommoder à la jurisprudence sur les droits ancestraux. Il importe toutefois de reconnaître que les déclarations judiciaires sur la nature et la portée des droits des peuples autochtones, et particulièrement celles qui ont été faites avant 1982, ne sauraient définir les bornes de la négociation. Comme la Cour suprême du Canada l'a déclaré dans l'arrêt *Sparrow* :

La nature même du par. 35(1) laisse supposer qu'il y a lieu de l'interpréter en fonction de l'objet qu'il vise. Si on considère les objectifs de la confirmation des droits ancestraux, il est évident qu'une interprétation généreuse et libérale du texte de cette disposition constitutionnelle s'impose. (*R. c. Sparrow* [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1106)

La Cour suprême a repris à son compte la déclaration du professeur Lyon :

Le contexte de l'année 1982 nous fournit assurément une indication suffisante qu'il ne

s'agit pas d'une simple codification de la jurisprudence portant sur les droits ancestraux qui existaient en 1982. L'article 35 exige un règlement équitable en faveur des peuples autochtones. (*Ibid.*, p. 1105)

Le changement de statut des droits ancestraux qu'a effectué l'adoption de l'article 35 a été décrit ainsi :

[TRADUCTION] Les questions qui ont trait à la nature, à la portée, à l'ampleur et aux conséquences des droits ancestraux sont avant tout d'ordre constitutionnel. Il se peut fort bien qu'on ait considéré, avant 1982, que les questions juridiques relatives aux revendications autochtones à l'égard des territoires relevaient de la common law et avaient trait au droit des biens et au fidéicommiss. Quels qu'aient pu être les mérites d'une telle approche par le passé, il n'est plus possible de reléguer les questions autochtones au domaine de la common law. Ce qu'on appelait autrefois titre ancestral est maintenant un droit constitutionnel, reconnu et affirmé au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. (Mémoire révisé de la Colombie-Britannique dans la cause *Delgam Uukw v. The Queen*, 15 avril 1992, p. 4)

Depuis 1982, les tribunaux ont également indiqué clairement que la définition des droits ancestraux ne relève pas exclusivement ou même principalement du pouvoir judiciaire et que, quel que soit le procédé retenu (la négociation, si possible, les litiges, au besoin), il est essentiel de tenir compte de la perspective des autochtones quant au sens des droits en cause. Dans l'arrêt *Sparrow*, la Cour a déclaré que l'article 35 "procure [...] un fondement constitutionnel solide à partir duquel des négociations ultérieures peuvent être entreprises"^{xvii}. Dans l'affaire *Meares Island*, le juge MacFarlane a statué ce qui suit :

[TRADUCTION] J'estime qu'il est juste de dire, en fin de compte, que le grand public s'attend à ce que les revendications soient réglées par l'entremise de la négociation et du règlement. [...] La présente instance judiciaire n'est qu'une partie infime du processus qui trouvera sa résolution ultime dans l'échange raisonnable entre les gouvernements et les nations indiennes. (*MacMillan Bloedel v. Mullin* [1985] 3 W.W.R. 577, p. 607)

Dans l'arrêt *Sparrow* (la première décision où la Cour suprême ait eu à se prononcer sur l'interprétation à donner à l'article 35), le plus haut tribunal du pays a statué ce qui suit dans le contexte des droits de pêche :

S'il est impossible de donner une définition simple des droits de pêche, il est possible et même crucial de se montrer ouvert au point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la nature des droits en cause. [...] Il s'agit de droits qui appartiennent à un groupe et qui sont en harmonie avec la culture et le mode de vie de ce groupe. (*Sparrow*, p. 1112)

Le juge Lambert, dans la décision *Delgam Uukw v. British Columbia*, a souligné qu'il importe d'incorporer la perspective des peuples autochtones dans l'évolution et le développement

des droits de ces peuples.

[TRADUCTION] L'objectif de l'article 35, quand celui-ci a été rédigé en 1982, ne peut avoir été de protéger les droits des Indiens de vivre comme ils le faisaient en 1778, année du premier contact certain des Indiens et des Européens dans ce qui est maintenant la Colombie-Britannique. Aucun texte constitutionnel ne peut avoir cet effet. Son objectif doit donc avoir été d'assurer aux Indiens, sans qu'on porte davantage atteinte à leurs droits, une panoplie moderne de droits qui découlent du fait que, avant l'arrivée des colons et la prise du pouvoir par la Couronne britannique, les Indiens occupaient la terre, en possédaient les ressources et, au moyen d'un système social qu'ils contrôlaient par leur propres institutions, utilisaient comme bon leur semblait cette terre et ces ressources. Cette panoplie de mesures doit se concrétiser entre autres par l'octroi de droits opposables mais aussi, et cela est plus important, par l'articulation de ces droits dans une organisation sociale et une structure économique qui permettront aux peuples indiens de gérer leurs affaires de façon relativement indépendante du reste de la société canadienne et aussi de collaborer à part entière avec tous les éléments de cette société. (*Delgam Uukw v. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97 (C.A.C.-B.), p. 277)

Bien que le gouvernement fédéral ait accepté, dans sa politique sur les revendications globales, que le règlement négocié est le processus souhaitable pour définir les droits des autochtones, il soutient que le résultat de ces négociations doit être la renonciation aux "droits ancestraux non définis" d'avant le règlement et leur remplacement par des droits définis dans l'entente de règlement qui, aux termes du paragraphe 35(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, feraient l'objet de la protection de la Constitution en tant que droits issus de traités. Il est très difficile de réconcilier cette position avec la déclaration de la Cour suprême dans l'arrêt *Sparrow*, où il est dit qu'une définition des droits ancestraux qui soit généreuse, libérale et fondée sur l'objet visé "procure [...] un fondement constitutionnel solide à partir duquel des négociations ultérieures peuvent être entreprises". En outre, les tenants de cette position ne respectent aucunement "la perspective autochtone" quant aux droits en question parce qu'ils exigent que les premières nations renoncent aux droits qui, selon elles, définissent leur identité distinctive.

La politique de revendications globales actuelle omet aussi, mais d'une autre façon, de tenir compte de la perspective autochtone. Les droits qui sont définis aux termes des ententes de règlement signées jusqu'à maintenant sont semblables, par leur forme, aux autres droits reconnus par le système juridique du Canada. Ces droits, malgré la protection que leur accorde la Constitution, sont fondés sur des sources et des traditions juridiques occidentales. Ils ne respectent et ne reconnaissent aucunement les sources et les traditions autochtones. Il ne s'agit pas là de compromis véritables mais plutôt d'assimilation par des moyens juridiques. Si, comme l'affirme le législateur à l'article 35, les droits constitutionnels des peuples autochtones sont

différents de ceux des autres Canadiens, parce que ce sont les droits préexistants de peuples qui avaient établi leurs sociétés et défini leurs territoires avant l'arrivée des Européens, le processus et le résultat des ententes de règlement par lesquelles on tente de définir ces droits doivent affirmer et reconnaître que les droits constitutionnels des peuples autochtones ont tout autant leur source dans la tradition juridique de ces peuples que dans la common law.

La politique des revendications globales ne respecte pas suffisamment, dans sa substance et la façon dont elle a été élaborée, les protocoles diplomatiques fort perfectionnés des peuples autochtones ou leur conception particulière des droits qui sont les leurs. Récemment, le British Columbia Claims Task Force, composé de représentants des premières nations ainsi que des gouvernements fédéral et provincial, s'est penché, dans un rapport, sur le déséquilibre de la relation qui existe entre les peuples autochtones et le Canada, lequel déséquilibre est reflété dans la politique des revendications et les ententes de règlement qui ont été conclues en conséquence de la façon bornée dont le Canada comprend son lien avec les autochtones. Le Groupe d'étude a souligné qu'il fallait absolument rétablir l'équilibre avant de songer à élaborer une politique de revendications et à signer des ententes globales.

[TRADUCTION] Comme l'histoire le démontre, les rapports entre les premières nations et la Couronne ont toujours été houleux. Il faut maintenant rejeter cette façon de faire. À sa place, il importe d'élaborer et d'entretenir une relation fondée sur la reconnaissance de l'importance unique des peuples autochtones et des premières Nations au Canada. Cette nouvelle relation doit porter l'empreinte de la reconnaissance et du respect des premières nations en tant que nations distinctes et autonomes qui ont des valeurs spirituelles, une histoire, des langues, des territoires, des institutions politiques et des modes de vie bien à elles. (*Report of the British Columbia Claims Task Force* [Vancouver : 28 juin 1991], p. 16)

Les gouvernements fédéral et provincial ont accepté que la recommandation du Groupe d'étude soit la base sur laquelle seront fondées les négociations en vue du règlement des revendications territoriales. Il est fondamental, pour que ces négociations (et toutes celles qui ont trait aux droits des peuples autochtones) portent fruit, que la substance et le processus de l'entente respectent les traditions spirituelles, politiques et juridiques qui sont propres aux peuples autochtones et s'adaptent véritablement à ces traditions.

Pour établir un rapprochement, il est utile de comprendre comment la perception qu'ont les peuples autochtones de leurs droits diffère de la façon dont les tribunaux ont exprimé ces droits. J'ai tenté ci-dessous de broser à grands traits le tableau des deux différentes conceptions et d'indiquer comment, dans la définition contemporaine de ces droits, on peut en arriver à

respecter à la fois les traditions autochtones et celles de la common law.

Les droits ancestraux, vus par les premières nations

1. La source du titre ancestral réside dans un pacte conclu avec le Créateur; elle reflète un lien avec la terre, l'eau et toutes les choses vivantes. Comme le chef Button l'a déclaré lors des négociations en vue de la conclusion du Traité n^o 7, en 1877, "c'est l'Esprit Suprême, et non la Mère Suprême [la reine Victoria], qui nous a donné cette terre". (Morris, *The Treaties of Canada*, p. 270)
2. Ce pacte est un don du Créateur; on ne peut en être dessaisi et il ne peut être cédé parce que c'est un élément essentiel et fondamental de l'identité spirituelle et culturelle d'une première nation.
3. Le lien avec des territoires particuliers est tissu de résonances spirituelles et historiques et d'éléments économiques. Il donne naissance à des devoirs d'intendance et à des responsabilités face aux générations futures pour lesquelles il faut protéger et conserver les terres et les ressources.
4. Ce lien permet aussi de profiter des ressources de la terre à titre de bénéficiaire.
5. Dans un contexte social et juridique de réciprocité, les fruits de la terre peuvent être partagés avec d'autres, conformément à des principes de respect et de consentement mutuels.
6. Chaque première nation jouit, à l'intérieur de son territoire, d'un pouvoir inhérent d'autonomie gouvernementale.

Les droits ancestraux, vus par la common law

1. La Couronne est investie d'un titre de propriété parce qu'elle prétend à un droit de souveraineté; ce titre lui confère le droit exclusif d'acquérir des terres autochtones, lequel droit est opposable aux autres gouvernements européens.
2. Le titre ancestral est un droit préexistant, il n'est pas créé par la Couronne ni ne dépend d'elle d'aucune façon.
3. Le titre ancestral coexiste avec le titre de propriété de la Couronne et grève celui-ci d'un fardeau juridique.
4. Le titre ancestral comprend le droit de posséder et de jouir à titre de bénéficiaire du territoire autochtone. Les tribunaux n'ont pas encore précisé l'ampleur de ce droit de jouissance à titre de bénéficiaire. Selon certains auteurs, ce droit est limité aux droits de récolte traditionnels; selon d'autres, il englobe toute la gamme des droits de jouissance dans le contexte d'une économie contemporaine.
5. Le titre ancestral ne peut être octroyé ou aliéné en faveur de tiers; il ne peut être que cédé à la Couronne aux termes d'un traité.
6. Selon une certaine école de pensée, la Couronne peut octroyer une terre qui appartient toujours aux autochtones; toutefois, cet octroi est assujéti au titre ancestral et ne peut conférer de droit de possession avant que ce titre n'ait été cédé aux termes d'un traité. Selon une autre école de pensée, l'octroi d'un intérêt par la Couronne avant que le titre ancestral n'ait été cédé aux termes d'un traité éteint le titre ancestral dans la mesure où celui-ci est incompatible avec l'octroi. Enfin, selon une troisième école de pensée, l'octroi effectué par un gouvernement provincial ne peut éteindre le titre ancestral mais il peut diminuer l'intérêt autochtone.
7. Selon toute une série de décisions judiciaires aux États-Unis, la common law reconnaît le droit à l'autonomie gouvernementale des tribus. La Cour suprême du Canada n'a pas encore statué sur la question de savoir si les droits ancestraux comprennent le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale.

Il ne fait aucun doute que, dans nombre de régions du Canada où aucun traité n'a été signé, les gouvernements non autochtones ont aliéné les terres et les ressources sans tenir compte des intentions des peuples autochtones. Les premières nations ont également soutenu que les aliénations en cause ont été effectuées sans tenir compte de la façon dont la common law envisage les droits ancestraux et le lien entre ces droits et le titre de la Couronne. Bien que la non-observation de ces droits ait, dans une certaine mesure, empêché les premières nations d'assumer leurs responsabilités au chapitre de l'intendance des terres et des ressources et d'exercer leurs droits de jouissance à titre de bénéficiaires, elle n'a aucunement amoindri ou annulé le lien original, préexistant et inaliénable qui les relie à leurs territoires. D'après la façon

dont une première nation conçoit ses droits ancestraux, le règlement moderne d'une revendication territoriale vise, pour ce qui est des terres et des ressources, à créer un cadre à l'intérieur duquel on s'efforcera de lui restituer les droits qui ont été lésés et de confirmer, pour l'avenir, la légitimité de sa relation avec les terres et les ressources ainsi que les droits et responsabilités qui s'y rattachent, à la lumière des réalités d'aujourd'hui.

Dans son rapport, le Groupe d'étude de la politique des revendications globales a voulu établir un rapprochement entre les façons différentes dont autochtones et non-autochtones conçoivent les droits ancestraux. À cette fin, il a proposé une série d'objectifs en fonction desquels le règlement des revendications territoriales globales devrait être élaboré. Ainsi, il faudrait conclure des ententes qui :

- définissent les rapports entre les gouvernements et les peuples autochtones au Canada;
- établissent un cadre de travail sûr concernant les terres et les ressources, qui s'adapte aux intérêts des peuples autochtones et des autres Canadiens;
- permettent un développement économiquement viable des sociétés autochtones;
- préservent et améliorent le bien-être culturel et social des sociétés autochtones pour les générations à venir; et
- permettent aux sociétés autochtones d'élaborer des institutions gouvernementales autonomes et de participer activement aux décisions qui affectent leurs intérêts.

Ces objectifs devraient guider le gouvernement fédéral dans les négociations afin d'assurer que les règlements des revendications deviennent la fondation de l'avenir.

L'abolition complète de tous les droits et titres autochtones ne devraient plus être un objectif. (*Traités en vigueur : ententes durables*, p. 35)

Le problème principal, lorsqu'on tente d'élaborer un nouveau modèle de règlement, réside dans le deuxième objectif : "établi[r] un cadre de travail sûr concernant les terres et les ressources, qui s'adapte aux intérêts des peuples autochtones et des autres Canadiens". Le gouvernement fédéral continue à affirmer qu'il faut, pour cela, recourir à la cession ou à l'extinction des droits ancestraux et échanger ceux-ci contre une nouvelle série de droits. D'après l'enquête critique que j'ai menée plus tôt (dont l'hypothèse de base est la confirmation des droits ancestraux et la justification obligatoire de toute ingérence à l'égard de ces droits), il est clair que cette approche doit être mise à l'épreuve et non seulement affirmée. Je soutiens qu'il est possible d'en arriver à la certitude voulue dans le cadre d'une entente de règlement qui confirme les droits ancestraux et que les clauses générales de cession qui figurent aux ententes modernes que nous avons examinées ne sont pas nécessaires pour atteindre cette certitude (dans le contexte d'autres

objectifs tout aussi importants).

Définition d'un nouveau modèle

Pour poursuivre notre enquête, il est utile d'étudier de près différentes catégories de terres à l'égard desquelles les peuples autochtones font valoir des droits. Jusqu'à présent, dans les ententes modernes de règlement des revendications territoriales, ces terres sont regroupées dans deux grandes catégories, soit "terres visées par le règlement" et "terres non visées par le règlement". Les terres visées par le règlement font partie du territoire traditionnel des autochtones et sont celles à l'égard desquelles les peuples autochtones conservent le plus de droits, que ce soit en vertu d'un octroi de la Couronne, comme c'est le cas dans la Convention des Inuvialuit, de l'Entente des Gwich'in et de l'Accord du Nunavut, ou en tant que droits ancestraux reconnus et conservés, comme c'est le cas dans les ententes du Yukon. Les terres non visées par le règlement font aussi partie du territoire traditionnel des autochtones mais sont celles à l'égard desquelles tous les droits ancestraux ont été cédés en échange de droits, d'intérêts et d'avantages définis octroyés en vertu de l'entente.

Afin de brosser le tableau d'un nouveau modèle fondé sur la confirmation et non sur la cession des droits ancestraux, je propose de classer sous trois rubriques les terres et les ressources qui, à l'origine, appartenaient aux autochtones et étaient assujetties à leur compétence. La première rubrique comprend les territoires sur lesquels une première nation exercera, à titre de bénéficiaire, tous les droits de jouissance ainsi qu'une compétence exclusive (ou du moins principale) pour ce qui est des terres et des ressources. Sous la deuxième rubrique, se trouvent les territoires à l'égard desquels les droits de jouissance, à titre de bénéficiaire, ainsi que la compétence feront l'objet d'un partage avec les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux; enfin, la troisième rubrique englobe les territoires sur lesquels les gouvernements non autochtones exerceront, à titre de bénéficiaires, tous les droits de jouissance ainsi qu'une compétence exclusive (ou du moins principale) pour ce qui est des terres et des ressources. Le modèle que je propose contiendrait les éléments suivants, dans le cadre de la classification qui précède :

1. Conformément aux définitions qui figurent à l'entente, les droits fonciers des autochtones seraient explicitement confirmés et l'entente ne contiendrait aucune clause de cession portant sur ces droits.

2. Pour les terres qui font partie de la première catégorie, c'est-à-dire celles sur lesquelles une partie autochtone, à titre de bénéficiaire, exerce tous les droits de jouissance ainsi qu'un compétence principale (les "terres de la première nation"), les droits fonciers autochtones seraient définis comme suit :

a) soit conformément aux modes traditionnels de tenure ou

b) d'une façon équivalente aux modes de tenure reconnus en droit canadien.

La partie autochtone pourrait aussi demander l'application de solutions de rechange ou d'une combinaison des deux options ci-dessus. L'entente définirait aussi une série de droits limités reconnus aux tiers et aux gouvernements non autochtones.

3. Pour les terres qui font partie de la deuxième catégorie, c'est-à-dire celles où les droits de jouissance à titre de bénéficiaire ainsi que la compétence seraient partagés (les "terres partagées"), les droits conservés par les autochtones seraient définis comme droits de récolte conjoints, gestion commune et partage des recettes. L'entente préciserait aussi les droits des tiers et des gouvernements non autochtones afin que soit clairement indiqué le point où s'entrecroisent les deux séries de droits et les régimes qui les gouvernent.

4. Pour les terres qui font partie de la troisième catégorie, c'est-à-dire celles sur lesquelles des gouvernements non autochtones, à titre de bénéficiaires, exerceront tous les droits de jouissance ainsi qu'un compétence principale (les "terres provinciales, territoriales ou fédérales"), les droits conservés par les autochtones seraient définis par rapport au lien spécial qui unit la partie autochtone et son territoire, et fourniraient la base pour établir des droits normatifs précis, comme celui d'être l'hôte de conférences intergouvernementales, internationales et autres, et celui de nommer les monuments et lieux historiques.

5. Afin de protéger les droits et les intérêts des tiers qui existaient avant la conclusion de l'entente, la partie autochtone confirmerait expressément ces intérêts et s'engagerait à ne pas exercer ni faire valoir des droits qu'elle aurait conservés mais qui seraient incompatibles avec les droits et intérêts des tiers.

6. L'entente énoncerait le régime juridique en fonction duquel des droits et des intérêts pourraient être octroyés et protégés. Dans le cas des terres d'une première nation, ces octrois seront effectués par le gouvernement de la première nation ou le détenteur autochtone du droit de jouissance à titre de bénéficiaire. Dans celui des terres partagées, les droits seront octroyés par

des organismes dont la compétence est sanctionnée par le gouvernement de la première nation et le gouvernement non autochtone. Dans des cas bien précis, un gouvernement peut déléguer à l'autre le droit d'octroyer des titres si tous les deux consentent à l'octroi. Enfin, lorsqu'il s'agit de terres fédérales, provinciales ou territoriales, le gouvernement non autochtone aurait le pouvoir d'octroyer des titres qui, aux termes de l'entente, auraient été approuvés par la partie autochtone. Pour tous les octrois de titres ou de droits à des tiers, quelle que soit la catégorie de terres visée, la partie autochtone s'engagerait à ne pas exercer ni faire valoir des droits qu'elle aurait conservés mais qui seraient incompatibles avec les droits et intérêts des tiers.

Nous avons brossé le tableau du nouveau modèle portant sur la confirmation des droits ancestraux. Examinons-le maintenant de plus près.

Dans le cas des "terres d'une première nation", la première nation conserverait ses droits ancestraux à l'égard du territoire et ces droits seraient décrits et définis conformément à la façon dont cette Nation voit son lien avec le territoire qui lui appartient; dans cette définition, on stipulerait que la première nation a tous les droits de jouissance à titre de bénéficiaire ainsi que des responsabilités au chapitre de l'intendance et de la gestion des ressources. Ce but pourrait être atteint de différentes façons. Dans le cas des premières nations qui ont conservé des modes de tenure traditionnels et qui estiment que ces modes sont toujours valables, les droits ancestraux qui sont conservés peuvent être décrits en fonction de ce mode de tenure.

On trouve, chez les Gitksan et les Wet-suwet'en, l'un des meilleurs exemples d'un système de tenure bien articulé qui est toujours en vigueur et qui est considéré comme le fondement à partir duquel les droits originaux de ces peuples autochtones doivent être exercés dans le monde contemporain. Chez les Gitksan et les Wet-suwet'en, la Maison est l'élément social fondamental; c'est aussi elle qui, à la base, détient les terres. La Maison est constituée de familles reliées entre elles selon un système matriarcal. À la tête de la Maison, la matriarche, au nom des membres, exerce le pouvoir sur les terres et les ressources qu'elle est chargée de gérer. À chaque génération, cette charge et ce pouvoir à l'égard des biens fonciers sont transmis avec le nom de chef. Voici comment Hanamuxw, l'un des chefs héréditaires gitksan, a décrit dans le cadre de son témoignage devant le juge en chef McEachern ce dont elle a hérité lorsque le nom "Hanamuxw" lui a été transmis en 1966 :

[TRADUCTION] Vous êtes la personne qui a été choisie pour prendre la terre qui est votre héritage, pour la conserver et en prendre soin. [...] Cela signifie la terre que vos ancêtres avaient, les insignes, les *adaawk* [la tradition orale qui appartient à la Maison], le mâ, les

ressources de la terre, le nom d'Hanamuxw et le droit d'utiliser ce nom à l'intérieur du territoire gitksan. Cela veut dire le droit d'utiliser l'autorité du chef. [...] Les terres ne vous sont pas données directement. En d'autres termes, il ne s'agit pas de vos biens personnels, car vous êtes désignée comme la personne qui doit gérer ces biens non seulement pour vous-même mais aussi pour tous les membres de la Maison dont vous êtes le chef. (Transcription du procès relatif à la décision *Delgam Uukw v. A.G.B.C.*, vol. 80, pp. 5006-5008)

Le système de tenure des Gitksan et des Wet-suwet'en, à l'instar de ceux de la common law et du droit civil, distingue entre le droit de "propriété" et l'octroi du droit ou du privilège d'"utiliser" un bien. Les membres de la Maison ont le droit, à titre de bénéficiaires, de jouir des territoires et des ressources qui appartiennent à la Maison, sous réserve des directives du chef héréditaire. Celui-ci, en tant que représentant de la Maison, peut aussi accorder à ceux qui n'en sont pas membres la permission d'utiliser les territoires. Aux termes du droit des Gitksan et des Wet-suwet'en, il existe des catégories bien définies de droits d'accès et d'utilisation qui peuvent être accordés à ceux qui ne sont pas membres de la Maison. Par conséquent, dans le système de parenté des Gitksan et des Wet-suwet'en, le membre d'une Maison a accès non seulement aux territoires de cette Maison mais aussi à ceux de la Maison de son père, pendant qu'il est en vie, et à ceux de la Maison de son conjoint. Outre ces droits d'accès privilégiés fondés sur les liens de parenté, le chef d'une Maison peut accorder à d'autres la permission d'utiliser les ressources de la Maison et d'en tirer profit. Aux termes du droit des Gitksan et des Wet-suwet'en, celui qui se voit accorder un droit d'accès reconnaît le titre de propriété de la Maison en remettant un paiement à son chef, lequel paiement peut être une contribution constituée d'une partie des ressources récoltées ou un versement en espèces. Le droit des Gitksan et des Wet-suwet'en prévoit un protocole juridique aux termes duquel ce paiement est reconnu au festin, ce qui confirme le titre de propriété de la Maison à l'égard du territoire.

Aux termes du droit des Gitksan et des Wet-suwet'en, les droits de propriété et la gestion des ressources font l'objet d'un héritage et d'une aliénation limitée. L'héritage est transmis par filiation maternelle, de celle qui est détentrice du titre de chef à celle qui le devient. La transmission continue du titre de propriété à l'égard des territoires, par l'héritage du nom du chef, relie légalement et spirituellement la génération actuelle des Gitksan et des Wet-suwet'en à ses ancêtres. Ce lien est illustré dans l'expression gitksan "*ee dim uma yess*", laquelle signifie "marche doucement sur le souffle de tes ancêtres".^{xviii}

Aux termes du droit des Gitksan et des Wet-suwet'en, la propriété du territoire est

reconnue et conservée par le festin, l'exposition des insignes et la tradition orale. Chez eux, les actes translatifs de propriété, les testaments et les registres de biens-fonds des sociétés non autochtones sont les insignes, les mâts et les récits dont chacun prend connaissance au festin et qui, de la sorte, sont reconnus valides. À l'instar d'autres sociétés de culture orale, les Gitksan et les Wet-suwet'en ont recours à des moyens mnémotechniques. Les insignes décorant les objets qui appartiennent au chef d'une Maison peuvent être "lus", à la façon d'un texte, par d'autres chefs qui sont liés à lui historiquement et régionalement. Chacun de ces chefs a appris, de la bouche des anciens, une partie de l'histoire de ses voisins et de l'évolution des frontières de leurs territoires. Les insignes sont comme une carte et leur présence sur les couvertures, les façades de maisons et ailleurs rappellent l'histoire, le titre de propriété ainsi que l'autorité du chef et de sa Maison. De façon analogue, les insignes et les mâts totémiques "légitiment" en quelque sorte les droits de propriété à l'égard du territoire. Ils renvoient, à proprement parler, au cœur même du titre de propriété de la Maison et ce, tant métaphoriquement que physiquement.

Dans tout système qui comprend des droits de possession exclusive, il faut connaître, de façon générale, les personnes ou les groupes qui jouissent de tels droits ainsi que les limites de leur territoire. Chez les Gitksan et les Wet-suwet'en, cette déclaration énonçant les droits et les limites du territoire se fait, par dessus tout, au festin. L'une des principales responsabilités des chefs héréditaires gitksan et wet-suwet'en, lorsqu'ils sont invités à participer aux festins des autres Maisons et clans, consiste à être témoins du titre de propriété de l'hôte à l'égard de ses territoires et à reconnaître la validité de ce titre.

Le titre ancestral des Gitksan et des Wet-suwet'en est donc axé sur la propriété et l'intendance des Maisons, et c'est en fonction de ce titre qu'on peut, dans un règlement de revendications territoriales, définir les droits que ces peuples ont conservés.

Il est intéressant de comparer à l'approche des Gitksan la façon dont leurs voisins, les Nisga'a, voient leur titre ancestral à l'égard de la terre. Le système de tenure traditionnel des Nisga'a est à maints égards semblable à celui des Gitksan et des Wet-suwet'en, surtout en ce qui concerne le rôle central joué par la Maison. Ces éléments communs, ainsi qu'une différence de poids, sont reflétés dans la déclaration suivante du Conseil tribal nisga'a :

[TRADUCTION] Traditionnellement, la gestion des terres et des ressources visait des territoires qui appartenaient à la famille; l'utilisation des ressources naturelles, et l'accès à celles-ci, était régie par le chef de chaque famille (ou Maison).

Quelque soixante Maisons détenaient des territoires. Chaque Nisga'a avait accès à ces

territoires grâce à un système de parenté complexe ou à des accords de réciprocité conclus en fonction d'un ensemble de lois et de coutumes sociales qui sont transmises oralement et qui régissent le code de conduite d'un *nisga'a*, l'*ayukhl* des *Nisga'a*.

Ensemble, ces territoires familiaux forment une suite de terres contiguës qui comprennent notre propre territoire. Traditionnellement, la famille qui était propriétaire des territoires contrôlait unilatéralement la Maison mais, au début de ce siècle, nos chefs héréditaires ont décidé que nos territoires devaient être détenus en commun, par tous les *Nisga'a*. Ainsi, la terre est devenue un "bol commun" dans lequel chacun peut trouver sa subsistance. (*Nisga'a Government* [New Aiyansh : *Nisga'a Tribal Council*, 1992])

Comme cette déclaration l'indique, le concept du "bol commun" a été élaboré au XX^e siècle; il illustre comment une première nation a modifié son système de tenure pour s'adapter à un changement de circonstances. Cependant, qu'un système de tenure reflète le concept du "bol commun" des *Nisga'a* ou celui du territoire individuel d'une Maison *gitksan*, il est possible de rédiger des ententes de règlement des revendications territoriales qui définissent avec exactitude les droits et les responsabilités des premières nations à l'égard des terres sur lesquelles elles exerceront une compétence principale sinon exclusive.

On trouve, dans les ententes du Yukon, une autre façon de définir les droits ancestraux pour cette catégorie de terres et il se peut que certaines premières nations trouvent cette définition acceptable. Il s'agit, dans ce cas-ci, de décrire le titre ancestral d'une façon qui soit équivalente au système de tenure canadien. Ainsi, dans les ententes finales du Yukon, les droits des premières nations du Yukon à l'égard des terres visées par le règlement sont définis comme "les droits, obligations et responsabilités équivalant à un fief simple". Cette approche reflète les recommandations du Groupe d'étude qui soutient, dans son rapport, que toute solution de rechange à l'extinction "doit être coutumière, afin que les droits puissent être définis dans le cadre du système juridique foncier existant".^{xix}

Quand j'ai examiné les recommandations du Groupe d'étude, j'ai laissé entendre que cette exigence était trop restrictive. Bien entendu, si une première nation estime que cette description de son titre ancestral préexistant est satisfaisante et qu'elle rend compte des droits et des responsabilités que cette première nation a envers son territoire, aucune objection ne tient; de plus, comme le Groupe d'étude l'a fait remarquer, "une telle description apporterait la certitude quant [aux] droits [des premières nations] et à la terre à l'intérieur du même système qui définit les droits fonciers des autres Canadiens"^{xx}.

L'avantage qu'il y aurait à définir les droits fonciers autochtones conformément aux droits

de propriété prévus par la common law est sans aucun doute accru à la lumière de l'expérience qu'ont vécue les premières nations dont les réserves sont administrées en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Les dispositions sur le régime foncier de cette loi ont eu pour effet de tenir les premières nations à l'écart du système de tenure dominant, ce qui a restreint leur développement économique et limité leurs capacités d'utiliser leurs ressources afin d'atteindre l'autosuffisance.

La raison pour laquelle il est trop restreint de définir les droits fonciers autochtones en termes de tenure en fief simple et pour laquelle ce type de définition ne devrait pas être un prérequis à l'élaboration d'un modèle où des droits sont conservés, c'est qu'en choisissant cette voie, on brandit comme référence le système de tenure prévu par le droit civil ou la common law alors qu'il s'agit de définir des droits ancestraux. Les tribunaux ont expressément indiqué qu'il fallait se méfier d'une telle approche. Ainsi, le Conseil privé, dans l'arrêt *Amodu Tijani v. Southern Nigeria*, a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries font remarquer d'emblée qu'il est essentiel de faire preuve de beaucoup de prudence lorsqu'on définit le titre ancestral à l'égard de la terre et ce, pas seulement au Nigéria du Sud mais dans d'autres parties de l'Empire britannique. On a tendance, parfois inconsciemment, à concevoir ce titre dans des termes qui ne se rapportent qu'à des systèmes qui ont été élaborés en fonction du droit anglais. Il faut donc maîtriser cette tendance et être vigilant. ([1921] A.C. 399, p. 402)

Lorsque, dans le contexte des revendications territoriales, on vise à élaborer des ententes de règlement fondées sur le respect mutuel, il n'est ni approprié ni justifiable de définir les droits des premières nations, qui ont leurs propres systèmes de tenure, en fonction de modèles familiers au droit civil ou à la common law.

Il ne s'agit pas seulement d'abandonner les hypothèses inhérentes au colonialisme et de décoloniser la structure des accords juridiques qui concernent les premières nations; ce qu'il faut, c'est comprendre qu'il existe des différences considérables entre, d'une part, le lien qui unit les autochtones et leurs territoires, et, d'autre part, le type de rapport à la terre qu'est la tenure en fief simple.

La tenure en fief simple est la forme de tenure la plus complète qu'il soit possible de détenir en common law; sa durée est indéterminée et elle garantit tous les droits de jouissance à titre de bénéficiaire ainsi que la liberté d'aliéner le bien-fonds entre vifs ou par testament. Le droit de jouissance à titre de bénéficiaire n'est assujéti qu'à la *law of nuisance* (droit sur les dommages simples) et à d'autres lois d'application générale. Le titre en fief simple est défini principalement, tant aux yeux de la common law qu'en fonction de ce qu'en comprennent la

plupart des Canadiens, par rapport aux *droits* qui découlent de cette forme de tenure. Pour la majorité des premières nations, le lien avec le territoire est défini principalement en fonction des *responsabilités* qui découlent de ce lien, lequel est décrit de façon optimale par la notion d'intendance. L'intendance et la conservation des ressources pour les générations à venir sont de plus en plus proposées comme des valeurs morales et juridiques que les gouvernements non autochtones et la communauté internationale devraient adopter. Ces valeurs sont prônées par le mouvement écologiste et elles se retrouvent dans des lois fédérales et provinciales particulières, surtout celles qui ont trait à la protection de l'environnement, mais on ne peut dire qu'elles aient, jusqu'à maintenant, modifié le concept de la tenure en fief simple. En d'autres termes, on ne saurait soutenir que, au Canada, les propriétaires de terres détenues en fief simple sont obligés par la loi de conserver leurs terres et leurs ressources pour les générations à venir. Dans la mesure où les premières nations ont toujours voulu conserver les terres et les ressources de leurs territoires pour les générations futures, que ces préoccupations font partie intégrante de leur lien avec leurs territoires et que les peuples autochtones entendent maintenir ce lien à l'égard de certaines parties de leurs territoires, la définition du titre ancestral ne peut, si elle est exacte, être élaborée en fonction d'une équivalence à la tenure en fief simple.

Le titre ancestral, au sens des premières nations, n'équivaut pas à une tenure en fief simple; les différences entre ce titre et ce genre de tenure sont non seulement tangibles dans la façon dont les premières nations parlent de leur lien avec leurs territoires, elles peuvent aussi être définies dans les ententes portant règlement des revendications territoriales. Ainsi, les éléments narratifs et normatifs peuvent ensemble rendre compte des souhaits véritables des premières nations qui tentent de faire reconnaître leur titre ancestral à l'égard de la terre.

Toutefois, on ne doit pas supposer qu'il s'agit de choisir entre deux extrêmes, c'est-à-dire entre la définition des droits ancestraux en fonction du système autochtone de tenure ou des régimes reconnus par la common law. Il serait possible, par exemple, de définir les intérêts dans les terres et les ressources par rapport au système de tenure autochtone s'il s'agit d'octroyer des terres et des ressources aux membres d'une première nation. Toutefois, dans le cas d'un tiers (une société qui souhaite investir dans une entreprise commune reliée à l'exploitation des ressources naturelles, par exemple), l'octroi serait réputé viser un intérêt défini selon le mode de propriété habituel. En fait, les ententes du Yukon contiennent déjà un modèle partiel pour un compromis de ce genre. Comme je l'ai déjà indiqué, ces ententes prévoient des dispositions précises qui ont

pour effet d'assurer que l'octroi qui est accordé à un tiers ne lui permet pas de faire l'acquisition d'un titre ancestral, mais plutôt d'un intérêt dans un fief. Dans l'Entente du Yukon, on en arrive à ce résultat en supposant que la première nation a reçu de la Couronne un titre en fief simple juste avant d'octroyer elle-même un intérêt au tiers^{xxi}. À mon avis, il n'est pas nécessaire d'aller si loin et on atteindrait le résultat voulu en prévoyant, dans une entente de règlement confirmée législativement, une disposition aux termes de laquelle l'octroi serait réputé être un intérêt dans un fief ou un intérêt inférieur détenu par un tiers; la certitude du titre accordé au tiers serait assurée dans des termes connus des investisseurs et des banques non autochtones, sans qu'il faille supposer que l'intérêt autochtone ait été octroyé par la Couronne avant d'être cédé au tiers.

Si on se penche maintenant sur la deuxième catégorie de terres où le régime en vigueur en est un de compétence partagée et de droit de jouissance à titre de bénéficiaire, le titre ancestral peut aussi être défini avec quelque précision. La nature et l'ampleur des intérêts partagés peuvent varier grandement. Pour illustrer cela, songeons aux dispositions des ententes actuelles sur les revendications territoriales qui ont trait au partage des recettes. Dans le document de 1993 intitulé "Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones", on résume comment le gouvernement fédéral voit ces dispositions :

La politique de 1986 établit clairement que le gouvernement fédéral est prêt à négocier avec les groupes requérants un partage des recettes découlant de l'exploitation des ressources afin qu'ils puissent bénéficier des avantages de la mise en valeur des ressources non renouvelables. Un groupe requérant peut recevoir un pourcentage des redevances fédérales provenant de l'extraction des ressources dans toute la région visée par l'entente de règlement du groupe.

Les accords financiers sur le partage des recettes de l'exploitation des ressources ne veulent pas dire que les groupes requérants détiennent des droits de propriété à l'égard des ressources. (Ottawa : Affaires indiennes et du Nord canadien, 1993, p. 10) [C'est moi qui souligne.]

Cette dernière phrase reflète la position du ministère fédéral de la Justice dans des causes comme *Delgam Uukw*. Ses arguments sont les suivants : le titre ancestral ne porte que sur l'utilisation et l'occupation des terres et sur la récolte des ressources traditionnelles; il ne saurait donc comprendre un droit de "propriété" à l'égard des ressources non renouvelables lesquelles, sauf quelques exceptions, ne font pas partie intégrante de l'économie des sociétés autochtones. Toutefois, aucune raison ou précédent ayant force obligatoire n'empêchent que le droit de partager les recettes tirées de l'exploitation des ressources soit défini comme un avantage

découlant du titre ancestral qui a été conservé.

Bien que le droit de partager les recettes tirées de l'exploitation des ressources puisse être défini en fonction du droit qui régit les ressources naturelles, il peut aussi être décrit par rapport aux droits et obligations prévus par le droit autochtone. Ainsi, le système juridique des Gitksan et des Wet-suwet'en contient des catégories bien définies de droits d'accès et d'utilisation accordés par ceux qui sont propriétaires des territoires de la Maison à ceux qui ne sont pas membres de celle-ci. Ce droit habilite les non-membres à tirer profit des ressources que contiennent les territoires de la Maison, mais les oblige aussi à donner une partie de sa récolte (de nos jours, il s'agit souvent d'une contribution en espèces) à un festin, ce qui permet de reconnaître le droit de propriété qui appartient à la Maison et de renforcer le système de réciprocité. Étant donné que les régimes juridiques en vigueur dans les terres partagées seront l'expression contemporaine d'une réciprocité entre gouvernements autochtones et non autochtones, le recours à une terminologie autochtone est bienvenu dans les traités contemporains. À cet égard, il y a un honorable précédent historique, car les gouvernements coloniaux britannique et français ont longtemps exprimé leur respect pour leurs frères les Haudenosaunee en leur offrant des "cadeaux" lorsque, dans les rencontres en vue de conclure des traités, on étudiait la question des terres et des alliances.

Les ententes en vue du règlement des revendications territoriales reconnaissent aussi les demandes légitimes des premières nations au chapitre de leur participation aux régimes d'exploitation, de gestion et de conservation des ressources. Comme on peut le lire dans le document de 1993 du gouvernement fédéral :

La politique de 1986 déclare que les intérêts des autochtones en ce qui concerne les préoccupations d'ordre environnemental, en particulier pour ce qui a trait à la gestion de la faune et l'utilisation de l'eau et des terres, peuvent également être traités en faisant participer les autochtones aux mécanismes gouvernementaux de prise de décisions. De tels accords doivent reconnaître que le gouvernement a, de façon prépondérante, l'obligation de protéger les droits de tous les utilisateurs, d'assurer la conservation des ressources, de respecter les ententes internationales et de gérer les ressources renouvelables qui relèvent de sa compétence. (Politique fédérale en vue du règlement des revendications autochtones, 1993, p. 10) [C'est moi qui souligne.]

Ici encore, le passage en italiques reflète le fait que le ministère de la Justice est d'avis que les peuples autochtones n'ont aucun droit préexistant au chapitre de l'autonomie gouvernementale et de l'exercice d'une compétence sur les ressources, et que tout pouvoir juridique et constitutionnel qui a trait à la gestion de l'environnement relève soit du fédéral soit

d'un gouvernement provincial. Cependant, des arguments de poids, tant juridiques que constitutionnels, indiquent le contraire, comme le démontre l'étude de la Commission royale sur les peuples autochtones intitulée *Partenaires au sein de la Confédération : Les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution*. Une fois qu'on a accepté que les ententes constitutionnelles actuelles n'empêchent pas de reconnaître un droit autochtone à l'autonomie gouvernementale, rien ne justifie que la participation des gouvernements autochtones à des programmes de gestion commune ne puisse être définie comme l'exercice d'un droit autochtone qui a été conservé, et ce, indépendamment des paramètres du mode de gestion retenu, lequel peut inclure l'exercice d'un droit de veto à l'égard d'une nouvelle initiative ou l'obligation de procéder au préalable à une consultation. De cette façon, on intégrerait à la notion de droits ancestraux des éléments de compromis qui permettent d'établir un rapprochement. En d'autres termes, l'entente actualiserait l'exercice des droits ancestraux et tiendrait compte de l'évolution des réalités politiques et économiques, sans toutefois qu'on capitule devant celles-ci.

L'exemple suivant, qui a trait à un litige important, illustre comment on peut établir ce rapprochement à partir de la reconnaissance des droits ancestraux et grâce à des arrangements juridiques modernes. Les Haida de South Moresby et les Nuuchah-nulth de l'île de Meares s'opposent à la coupe à blanc de leurs forêts : ce sont là deux des nombreux conflits qui opposent les premières nations et les gouvernements et sociétés non autochtones dans le secteur forestier de ce pays. Pour nombre de premières nations, les coupes qui ont été pratiquées dans le passé démontrent très clairement et péniblement qu'on ne tient aucun compte de la responsabilité d'intendance sur laquelle est fondée leur relation avec leurs territoires. Pour nombre de premières nations, l'avenir des forêts et leur gestion sont non seulement liés à cette responsabilité mais permettent d'entrevoir des moyens d'assurer leur propre autosuffisance économique.

Aux yeux des gouvernements non autochtones, les forêts sont un élément d'actif important pour tous les citoyens en termes de revenu, d'emploi et d'activités récréatives. Les gouvernements provinciaux, à l'instar des premières nations, défendent leur propre intérêt lorsqu'ils assurent que la récolte, la gestion et la conservation des ressources forestières se font d'une façon intégrée. En Colombie-Britannique, le permis d'exploitation des ressources forestières à des fins commerciales (*Tree Farm Licence*) est la forme principale de tenure par laquelle le gouvernement provincial gère les forêts. Les premières nations de la Colombie-Britannique revendiquent, en faisant valoir leur titre ancestral, un droit de récolte et de

gestion relatif aux ressources forestières qui font partie de leurs territoires. Elles ne prétendent pas au droit d'exploiter de façon commerciale les ressources forestières. Un rapprochement pourrait être créé par un règlement aux termes duquel, d'une part, le gouvernement de la Colombie-Britannique reconnaîtrait le titre ancestral et, d'autre part, la première nation consentirait à exercer ce droit au moyen d'un permis d'exploitation commerciale. Du point de vue du gouvernement provincial, l'octroi de ce permis se ferait conformément au titre sous-jacent qu'il détient. Du point de vue de la première nation, le fait d'accepter ce permis compléterait le titre ancestral qui est conservé, ce qui assure que les deux formes de titres coexistent grâce au respect mutuel et au consentement des parties.

Le régime de cogestion qui résulte de cet arrangement pourrait aussi convenir à l'exercice d'une compétence partagée. Les dispositions de la *Forestry Act* provinciale s'appliqueraient à certains égards tandis que la première nation pourrait souhaiter exercer sa compétence par l'entremise d'un plan de gestion des ressources forestières. Ce plan pourrait être plus exigeant et plus strict que ceux imposés par le gouvernement provincial (pour ce qui est des aires de coupe et de la reforestation, par exemple), ce qui refléterait la priorité des premières nations au chapitre de la conservation des ressources pour les générations à venir. Il est bien évident que les entreprises de gestion commune pourraient avoir des structures très diverses. L'élément commun serait cependant que la participation des premières nations s'articulerait autour de droits ancestraux convenus et définis en commun.

Récemment, le gouvernement provincial et les premières nations de la Colombie-Britannique ont signé des accords sur des mesures provisoires (*Interim Measures Agreements*), dans le cadre du processus préparatoire à la conclusion de traités. L'un des objectifs importants de ces accords est de prévoir des modalités d'ententes de gestion conjointe qui portent sur des questions délicates visées par les négociations en cours sur les revendications territoriales. Bien que les accords soient expressément dressés "sous toutes réserves" des droits ancestraux et des négociations en vue de la signature de traités, il est utile de se pencher sur les termes de l'accord le plus récent et le plus productif qui ait été signé dans ce domaine, et de l'examiner par rapport au modèle que j'ai proposé. L'accord sur des mesures provisoires signé le 10 décembre 1993 par le gouvernement de la Colombie-Britannique et les premières nations du détroit de Clayoquot est très important parce qu'il s'agit du projet de gestion commune le plus détaillé qui ait été signé jusqu'à maintenant en Colombie-Britannique et qu'il vise une région

géographique d'importance nationale et internationale. Je cite ci-dessous les principales dispositions de cet accord et j'examine ensuite comment, dans le contexte des ententes finales de règlement, ces dispositions pourraient consacrer la reconnaissance et l'exercice de droits ancestraux convenus et définis en commun.

[TRADUCTION]

A. Attendu que Sa Majesté la Reine est représentée par le gouvernement de la Colombie-Britannique (appelé aux présentes la "Colombie-Britannique");

B. Attendu que les Hawiïh du détroit de Clayoquot sont représentés par la première nation tla-o-qui-aht, la première nation ahousaht, la première nation hesquiaht, la première nation toquaht et la première nation ucluelet (appelées aux présentes les "premières nations");

C. Attendu que, aux termes du "Protocol Respecting the Government-to-Government Relationship between the First Nations Summit and the Government of British Columbia" du 20 août 1993, il a été convenu que *la Colombie-Britannique et les premières nations constituent chacune un gouvernement*;

D. Attendu que la Colombie-Britannique a accepté le rapport de juin 1991 du B.C. Claims Task Force (y compris la recommandation invitant les parties à négocier des mesures provisoires avant ou pendant les négociations en vue de la signature de traités lorsqu'un intérêt qui pourrait saper le processus est en jeu);

E. *Attendu que les parties ont reconnu que les tribus du centre du Nuuchah-nulth ont la responsabilité de préserver et de protéger les territoires et les eaux qui leur appartiennent depuis des temps anciens dans l'intérêt des générations à venir;*

F. Attendu que les premières nations souhaitent que soient créés des parcs tribaux dans certaines régions précises du détroit de Clayoquot.

LE PRÉSENT ACCORD CONFIRME CE QUI SUIT:

1. Le présent accord vise des mesures provisoires, au sens du processus mis sur pied par le rapport de juin 1991 du B.C. Claims Task Force, la *Treaty Commission Act* et le Government-to-Government Protocol du 20 août 1993.

2. *Le présent accord vise à conserver les ressources pour les générations à venir des tribus du centre du Nuuchah-nulth, c'est-à-dire la première nation tla-o-qui-aht, la première nation ahousaht, la première nation hesquiaht, la première nation toquaht et la première nation ucluelet.*

3. Le présent accord entame le processus qui vise à *déterminer quelles sont les terres des premières nations, les terres qui seront gérées conjointement et celles qui seront mises en valeur*. Les parties ont l'intention de conclure ce processus par la signature d'un traité.

4. Le présent accord doit être interprété en fonction de l'engagement pris par la Colombie-Britannique selon lequel la décision du 13 avril 1993 relative au détroit de Clayoquot est "sous toutes réserves" des droits ancestraux et des négociations en vue de la conclusion de traités.

5. a) Relativement à la vallée du fleuve Clayoquot et à l'île de Flores, les parties conviennent de créer la "zone de gestion forestière coopérative de la province de la C.-B., des Ahousaht et des Tla-o-qui-aht" (appelée aux présentes la "forêt gérée de façon coopérative"). *La forêt gérée de façon coopérative doit être gérée conjointement par l'entremise des mécanismes coopératifs mis en place dans le présent accord par les premières nations et la Colombie-Britannique. [...]*

6. Le lac Hesquiaht, l'anse Satchee et la péninsule Hesquiath doivent être reconnus comme une base de développement économique pour la première nation hesquiath. *Les nouvelles zones de mise en valeur feront l'objet du plan intitulé "Management for a Living Hesquiath Harbour" et tiendront compte des intérêts des premières nations. [...]*

10. *Les parties doivent mettre sur pied une méthode de gestion conjointe qui vise la gestion des ressources et la planification du territoire du détroit de Clayoquot conformément aux principes énoncés dans le rapport de juin 1991 du B.C. Claims Task Force et le Government-to-Government Protocol du 20 août 1993, conclu entre la Colombie-Britannique et le Sommet des premières nations. Ces méthodes s'appliquent à tout le territoire du détroit de Clayoquot, selon le processus suivant :*

a) Les comités suivants entreprendront, dans le détroit de Clayoquot, la gestion des ressources et la planification du territoire, en fonction du mandat établi ou envisagé pour chaque comité :

- (i) The Inter-Agency Review Team;
- (ii) The Scenic Corridors Committee;
- (iii) Le projet "Biosphère" de l'UNESCO;
- (iv) The Model Forest;
- (v) The Forestry Inventory Audit.

Les comités ci-dessus remettront leurs rapports, recommandations et décisions à la Commission. De plus, les comités spécialisés suivants auront un rôle consultatif particulier à jouer auprès de la Commission et la Colombie-Britannique devra présenter à la Commission les recommandations de ces comités avant de les rendre publiques.

- (vi) The Scientific Panel;
- (vii) C.O.R.E.

b) *Toute décision ayant trait à la gestion des ressources ou à la planification du territoire prise par les comités ci-dessus ou un organisme gouvernemental doit être communiquée à la Commission régionale centrale. La Commission peut, à tout moment, revoir cette décision sur demande de l'un des membres des comités ci-dessus.*

c) La Commission régionale centrale se réunit périodiquement et ses

responsabilités comprennent ce qui suit :

[...]

(ii) *l'examen des plans d'utilisation du territoire, des plans d'utilisation des ressources locales, des plans relatifs à l'ensemble des ressources ainsi que de tout plan analogue visant l'extraction des ressources, l'aliénation des ressources qui proviennent des terres ou des eaux, l'aquaculture, les tenures, la gestion de la faune et l'exploitation minière dans le détroit de Clayoquot.* Les parties peuvent ajouter des éléments à cette liste si on obtient le consentement de chacune. En moins d'un mois, la Commission acceptera ces plans, proposera des modifications ou recommandera de les rejeter. Les conclusions et les décisions de la Commission seront renvoyées à l'organisme de départ. Si ces conclusions et décisions ne sont pas mises en application à la satisfaction de la Commission en moins d'un mois, celle-ci peut saisir le Cabinet de la question.

[...]

(vii) *l'analyse de données scientifiques pour déterminer s'il est possible d'élaborer un objectif commun aux premières nations et à la Colombie-Britannique* visant à arrêter des zones écologiques dans l'île de Vancouver, en ayant à l'esprit le pourcentage de 12 % préconisé par les Nations Unies.

d) Les parties doivent mettre sur pied une Commission régionale centrale composée de représentants des cinq premières nations et de la Colombie-Britannique. Cette Commission doit avoir un président et un secrétaire, outre les représentants des premières nations et de la Colombie-Britannique. La Commission déterminera ses règles de fonctionnement de façon à être efficace et efficiente, à gérer correctement les ressources et à respecter les intérêts des générations actuelles et futures.

e) Les décisions de la Commission sont prises à la majorité, pour chaque groupe de représentants. Pour plus de certitude, les représentants des premières nations doivent voter à la majorité pour qu'une décision soit adoptée par la Commission. *Le présent accord prévoit que la Commission prendra les décisions par voie de consensus après que les parties auront conclu une entente en ce sens* [...]

g) Les objectifs suivants doivent guider la Commission :
[...]

3. Réduire le taux de chômage actuel de 70 % des communautés autochtones du détroit de Clayoquot à un taux comparable à celui qui existe dans les communautés non autochtones.

4. Dans l'intérêt des générations futures du détroit de Clayoquot, soutenir l'objectif des Nations Unies visant à assurer que les zones écologiques représentent 12 % de la superficie totale. *La Commission souhaitera peut-être étudier des méthodes innovatrices qui permettent d'atteindre cet objectif en respectant la perspective des premières nations.*

5. Restaurer et améliorer les ressources fauniques, les réserves de poisson, les cours d'eaux et les forêts du détroit de Clayoquot, et protéger les réserves reconstituées.

6. Assurer que l'on respecte les normes internationales au chapitre de la protection de la forêt, comme celles qui sont envisagées par le Comité scientifique pour le détroit de Clayoquot et celles qui figurent au Code des pratiques forestières (actuellement à l'état de projet), *en intégrant la perspective des premières nations*.

7. Veiller à ce que l'industrie forestière, dans le détroit de Clayoquot, soit viable et connaisse une expansion soutenue. [...]

9. Prévoir des options pour le règlement des revendications des premières nations, en accordant une attention spéciale aux options qui ont trait à la vallée du fleuve Clayoquot, à l'île de Flores, à la ligne de partage des eaux de l'anse de Hesquiaht Point et à l'île de Meares, ainsi qu'à l'expansion des terres et des ressources des premières nations.

10. Respecter et protéger l'utilisation des ressources par les autochtones du détroit de Clayoquot. [...]

12. Voir à ce que les environnementalistes, les travailleurs, l'industrie, les premières nations, ceux qui utilisent les ressources à des fins récréatives, les gouvernements et tous ceux qui s'intéressent au détroit de Clayoquot se réconcilient.

13. *Encourager le respect du patrimoine autochtone dans le détroit de Clayoquot*, ce qui comprend la protection des lieux de sépulture et des objets fabriqués par des générations antérieures d'autochtones, et celle de tout lieu historique remarquable.

14. Conserver les ressources du détroit de Clayoquot et assurer la certitude des titres.

15. Établir un dialogue continu au sein de la communauté. Définir le mieux possible comment la forêt doit être utilisée ainsi que les avantages économiques, sociaux et culturels qui peuvent être tirés de chaque utilisation. De telles données, et les discussions qui s'ensuivront, pourraient aider à prendre des décisions éclairées sur l'utilisation du territoire du détroit de Clayoquot; on pourrait prévoir, à cette fin, la tenue d'ateliers communautaires ainsi que des études générales menées par des consultants.

11. *Les parties mettront sur pied un Conseil régional central sur les ressources composé des chefs héréditaires des tribus de la région centrale du Nuuchah-nulth et de Ministres de la Colombie-Britannique.* Les chefs héréditaires et les Ministres peuvent nommer

des délégués au Conseil si ces délégués peuvent exercer les pouvoirs d'un chef héréditaire ou d'un Ministre dans les affaires du Conseil. Celui-ci peut inviter un Ministre du gouvernement du Canada s'il le juge souhaitable.

- a) Le Conseil se réunit au moins deux fois l'an pour traiter de questions d'importance fondamentale.
- b) Le Conseil se réunit pour étudier des solutions lorsque le Cabinet n'accepte pas la décision de la Commission sur une question qui figure à l'alinéa 10 c) (ii), et l'une des parties doit soumettre le problème au Conseil.
- c) Le Conseil doit se réunir le 15 janvier 1996 pour régler les différends, s'il en est, qui subsistent entre la première nation hesquiaht et la Colombie-Britannique au sujet du Plan global des ressources; ce Plan doit être dressé avec la participation de la première nation hesquiaht, *en tant que gouvernement*, et porter sur la ligne de partage des eaux de l'anse de Hesquiaht Point; on tiendra compte, dans ce cas, du plan intitulé *Management for a Living Hesquiaht Harbour* et des intérêts des premières nations. [...]

12. Le présent accord doit être interprété à la lumière de l'engagement de la Colombie-Britannique voulant que la décision relative au détroit de Clayoquot du 13 avril 1993 soit "sous toutes réserves" des droits ancestraux et des négociations en vue de la conclusion de traités". (Interim Measures between Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia and the Hawaii of Clayoquot Sound, 10 décembre 1993) [C'est moi qui souligne.]

Bien entendu, puisque l'accord qui précède a précisément été conclu sous toutes réserves des droits ancestraux et des négociations en vue de la conclusion de traités, on n'y fait mention ni de la reconnaissance ni de l'extinction des droits ancestraux. Mais nombre de dispositions de cet accord *pourraient* renvoyer à la reconnaissance et à l'exercice de ces droits. La mention de "négociations menées entre [...] gouvernement[s]", au paragraphe C. du préambule peut être explicitement reliée au droit à l'autonomie gouvernementale des autochtones et le paragraphe E. exprime clairement la notion d'intendance (c'est-à-dire, pour les tribus du centre du Nuu-chah-nulth et la plupart des autres premières nations, l'essence même de leurs droits ancestraux, lesquels sont envisagés comme la contrepartie de leurs responsabilités). La participation des premières nations à la Commission régionale centrale fait aussi référence à leur droit à l'autonomie gouvernementale pour ce qui est des ressources, droit qui doit être exercé de concert avec les organismes gouvernementaux de la province. Le fait qu'on envisage que les décisions de la Commission seront éventuellement prises par consensus renvoie de nouveau à la reconnaissance du protocole diplomatique autochtone. L'accord stipule qu'on doit intégrer "la

perspective des premières nations" au projet de Code des pratiques forestières et que l'objectif fixé par les Nations Unies au chapitre du pourcentage des zones écologiques doit être atteint "en respectant la perspective des premières nations". Le législateur n'a pas beaucoup à faire pour relier la reconnaissance de la perspective des premières nations aux droits ancestraux de partager la jouissance, à titre de bénéficiaires, des terres et des ressources et à ceux de prendre des décisions sur l'utilisation de ces ressources.

Le paragraphe 3 de l'accord, où l'on parle d'entamer le processus qui vise à "déterminer quelles sont les terres des premières nations, les terres qui seront gérées conjointement et celles qui seront mises en valeur" renvoie à une classification tripartite des terres et des ressources analogue au modèle que j'ai proposé plus tôt. L'accord fait aussi mention d'un parc tribal. Bien que ce concept ne soit pas davantage défini, il incorpore certaines idées que les Haida de l'île de Gwai Haanas (South Moresby) avaient déjà élaborées. Contrairement à la plupart des parcs nationaux, la conservation des parcs tribaux dans l'intérêt des générations à venir est fondée non seulement sur la protection de la faune et la poursuite d'activités récréatives, mais aussi sur le respect et l'entretien de lieux qui ont une signification historique, culturelle et spirituelle particulière pour les autochtones. Le titre de propriété à l'égard de ces lieux est distinctement autochtone; en indiquant que leur caractère juridique est ancré dans un titre ancestral, on reconnaît et on respecte cette réalité.

En tant qu'accord sur des mesures provisoires, l'Accord du détroit de Clayoquot est axé sur la mise en place de processus conjoints destinés à la gestion des ressources et à la planification du territoire. Au chapitre des forêts, il prévoit des "forêts gérées de façon coopérative" ainsi que des dispositions détaillées (que je n'ai pas citées plus haut) sur les taux de récolte pour les deux prochaines années. Le concept de la "forêt gérée de façon coopérative" n'est élaboré dans l'accord qu'en termes de "mécanismes coopératifs" de gestion conjointe, mais il pourrait également être défini dans une entente de règlement des revendications territoriales par rapport au titre sous-jacent de la Couronne et au titre ancestral. La reconnaissance de la perspective autochtone exige qu'on énonce formellement les éléments que les premières nations présentent à la table de négociations (leur titre ancestral et leur droit à l'autonomie gouvernementale); cette reconnaissance est tout aussi essentielle à une coopération et à un règlement véritables que la mise en place de mécanismes coopératifs telle la Commission régionale centrale du détroit de Clayoquot.

Je devrais préciser ici que je ne crois pas que l'Accord sur des mesures provisoires du détroit de Clayoquot soit un modèle de règlement final. En tant que "mesures provisoires", on suppose (comme on le fait dans la Politique des revendications globales du fédéral) que les décisions relatives à la gestion des ressources et de l'environnement relèvent en définitive du Cabinet provincial parce que les questions sur lesquelles porte l'accord sont de compétence provinciale. La compétence de la Commission centrale lui est donc déléguée : tout comme c'était le cas dans les ententes signées avec des populations autochtones du Nord (sur lesquelles nous nous sommes penchés précédemment), cette compétence ne découle pas du droit autochtone préexistant à l'autonomie gouvernementale. Comme pour les arrangements en vue de "gérer les forêts de façon coopérative", toute commission véritablement coopérative qui s'occupe de la gestion des ressources et de la planification du territoire (et à qui incombent de vastes responsabilités de nature générale comme la gestion et la conservation des ressources dans l'intérêt des générations à venir) doit, si elle incorpore les intérêts des premières nations, reconnaître la réalité historique et juridique des régimes autochtones préexistants qui ont assuré une gestion des ressources productive et soutenu nombre de générations avant l'arrivée des Européens.

Dans une entente finale, un organisme comme la Commission régionale centrale doit tirer sa compétence du droit autochtone à l'autonomie gouvernementale et des pouvoirs provinciaux. Cet arrangement n'empêcherait pas de conclure un accord aux termes duquel la province pourrait avoir le dernier mot lorsqu'il s'agit de trancher des questions qu'elle estime être critiques à l'intérêt public; de même, on pourrait prévoir que les premières nations jouiront du pouvoir décisionnel final dans des domaines qui touchent essentiellement leurs intérêts. Lors des récents échanges constitutionnels, la notion de fédéralisme asymétrique a été présentée au grand public canadien; cette notion pourrait bien avoir un rôle à jouer dans l'élaboration d'ententes entre les premières nations et les gouvernements fédéral et provinciaux, particulièrement dans le contexte de la gestion conjointe des terres et des ressources. Il importe toutefois de ne pas supposer que les arrangements asymétriques doivent toujours servir les intérêts des gouvernements fédéral et provinciaux.

Selon le modèle que j'ai proposé, la "troisième catégorie de terres" s'entend des parties du territoire autochtone traditionnel qui relèveront principalement (sinon exclusivement) de la compétence des gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux; dans cette catégorie, aucun

droit de jouissance à titre de bénéficiaire ne sera dévolu aux premières nations. Prenons, à cet égard, l'exemple qui est peut-être le plus clair. Considérons la région de Vancouver : dans ce cas-ci, par suite d'aliénations considérables, les premières nations se trouvent effectivement (sinon légalement) dépossédées de toutes leurs terres à l'exception de celles destinées à l'établissement de réserves indiennes. Le gouvernement fédéral continue à soutenir que, dans cette région, le titre ancestral à l'égard de la terre a été "remplacé légalement", ce qui semble vouloir dire qu'il a été éteint.

Il est probablement juste de dire que, pour la plupart des non-autochtones, il est clair que la reconnaissance d'un titre ancestral sur une ville comme Vancouver (indépendamment des autres objets négociés) est impossible en raison des événements historiques implacables qui ont eu lieu au siècle dernier. Cependant, si on prend au sérieux la façon dont les premières nations voient leur titre ancestral, cette conclusion est loin d'être évidente. C'est ici qu'on peut saisir la différence entre le fait de reconnaître les répercussions du processus historique qu'est le colonialisme et celui de capituler devant elles. J'ai déjà indiqué à maintes reprises que l'essence même du titre ancestral réside dans le lien spécial qui unit les premières nations et leurs territoires, et que ce lien a des racines spirituelles et historiques profondes. Bien qu'il puisse être affaibli (et il l'a été dans nombre de cas), il ne peut par nature être coupé (volontairement ou non). Il renvoie à l'essence d'un peuple, à la façon dont celui-ci voit sa place dans le monde, et à celle dont il envisage la terre d'où il provient et à laquelle il sera toujours uni. Il faut donc que les ententes contemporaines en vue du règlement des revendications territoriales reconnaissent et respectent ce lien spécial.

Pour atteindre ce but, on pourrait, par exemple, inclure dans l'entente un exposé sur le lien historique et spirituel qui unit les premières nations à leur territoire, et ajouter à cet exposé des arrangements normatifs divers. Ainsi, on pourrait reconnaître que les premières nations ont le droit, en vertu de leur titre ancestral, d'être l'hôte d'événements officiels importants qui ont lieu à l'échelle locale, nationale et internationale et qui se déroulent sur leurs territoires; il s'agirait là d'un protocole diplomatique établi. On pourrait aussi prévoir qu'elles ont le droit de participer à des délégations lorsqu'il s'agit de l'avenir du territoire (la planification d'une foire internationale, d'une olympiade ou des jeux du Commonwealth, par exemple). En confiant aux premières nations ce rôle diplomatique, on respecte et reconnaît leur lien spécial avec leurs territoires ainsi que leurs responsabilités pour ce qui est d'assurer que leurs enfants auront toujours une place

honorable aux feux de Conseils où on décide de leur avenir. Comme tel, ce rôle reflète de façon contemporaine le titre ancestral et c'est de cette façon qu'il serait défini dans l'entente.

Il n'est pas difficile d'imaginer des occasions où il serait possible d'honorer ce titre ancestral. Songeons, par exemple, au sommet de Vancouver tenu en 1993, où les présidents Eltsine et Clinton se sont rencontrés. Le gouvernement du Canada a proposé que cette réunion se déroule à Vancouver, car il s'agissait là d'un lieu neutre pour discuter, entre autres questions importantes, du rôle que l'Ouest peut jouer pour soutenir et encourager la restructuration économique de l'ex-Union soviétique. À l'occasion de cette réunion, c'est le Canada qui a joué le rôle d'hôte diplomatique. Cependant, aux termes des arrangements que j'ai proposés plus tôt, ce rôle serait partagé avec les premières nations parce que les présidents Eltsine et Clinton se trouvent dans leurs territoires traditionnels, à titre d'invités. Il ne faut pas croire que ce rôle d'hôte diplomatique, qui peut être exercé grâce au titre ancestral qui est conservé, n'a qu'une importance symbolique. En effet, le premier ministre Mulroney s'est appuyé sur cette position d'hôte diplomatique pour réaffirmer le rôle du Canada au plan international ainsi que l'engagement de ce pays à aider le président Eltsine dans la restructuration économique de la Russie. Si les premières nations avaient joué un rôle diplomatique à cette rencontre au sommet, il aurait été approprié, puisque 1993 avait été déclaré "Année internationale des populations autochtones", de soulever à Vancouver la question de la lutte des peuples autochtones à l'échelle internationale et, en particulier, de demander aux présidents Clinton et Eltsine ainsi qu'au premier ministre Mulroney d'agir comme chefs de file et d'enjoindre tous les gouvernements (dont les leurs) à considérer en premier la restructuration politique et économique de leurs relations avec les peuples autochtones.

Voici un autre exemple, tiré des événements internationaux, qui illustre comment la reconnaissance des droits et des responsabilités diplomatiques des premières nations a des effets qui ne sont pas que symboliques. L'Institute for Studies in Criminal Justice Policy, dont le siège est à l'Université Simon Fraser, vient de commencer à étudier la possibilité de tenir une conférence internationale à Vancouver, laquelle porterait sur la justice telle que perçue et expérimentée par les autochtones. Plusieurs personnes ont d'abord été consultées, y compris l'auteur du présent document, pour déterminer comment il conviendrait de structurer la conférence. Selon le modèle que j'ai élaboré plus haut, j'ai proposé que les premières nations dont le territoire traditionnel est compris dans Vancouver devraient être invitées à participer en

reconnaissance de leurs droits en tant qu'hôtes diplomatiques. À une deuxième rencontre du groupe consultatif, des représentants des nations musqueam et squamish ont joué un rôle fort important : ils ont accepté d'agir comme hôtes à la conférence et ont dispensé conseils et avis sur la façon dont la conférence devrait être organisée et sur les thèmes qui devraient être étudiés. Par suite de cette deuxième rencontre, on a décidé que les premières nations de la région de Vancouver joueront un rôle primordial pour ce qui est d'inviter les gouvernements et les organisations autochtones et non autochtones à assister à cette conférence internationale et d'offrir l'hospitalité à ceux qui se rendront à Vancouver. Outre ce rôle diplomatique, on envisage que l'expérience de ces premières nations et leur conception de la justice alimenteront l'esprit et la substance de la conférence.

Il y a aussi d'autres moyens de respecter et de reconnaître le lien entre les peuples autochtones et leurs territoires, en tant qu'élément du titre ancestral qu'elles ont conservé. En 1991, une partie des terres qui ont été dotées à l'Université de la Colombie-Britannique, et qui se trouvent à l'intérieur du territoire traditionnel des Musqueam, ont été désignées par le gouvernement provincial, mais sans le consentement des Musqueam, pour former le Pacific Spirit Provincial Park. Quelle que soit la signification légale de cette décision, il s'agit carrément d'une insulte diplomatique à la nation musqueam. Dans une entente de règlement des revendications territoriales, on pourrait définir le titre ancestral que les Musqueam conservent de façon à prévoir que les anciens de cette nation ont le droit de nommer, dans leur propre langue, un lieu de refuge et de contemplation où se trouve depuis longtemps l'aigle à tête blanche et où réside l'esprit des ancêtres. Ce respect et cette reconnaissance ne devraient pas dépendre de la largesse du gouvernement ou de vagues de rectitude politique et morale; ils devraient découler d'un droit reconnu par la loi et fondé sur le titre ancestral.

L'Entente des Gwich'in et l'Entente des premières nations du Yukon reconnaissent toutes deux l'importance des toponymes autochtones. Ainsi, dans cette deuxième entente, l'un des objectifs énoncés au chapitre 13, intitulé "Patrimoine", consiste à :

[R]econnaître l'intérêt des Indiens du Yukon en ce qui a trait à l'interprétation des toponymes et des ressources patrimoniales autochtones se rapportant directement à la culture des Indiens du Yukon. (Article 13.1.1.12)

En vertu de l'Entente du Yukon, la Commission toponymique du Yukon compte des membres dont la moitié sont des Indiens du Yukon et l'autre moitié des personnes dont la nomination a été recommandée par le gouvernement. Lorsqu'une première nation nomme ou

renomme des lieux ou caractéristiques géographiques situés sur les terres visées par le règlement, le toponyme retenu est réputé avoir été approuvé par cette Commission (article 13.11.3). La Commission doit aussi consulter une première nation du Yukon lorsqu'elle nomme ou renomme des lieux ou caractéristiques naturelles situés sur le territoire traditionnel de cette première nation (article 13.11.2). Ce sont là des dispositions importantes; toutefois, dans l'Entente du Yukon, elles ne sont pas directement reliées au titre ancestral qui est conservé ni énoncées en tant que reconnaissance de ce titre. Le modèle que je propose contiendrait toutefois une reconnaissance explicite en ce sens.

Les exemples ci-dessus ne sont donnés qu'à titre indicatif. Il reviendrait à chaque première nation de déterminer les lieux et caractéristiques naturelles dont elle continue à être responsable, ce qui permettrait de refléter, de façon contemporaine, son titre ancestral à l'égard du territoire.

Il faut faire une dernière observation par rapport à cette troisième catégorie de territoires autochtones. Il est clair que, contrairement à la première catégorie de territoires, l'exercice du titre ancestral est beaucoup plus restreint. En fait, cette limitation découle principalement de nouvelles circonstances historiques. Toutefois, il ne s'ensuit pas nécessairement, du point de vue juridique ou logique, que le titre ancestral, tel que défini dans la première catégorie de territoires, doit être considéré comme éteint dans la troisième catégorie. Le règlement contemporain des revendications territoriales doit établir le rapprochement dont j'ai parlé plus tôt. Pour chaque catégorie de terres (et la classification à laquelle j'ai procédé n'est qu'un exemple), le titre ancestral refléterait divers regroupements de droits et de responsabilités, selon les arrangements auxquels on en arrivera dans différentes parties du territoire. Ce serait une erreur (et une erreur bien inutile) de mesurer ce rapprochement en fonction de l'extinction des droits. En retenant l'approche que je propose (et en mettant de côté la question de l'intérêt des tiers, sur laquelle je me pencherai immédiatement), il est possible de concevoir une entente contemporaine sur les revendications territoriales qui ne contient aucune disposition sur l'extinction du titre ancestral. Cette entente confirmerait plutôt le titre ancestral dont la teneur, quoique précise, différerait en fonction des diverses catégories de terres prévues.

Certitude et protection des intérêts des tiers

Depuis son élaboration en 1973, la Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des

revendications territoriales a cherché à protéger l'intérêt existant des tiers. En 1985, le Groupe d'étude a reconnu dans son rapport que "les droits existants de tiers sur les terres traditionnelles des autochtones devraient être respectés. Les droits des tiers ne peuvent être affectés que dans certains cas. Dans tous les cas, de tels droits devraient être traités équitablement^{xxii}." L'année suivante, le gouvernement fédéral, dans sa Politique révisée, a accepté cette approche en déclarant ce qui suit :

Dans ses efforts pour définir les droits des peuples autochtones, le gouvernement du Canada n'a pas l'intention de porter préjudice aux droits existants des autres personnes. Les intérêts du public et des tiers seront respectés dans la négociation des règlements des revendications et, dans les cas où ils seront touchés, on prendra des mesures équitables. (*Politique des revendications globales* [Ottawa : Affaires indiennes et du Nord canadien, 1987], pp. 21-22)

Aux termes de toutes les ententes sur les revendications territoriales conclues jusqu'à maintenant, les droits reconnus à l'égard des terres visées par le règlement (en tant que droits octroyés en vertu de l'entente ou que titre ancestral conservé) sont assujettis aux "droits, titres ou intérêts sur ces terres qui existent à la date de la loi de mise en oeuvre"^{xxiii}. Dans le cas des terres non visées par le règlement, les intérêts des tiers sont protégés par la renonciation générale à tous les droits et titres ancestraux. Dans le modèle que j'ai proposé dans la dernière section, l'hypothèse de base, c'est qu'il n'est pas nécessaire que les premières nations renoncent à leur titre ancestral pour atteindre les objectifs des ententes de règlement. Il reste maintenant à répondre à la question suivante : indépendamment de cette hypothèse, la renonciation au titre ancestral s'impose-t-elle pour que soient protégés les droits existants des tiers?

Avant de répondre à cette question, il faut énoncer l'hypothèse qui sous-tend la position du gouvernement fédéral, selon laquelle il est nécessaire d'obtenir la cession du titre ancestral pour protéger les intérêts des tiers et assurer la certitude des octrois fonciers à venir. Cette hypothèse fait intervenir plusieurs principes juridiques qui, comme je l'ai déjà signalé, étayent la façon dont, en common law, on voit le titre ancestral. Ces principes sont les suivants : la Couronne détient le titre sous-jacent à l'égard des terres qui relèvent de sa compétence; le titre ancestral grève le titre de la Couronne; il ne peut être aliéné en faveur d'un tiers mais seulement cédé à la Couronne. En exigeant que les premières nations cèdent leur titre ancestral à la Couronne, on élimine tout doute quant à la certitude des octrois consentis par celle-ci (lorsqu'aucun traité ne constate la cession) et toute concession ultérieure peut être accordée sans qu'on lui oppose de titre ancestral. Dans les deux cas, on ne peut faire valoir le titre ancestral

pour contester l'intérêt des tiers.

Il est important de bien comprendre le contexte historique et conceptuel dans lequel ces principes ont été élaborés. Depuis longtemps, la common law reconnaît comme principe fondamental que tout titre foncier découle de la Couronne. Ce principe est lié aux origines féodales et à la nature du système de tenure anglais. C'est en vertu de ce principe que la Couronne octroyait des chartes et des lettres patentes pour la propriété des terres dans les colonies de l'Amérique du Nord britannique. La Cour suprême des États-Unis, dans les décisions qu'elle a prononcées au début du XIX^e siècle et qui ont fait école, a reconnu que les octrois accordés par la Couronne, grâce auxquels le cessionnaire obtenait effectivement un titre de propriété, ne visaient pas à annuler les droits préexistants des premières nations et, en fait, n'ont pas eu cet effet. Comme le juge en chef Marshall l'a déclaré dans la décision *Worcester v. Georgia*,

[TRADUCTION] On savait bien que ces octrois accordaient un titre qui, selon le droit européen qui régissait les affaires d'Amérique, était clairement valide, mais sans plus. Il s'agissait du droit exclusif d'acquérir les terres que les autochtones étaient prêts à vendre. On ne pouvait soutenir que la Couronne octroyait ce qu'elle ne prétendait pas posséder; d'ailleurs, on ne croyait pas que les octrois signifiaient cela.

[C]es octrois conféraient un titre qui n'était opposable qu'aux Européens; pour ce qui est des droits des autochtones, on considérait que c'était là une feuille vierge. (31 U.S. (6 Ed) 515 (1832); 8 L. Ed. 483, pp. 495-496)

Dans les premiers temps de la colonisation, en Amérique du Nord, il était courant que les colons britanniques rendent opposable le titre foncier qu'ils détenaient en vertu d'une charte de la Couronne en faisant l'acquisition de terres auprès des premières nations. Un exemple du XVII^e siècle illustre comment se rejoignent les principes féodaux et les réalités coloniales et autochtones de l'Amérique du Nord. En 1636, William Alexander, comte de Stirling et secrétaire du royaume d'Écosse, reçut une lettre patente pour la propriété de Long Island (où se trouve maintenant l'État de New York). Trois ans plus tard, un colon anglais, Lyon Gardiner, négociait le premier octroi de terres avec les Indiens de l'est de Long Island. Les droits octroyés par les Indiens à Lyon Gardiner furent confirmés dans un octroi parallèle consenti au nom du comte de Stirling en 1640. Aux termes de cet octroi, dans lequel on fait mention, dans les termes suivants, du titre indien antérieur ainsi que de l'acquisition faite par Lyon Gardiner, celui-ci avait le droit de jouir de la possession de l'île de Manchonack et d'y instaurer des lois civiles :

[TRADUCTION] [...] laquelle île a été achetée, avant mon arrivée, aux anciens habitants, les Indiens; malgré cela, ledit Lyon Gardiner possédait la terre que lui avaient cédée les Indiens avant mon arrivée mais, maintenant, il est satisfait de détenir ce titre à l'égard de l'île susmentionnée en vertu d'une concession du comte de Stirling ou de ses successeurs, quels qu'ils soient, qui lui-même détient un octroi que lui a accordé le Roi d'Angleterre sous le Sceau du royaume susmentionné. (Octroi accordé à Lyon Gardiner, le 10 mars 1640, E.A.I.D., vol. II, p. 59)

L'effet, sur les droits existants des Indiens, d'un octroi de terres en vertu d'une charte royale est également reflété dans la formulation d'une lettre patente accordée à un groupe d'Anglais afin de coloniser des terres sur Long Island. Dans cette lettre patente, on déclare ce qui suit après avoir énoncé l'octroi :

[TRADUCTION] [...] les habitants susmentionnés pourront acheter, en leur nom propre et à leur convenance à tout Indien qui habite les terres ou qui exerce un droit sur elles, les terres susmentionnées ou une partie de celles-ci, lesquelles terres deviennent alors leur patrimoine pour eux-mêmes et leurs héritiers, à jamais. (E.A.I.D., vol. VII, p. 60)

De cette façon, en vertu d'un octroi de la Couronne qui porte sur son titre sous-jacent et par l'achat du titre ancestral, le cessionnaire acquérait un intérêt complet dans la terre. Par la suite, conformément aux origines féodales du système de tenure anglais, cet intérêt était réputé provenir de la Couronne.

L'histoire de la colonisation contient nombre de preuves qui démontrent que les colonisateurs, en faisant l'acquisition de terres auprès des premières nations, ont de plus en plus eu recours à des pratiques commerciales malhonnêtes; ces pratiques ont occasionné beaucoup de troubles et, dans nombre de cas, ont abouti à des hostilités. C'est pour cette raison que la plupart des colonies ont introduit des lois qui interdisent de telles acquisitions et les déclarent nulles. Par la *Proclamation royale de 1763*, la Couronne réaffirmait, en tant que politique et loi impériales, son monopole sur l'acquisition des droits indiens à l'égard des terres grâce à la mise en place d'un système de traités publics. Le paragraphe quatre [*sic*] de cette proclamation stipule ce qui suit :

Attendu qu'il s'est commis des fraudes et des abus dans les achats de terres des sauvages au préjudice de Nos intérêts et au grand mécontentement de ces derniers, et afin d'empêcher qu'il ne se commette de telles irrégularités à l'avenir et de convaincre les sauvages de Notre esprit de justice et de Notre résolution bien arrêtée de faire disparaître tout sujet de mécontentement, Nous déclarons de l'avis de Notre Conseil privé, qu'il est strictement défendu à qui que ce soit d'acheter aux sauvages des terres qui leur sont réservées dans les parties de Nos colonies, où Nous avons cru à propos de permettre des établissements; cependant si quelques-uns des sauvages, un jour ou l'autre, devenaient enclins à se départir desdites terres, elles ne pourront être achetées que pour Nous, en Notre nom, à une réunion publique ou à une assemblée des sauvages qui devra être

convoquée à cette fin par le gouverneur ou le commandant en chef de la colonie, dans laquelle elles se trouvent situées. (L.R.C. 1985, Appendice II, n^o 1)

Il est clair, d'après les circonstances historiques qui ont donné naissance à la restriction visant l'aliénation des terres indiennes aux tiers, qu'il s'agissait de protéger les intérêts des Indiens et que cette restriction ne découlait pas d'une limite imposée au titre ancestral. Le juge Dickson, dans l'arrêt *Guerin*, a examiné la continuité historique de cette politique et le raisonnement qui la sous-tend :

[C]ette politique concernant la vente ou le transfert du droit que possèdent les Indiens sur leurs terres a été maintenue de façon non interrompue par la Couronne britannique, par les gouvernements des colonies à partir du moment où ceux-ci sont devenus responsables de l'administration des affaires indiennes et, après 1867, par le gouvernement fédéral du Canada. Les lois fédérales successives qui ont précédé l'actuelle *Loi sur les Indiens* prévoyaient toutes l'inaliénabilité générale des terres des réserves indiennes, sauf dans le cas d'une cession à Sa Majesté. Les dispositions pertinentes de la Loi actuelle sont les art. 37 à 41.

Cette exigence d'une cession vise manifestement à interposer Sa Majesté entre les Indiens et tout acheteur ou locataire éventuel de leurs terres, de manière à empêcher que les Indiens se fassent exploiter. Cet objet ressort nettement de la Proclamation royale elle-même qui porte, au début de la disposition qui fait de Sa Majesté un intermédiaire, "qu'il s'est commis des fraudes et des abus dans les achats de terres des sauvages au préjudice de Nos intérêts et au grand mécontentement de ces derniers [...]". En confirmant dans la *Loi sur les Indiens* cette responsabilité historique de Sa Majesté de représenter les Indiens afin de protéger leurs droits dans les opérations avec des tiers, le Parlement a conféré à Sa Majesté le pouvoir discrétionnaire de décider elle-même ce qui est vraiment le plus avantageux pour les Indiens. Tel est l'effet du par. 18 (1) de la Loi. (*Guerin c. La Reine* [1984] 2 R.C.S. 335, pp. 383-384)

Dans l'arrêt *Guerin*, le juge Dickson a déclaré que la nature des intérêts des premières nations à l'égard de leurs terres "se distingue donc surtout par son inaliénabilité générale [sauf à la Couronne] et par le fait que Sa Majesté est tenue d'administrer les terres pour le compte des Indiens lorsqu'il y a eu cession de ce droit." Le lien entre ces deux caractéristiques et la politique de protection que reflète la Proclamation royale a été clairement souligné par Sa Seigneurie :

Ces deux aspects du titre indien vont de pair, car, en stipulant que le droit des Indiens ne peut être aliéné qu'à elle-même, Sa Majesté voulait au départ être mieux en mesure de représenter les Indiens dans les négociations avec des tiers. (*Guerin c. La Reine* [1984] 2 R.C.S. 335, pp. 383-384)

Face à cette mesure historique interdisant d'acheter à titre privé les terres indiennes, il convient de se demander si, dans le contexte des ententes contemporaines de règlement des

revendications territoriales, il est nécessaire et légitime de maintenir que la validité des octrois consentis à des tiers à l'égard de terres qui peuvent être assujetties à un titre ancestral ne peut être assurée que par la cession de ce titre à la Couronne. Les ventes privées effectuées au XVIII^e siècle (sur lesquelles la politique en question portait) ont eu lieu dans des circonstances complètement différentes de celles qui entourent les ententes contemporaines de règlement des revendications territoriales. Souvent, les autochtones qui ont signé les actes de vente n'étaient pas autorisés à vendre la terre, les acheteurs étaient des spéculateurs sans scrupules qui taisaient les dimensions exactes de la terre à acheter et les actes de vente étaient rédigés dans une langue technique qui ne correspondait pas à la façon dont les Indiens comprenaient la transaction. Le fait d'exiger que tous les achats de terres se fassent par l'entremise d'une cession à la Couronne a mis fin au problème des transactions privées frauduleuses et déshonorantes, mais la conclusion de traités au XIX^e siècle, aux limites du développement colonial du Canada, démontre bien qu'il y a eu des malentendus fondamentaux au sujet du sens des traités et des cessions foncières, et ce, même avec l'autorisation des commissaires indiens nommés par la Couronne. Qui plus est, au cours du XIX^e siècle (et donc en plein colonialisme), les hypothèses racistes se sont enracinées et ont renforcé le besoin de protéger les premières nations contre ce qu'on estimait être leur propre incompetence et ignorance.

Comparons à ce qui précède le contexte dans lequel s'inscrivent les ententes contemporaines de règlement des revendications territoriales. Les premières nations ont payé très cher les leçons de l'histoire : elles ne connaissent que trop les problèmes qui surviennent lorsque la formulation d'une entente ne reflète pas leurs intentions véritables. De nos jours, les négociateurs qui s'occupent de leurs revendications territoriales peuvent obtenir de multiples avis et conseils auprès des anciens et des avocats des parties autochtones. Bien que, dans certaines circonstances, il soit inexact de parler de chances égales (dans le cas, par exemple, de la construction (ou de la construction imminente) d'un projet de développement sur une grande échelle, comme c'est le cas à la Baie James), il reste que le processus de la décolonisation, chez les premières nations, a suffisamment progressé pour qu'on cesse de considérer que les règles qui ont été adoptées comme mesure de protection dans un contexte fort différent de celui qui prévaut aujourd'hui, et qui reflètent l'approche coloniale et les hypothèses qu'elle implique au chapitre de la dépendance des Indiens, empêchent d'élaborer des arrangements créatifs pour atteindre les objectifs des ententes contemporaines de règlement des revendications territoriales.

Quand je soutiens que, dans le contexte des ententes contemporaines de règlement des revendications territoriales, il n'est plus nécessaire de maintenir la restriction selon laquelle les terres autochtones ne peuvent être aliénées qu'à la Couronne, je ne dis pas que l'aliénabilité de ces terres ne doit faire l'objet d'aucune limitation. Étant donné que l'un des principaux objectifs des ententes de règlement consiste à garantir que les générations futures de peuples autochtones auront une place sur le territoire de leurs ancêtres, il se peut que nombre de premières nations insistent pour qu'il soit à jamais impossible d'aliéner au moins une partie de leur territoire. Même lorsqu'elles envisagent d'aliéner une partie de leur territoire, les premières nations voudront probablement prévoir des dispositions pour que la cession ait lieu uniquement après que la communauté a été consultée et qu'elle a donné son consentement éclairé. L'histoire compte trop d'exemples où les terres des réserves indiennes ont été aliénées sans que les dispositions de la *Loi sur les Indiens* assurent que le consentement de la communauté avait été obtenu (alors qu'il s'agit là de l'objectif de ces dispositions). Il est certain que les peuples autochtones peuvent eux-mêmes élaborer des dispositions qui assurent que l'histoire ne se répète pas.

De même, il ne faut pas penser que l'argument que j'ai présenté plus haut exige qu'on abandonne la notion de l'obligation de fiduciaire de la Couronne. Dans l'arrêt *Guerin*, le tribunal a reconnu cette obligation et, par le fait même, a admis la nécessité d'appliquer des recours opposables pour corriger les injustices qui ont été commises parce que la Couronne n'a pas protégé correctement les intérêts fonciers des Indiens en vertu d'un régime qui prévoyait que Sa Majesté avait le monopole de l'acquisition des terres indiennes et dispensait aux bandes autochtones des conseils de nature juridique. De plus, la notion de l'obligation de fiduciaire évolue elle aussi; elle signifie maintenant plus que la restriction imposée à l'aliénabilité des terres (sa source historique), comme le démontre le jugement de la Cour suprême dans l'arrêt *Sparrow*. Tant que la décolonisation n'est pas complétée au Canada, nombreux seront les domaines où la Couronne pourra exercer son obligation de fiduciaire, à part le type de situation dont fait état la décision *Guerin*, où une bande indienne avait cédé à la Couronne des terres qui allaient être aliénées à des tiers.

Voilà qui nous ramène à la question de savoir comment les intérêts des tiers peuvent être protégés si, aux termes du modèle retenu, on confirme le titre ancestral sans exiger que celui-ci soit cédé à la Couronne. Cette solution peut être appliquée de plusieurs façons. On pourrait tout d'abord reconnaître explicitement que les intérêts des tiers sont formés d'un octroi accordé par la

Couronne en vertu du titre sous-jacent qu'elle détient et du droit de jouissance à titre de bénéficiaire qui découle du titre ancestral. L'entente peut alors contenir une disposition qui prévoit explicitement que les signataires autochtones confirment les droits et intérêts précis qui sont accordés aux tiers. Cette disposition peut être renforcée par des clauses comme celles qui figurent à l'Entente définitive du Yukon et qui stipulent qu'une première nation n'exercera ni ne fera valoir un titre ancestral qui entre en conflit ou est incompatible avec un intérêt octroyé à une tierce partie.

Une telle approche correspond à la confirmation des droits ancestraux et permet en outre de reconnaître juridiquement qu'au Canada, contrairement à ce qui se passe en Angleterre, le titre foncier découle non seulement d'un octroi de la Couronne mais aussi d'un titre qui précède de mille ans la présence européenne. Qui plus est, cette approche permet aux premières nations de laisser leur marque et consacre la légitimité de leurs droits quant au titre de chaque propriétaire foncier touché par l'entente.

Bien entendu, la question de la certitude des titres a des répercussions dans le passé et l'avenir. Les gouvernements non autochtones et les tiers à qui on a octroyé des intérêts dans les terres et les ressources exigent que les intérêts qui leur ont été dévolus, et en fonction desquels leur vie et leurs investissements sont organisés, ne soient déstabilisés que pour des motifs inéluctables; il faut entre autres que les terres qu'on se dispute aient une importance particulière pour les peuples autochtones et qu'une indemnisation satisfaisante soit versée aux gouvernements non autochtones et aux tiers, soit en espèces ou encore sous la forme d'autres terres ou de droits à l'égard des ressources. Il y a aussi l'importante question de la certitude future, c'est-à-dire l'assurance que les décisions qui seront prises à l'avenir, que ce soit par les gouvernements non autochtones, les gouvernements autochtones ou les tiers, le seront dans un climat serein où toute revendication territoriale aura été réglée et tout droit aura été défini clairement. En fait, le gouvernement fédéral, dans sa politique la plus récente sur les revendications globales, caractérise l'extinction des droits ancestraux comme un "échange" de droits et justifie principalement cette démarche par le fait qu'elle permettrait d'atteindre une certitude accrue. Dans un passage que j'ai cité plus tôt, mais qui vaut la peine qu'on le répète, le fédéral déclare ce qui suit :

Les règlements des revendications globales visent principalement à conclure des ententes avec les groupes autochtones pour régler les controverses et les ambiguïtés juridiques associées au principe de common law des droits et des titres ancestraux. L'incertitude

quant au statut légal des terres et des ressources, qui découle d'un manque de concertation politique avec les groupes autochtones, est un obstacle au développement économique de tous les Canadiens et empêche les peuples autochtones de participer pleinement à la gestion des terres et des ressources. (*Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones*, mars 1993, p. 9)

Je soutiens qu'il n'est pas nécessaire d'éteindre et de céder les droits ancestraux pour garantir la certitude des titres négociés. Dans la mesure où ces titres restent à définir, l'un des objectifs principaux des ententes de règlement des revendications territoriales consiste à déterminer la teneur de ces titres et, comme je l'ai déjà indiqué, cette teneur peut varier en fonction de la catégorie de terres dont il est question. C'est grâce à cette définition que les droits et les responsabilités des peuples autochtones sont précisés à l'égard de terres particulières et, simultanément, c'est grâce à la définition des structures et des mécanismes de prise de décision qu'on garantit les droits et les responsabilités des gouvernements non autochtones et des tiers à l'égard de ces terres.

Reportons-nous maintenant au modèle à trois volets que j'ai proposé plus tôt (et je souligne de nouveau qu'il ne s'agit que d'un modèle particulier). Dans le cas des terres désignées comme "terres des premières Nations" (c'est-à-dire celles à l'égard desquelles les peuples autochtones auraient la plus vaste gamme de droits et de responsabilités), les tiers devraient s'en remettre aux gouvernements autochtones et aux personnes morales autochtones qui sont propriétaires des terres pour obtenir l'octroi de droits à l'égard de terres et de ressources qui appartiennent aux premières nations. Le type d'octroi ou de permis d'exploitation accordé aux tiers dépendrait en très grande partie de la façon dont la première nation déciderait de définir son titre ancestral. Si ce titre correspond à une forme traditionnelle de tenure autochtone, l'octroi consenti aux tiers pourrait refléter cet arrangement. Le fait qu'il s'agirait là d'une forme originale de concession, au sens où l'octroi serait différent de la tenure habituellement accordée par la Couronne, ne menace pas la sécurité des investissements puisqu'il serait sensé que la première nation fournisse une description détaillée des droits et des responsabilités relatifs à l'octroi et à la tenure ainsi que des recours à invoquer si elle ne respecte pas ses obligations aux termes de l'octroi. Sinon, comme nous l'avons déjà vu, des dispositions de l'entente pourraient prévoir que les octrois d'intérêts aux tiers non autochtones, en supposant toujours que le titre ancestral est défini en fonction d'une forme traditionnelle de tenure autochtone, sont réputés être des octrois à l'égard d'intérêts qui seraient décrits comme une forme habituelle de tenure octroyée par la

Couronne. On ferait de même lorsqu'une première nation entend définir son titre ancestral comme un titre équivalant à une tenure en fief simple (cf. la rubrique "Établir un rapprochement").

Pour ce qui est des "terres partagées", que je classe dans la catégorie des droits communs et de la compétence partagée (ou, pour reprendre les termes de l'Accord du détroit de Clayoquot, les "terres gérées de façon coopérative"), les octrois et les aliénations futurs seraient effectués par le jeu de mécanismes qui permettent d'accommoder les titres et les structures gouvernementales coexistants. Cela ne signifie pas nécessairement qu'il faille créer des organismes ou des bureaucraties parallèles. Dans un contexte de contraintes budgétaires, il serait possible, et même souhaitable, de prévoir la mise en place d'organismes et de pouvoirs intégrés, semblables à ceux élaborés dans le cadre des Ententes du Nord et analogues à la Commission régionale centrale stipulée dans l'Accord du détroit de Clayoquot. Les possibilités de gestion conjointe sont multiples et il est donc difficile de décrire avec précision le fonctionnement d'un arrangement particulier pour ce qui est de l'octroi de droits à l'égard des terres et des ressources; toutefois, l'exemple qui suit nous indiquera peut-être quel type de régime il faut façonner pour reconnaître le titre ancestral et garantir la sécurité de la mise en valeur et des investissements.

Dans le domaine des ressources forestières, l'octroi de nouvelles tenures, dans la région dite "partagée" ou "gérée de façon coopérative", exigerait l'approbation des gouvernements autochtone et non autochtone. Toutefois, l'entente pourrait stipuler que cette approbation serait donnée par l'entremise d'un organisme unique auquel prennent part des représentants autochtones et non autochtones. De plus, afin d'intégrer et de rationaliser la gestion de la forêt, et d'instaurer une forme de tenure que connaissent et comprennent les investisseurs et les banques, l'entente pourrait prévoir que l'octroi devra correspondre à ce qui est prévu dans la *Forest Act* provinciale. Le fait que l'octroi provient en partie du titre ancestral pourrait être énoncé de façon positive ou négative. Dans le premier cas, on pourrait déclarer, dans le document qui atteste l'octroi, que l'intérêt est consenti aux termes du titre ancestral et du titre de la Couronne; dans le second, on pourrait préciser que, pour la durée de l'octroi, le titre ancestral à l'égard des terres ou des ressources est suspendu, et que la première nation n'exercera pas et ne fera pas valoir ce titre d'une manière qui est incompatible avec l'intérêt accordé, comme on l'a fait dans l'Entente définitive du Yukon.

Venons-en maintenant à la troisième catégorie de terres, soit celle où des parties du

territoire autochtone traditionnel relèveront principalement, sinon exclusivement, de la compétence des gouvernements non autochtones. Dans ce cas-ci, l'entente prévoirait que la première nation consent à ce que le gouvernement provincial, territorial ou fédéral accorde de nouveaux octrois conformément au système habituel de tenure, et qu'il n'est pas nécessaire (sauf dans des cas très précis) d'obtenir le consentement des autochtones pour accorder cet octroi. Comme cas d'exception, on peut penser aux terres désignées actuellement comme parc provincial qui seraient adjacentes aux terres des premières nations (donc aux terres de la première catégorie), si le gouvernement provincial entend procéder à des aliénations ou à des octrois qui pourraient avoir des effets négatifs sur l'utilisation de ces terres. Ce que je veux démontrer, c'est que le régime général, dans cette troisième catégorie de terres, prévoirait que les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux jouissent d'une compétence explicite pour ce qui est d'accorder des octrois et définirait avec une certaine précision les circonstances exceptionnelles qui exigeraient le consentement au préalable d'un gouvernement autochtone.

Dans cette troisième catégorie de terres, la réalité historique du titre ancestral préexistant serait reconnue dans l'entente et dans les documents provinciaux, fédéraux ou territoriaux attestant l'octroi d'un titre composé à la fois du titre de la Couronne et de celui des premières nations. Il s'agit donc, comme c'est le cas pour la validation des intérêts accordés aux tiers avant la signature de l'entente, de confirmer la contribution des peuples autochtones, tant au plan historique que dans le monde contemporain, à l'octroi de droits collectifs et individuels à l'égard des terres et des ressources aux gouvernements et aux citoyens non autochtones.

La troisième caractéristique de ces terres, à savoir que les peuples autochtones n'y exercent pas leurs droits de jouissance à titre de bénéficiaires, serait reflétée dans l'entente par une disposition qui stipulerait expressément que, par rapport à ces terres, qu'elles soient ou non octroyées à des tiers, la première nation n'exercera pas et ne fera pas valoir un titre ancestral qui est incompatible avec l'intérêt de la Couronne ou celui des tierces parties.

Dans l'approche que j'ai esquissée ci-dessus, je tente d'établir un modèle qui garantit la certitude des intérêts des tiers dans un contexte où on reconnaît les sources coexistantes du titre foncier (la Couronne et les premières nations) et qui démontre que la certitude des intérêts des non-autochtones est garantie de façon optimale par le rapprochement des diverses optiques. Dans le cadre de ce rapprochement, la reconnaissance du titre ancestral et le consentement des premières nations trouvent une place honorable dans les ententes qui sont conçues pour corriger

les injustices passées et ouvrent la voie à des arrangements qui seront fondés sur un respect mutuel et des avantages communs.

Partie 3 — Perspectives du droit comparé et du droit international

D'autres pays que le Canada, qui ont, en matière de colonialisme, une expérience analogue à celle de ce pays, ont tenté de conclure avec les peuples autochtones des ententes justes et honorables. Dans la présente section, je passerai cette expérience en revue dans l'espoir qu'elle nous donnera des pistes pour élaborer nos propres solutions de rechange à l'extinction. Je m'attarderai ensuite sur la façon dont, en droit international, on voit la question et j'examinerai si les faits nouveaux dans ce domaine, et particulièrement les travaux effectués par le Groupe de travail sur les populations autochtones, nous laissent entrevoir de nouvelles approches qui nous permettraient de nous éloigner des voies trop souvent empruntées qui conduisent à l'extinction.

Le règlement des revendications territoriales : perspectives comparées

L'expérience des États-Unis

Depuis les vingt dernières années, les chercheurs du domaine juridique, les analystes de politiques et les premières nations elles-mêmes accordent de plus en plus d'attention à l'expérience américaine, particulièrement en ce qui a trait à la reconnaissance d'une souveraineté tribale inhérente et à la manifestation, dans des institutions, de l'autonomie gouvernementale indienne (on pense par exemple aux systèmes de cours tribales). De plus, les tribunaux canadiens s'intéressent davantage aux décisions riches et originales rendues par la Cour suprême des États-Unis au début du XIX^e siècle et par lesquelles cette Cour, sous la direction du juge en chef John Marshall, a établi le cadre juridique en fonction duquel sont articulés les droits ancestraux.

Aux États-Unis, la politique indienne a connu des changements de direction spectaculaires depuis l'époque de John Marshall : ainsi, on est passé de l'assimilation des tribus, de concert avec des tentatives visant à saper les structures tribales et à morceler la propriété tribale collective, comme la *Dawes Allotment Act* de 1887 en fait foi, à la conclusion d'un "New Deal" avec les Indiens, dont fait état l'*Indian Reorganization Act* de 1934, où on reconnaît et encourage les gouvernements tribaux, et où on tente d'accroître l'autonomie des tribus et de protéger les terres tribales. Depuis 1934, le mouvement pendulaire s'est poursuivi entre, d'une part, l'abolition du statut tribal et, d'autre part, le soutien à l'autonomie des tribus.

Inévitablement, l'expérience contemporaine en matière de règlement des revendications autochtones reflète ces divers changements de direction. Ainsi, l'*Indian Claims Commission Act* de 1946, qui représente la première tentative globale, de la part des États-Unis, de régler les dernières revendications territoriales, visait franchement l'assimilation. En 1945, un comité de la Chambre des députés a déclaré dans son rapport que les revendications tribales non encore réglées [TRADUCTION] "servent à garder les Indiens dans les réserves car ils craignent que le fait d'être séparés de leur tribu peut les empêcher de toucher la quote-part du règlement que le gouvernement, croient-ils, pourra peut-être effectuer un jour". Ce raisonnement se retrouve dans les commentaires du secrétaire de l'Intérieur, M. Krug, lorsqu'il enjoint le président à appuyer le projet de loi présenté par la Commission affectée au règlement des revendications. Voici comment il explique son point de vue :

[TRADUCTION] Les efforts du gouvernement visant à faire de l'Indien un membre autonome et complètement assimilé de notre civilisation ne peuvent jamais atteindre le succès escompté tant qu'un nombre considérable de tribus indiennes s'entêtent, comme il est tout à fait humain et naturel de le faire, à s'asseoir et à attendre le jour où le paiement des revendications leur apportera la richesse. En tranchant la question des revendications territoriales, la Commission [...] indiquerait une fois pour toutes aux Indiens que leur avenir et leur progrès dépendent dorénavant de leurs propres efforts [...]. (Russel Barsh, "Indian Land Claims Policy in the United States", (1982) 58 *North Dakota Law Review* 7, pp. 11-13)

Aux termes de l'*Indian Claims Commission Act*, la Commission était habilitée à entendre les revendications fondées sur le titre ancestral; toutefois, conformément à l'approche qui était cette loi, elle ne jouissait d'aucun pouvoir de remettre des terres aux tribus requérantes et pouvait uniquement leur consentir une indemnisation. Il n'est donc pas étonnant que le Canada ait rejeté l'approche retenue dans la *Claims Commission Act* pour régler les revendications globales.

Même si, dans les années 70, la politique indienne des États-Unis a commencé à s'orienter vers l'autonomie tribale, le plus important règlement des revendications territoriales autochtones de cette décennie, l'*Alaska Native Claims Settlement Act* de 1971, est fondé sur l'assimilation culturelle et économique ainsi que sur l'extinction du titre ancestral. En 1983, Thomas Berger était à la tête d'une commission dont le mandat était d'examiner l'expérience des dix dernières années vécues sous le régime de l'*Alaska Native Claims Settlement Act* (ANCSA). Voici comment il décrit l'objectif du règlement :

[TRADUCTION] On a fait l'éloge de l'ANCSA et soutenu qu'il s'agissait d'une nouvelle orientation dans le règlement des revendications autochtones. Selon les dispositions qui y

figurent, les peuples autochtones de l'Alaska auraient des terres, des capitaux, des sociétés et l'occasion de participer au monde des affaires. Selon les dispositions qui y figurent, les peuples autochtones de l'Alaska jouiraient d'un titre de propriété à l'égard de 44 millions d'acres de terres et toucheraient 962,5 millions de dollars d'indemnisation. Selon les dispositions qui y figurent, les peuples autochtones de l'Alaska ont dû créer des sociétés par lesquelles il a été possible d'être propriétaire de ces terres et de cette somme, et de gérer celles-ci. Ces terres et cette somme sont alors devenues des éléments d'actif non sectoriels [...].

Le Congrès voulait que les autochtones de l'Alaska participent pleinement au mode de vie américain. [...] Mais il a aussi rejeté l'idée selon laquelle des gouvernements tribaux pourraient appliquer le règlement. Douglas Jones, adjoint au sénateur Mike Grevel de l'Alaska, au moment où l'ANCSA a été adoptée, [...] a déclaré dans son témoignage que l'ANCSA était une forme d'"ingénierie sociale". (Thomas Berger, *Village Journey, The Report of the Alaska Native Review Commission* [New York : Hill and Wang, 1985], p. 20)

Le lien entre, d'une part, l'assimilation économique et la participation au mode de vie américain et, d'autre part, l'extinction du titre ancestral est fort clair dans la Déclaration qui figure dans la *Settlement Act*. Voici ce que stipule l'article 2 de cette loi :

[TRADUCTION]

2. Le Congrès affirme et déclare ce qui suit :

- a) il faut immédiatement régler de façon juste et équitable l'ensemble des revendications des autochtones et des groupes autochtones de l'Alaska, en fonction des revendications territoriales présentées;
- b) le règlement devrait être effectué rapidement, avec certitude, conformément aux besoins économiques et sociaux véritables des autochtones, sans litige, avec la participation maximale des autochtones pour ce qui est des décisions qui touchent leurs droits et leurs biens, sans créer d'institutions, de droits, de privilèges ou d'obligations à caractère permanent et définis en fonction de la race [...]. (*Alaska Native Claims Settlement Act*, 1972, Public Law 92-203)

L'article 4 de cette loi prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION]

- a) Toute cession de terres et d'étendues d'eau publiques de l'Alaska ou tout intérêt dans celles-ci, [...] doivent être considérés comme éteignant le titre ancestral qui s'y rapporte, s'il en est;
- b) Tous les titres ancestraux, s'il en est, et toutes les revendications autochtones en Alaska qui sont fondés sur l'utilisation et l'occupation, y compris les terres submergées sous toutes les étendues d'eau, à l'intérieur des terres et dans les zones extracôtières, et y compris tous les droits ancestraux de chasse et de pêche qui peuvent exister, sont par les présentes abolis.

Vingt ans d'expérience sous le régime du règlement de l'Alaska confirment, à la fin du

XX^e siècle, les leçons que nous a enseignées le XIX^e siècle : que l'assimilation, que ce soit aux fins de l'ingénierie sociale, de la transformation économique ou de la conversion religieuse, est une politique à laquelle les autochtones ont toujours résisté et continueront de résister. En Alaska, les autochtones cherchent à remettre les terres aux tribus en les transférant des sociétés aux gouvernements tribaux et en les conservant dans une sorte de tenure qui reflète leurs propres exigences culturelles et assure que les terres ancestrales resteront en leur possession et sous leur contrôle. De plus, dans le but de protéger et de solidifier l'économie de subsistance traditionnelle, qui reste au coeur des activités économiques de nombre de communautés autochtones de l'Alaska, ils ont demandé que l'on reconnaisse leurs droits ancestraux de chasse et de pêche, lesquels ont été abolis par le loi portant règlement de 1971.^{xxiv}

Rétrospectivement, l'*Alaska Native Claims Settlement Act* renforce la position des peuples autochtones du Canada qui estiment qu'un modèle de règlement fondé sur l'extinction de leurs droits et sur la restructuration de la vie politique et économique des tribus conformément à des modèles non autochtones n'est pas la voie qu'ils veulent suivre.

L'expérience australienne

Lorsqu'on examine l'expérience australienne au chapitre du règlement des revendications territoriales autochtones, on est surpris de constater qu'il s'agit de l'image inversée de la situation qui prévaut aux États-Unis. Comme nous l'avons vu, bien que ce pays ait depuis longtemps reconnu légalement le titre ancestral et le droit inhérent des peuples autochtones de se gouverner eux-mêmes, on cherche en vain, dans les plus importants règlements qui aient été conclus récemment, la confirmation des droits ancestraux. Pour ce qui est de l'Australie, on pourrait s'attendre à ce que bien peu de choses existent au chapitre de l'élaboration de modèles de règlement qui soient fondés sur la confirmation des droits ancestraux étant donné que jusqu'en 1992 les tribunaux de ce pays ont statué que la doctrine relative au titre ancestral, reconnue en common law, ne s'appliquait pas à l'Australie. On soutenait en effet que l'Australie était une colonie "établie" : cela supposait, du point de vue du droit (mais non du point de vue anthropologique), que le territoire était auparavant "sans habitants établis ni loi établie" et on pouvait en conclure que le titre ancestral, tel que reconnu par la common law, ne pouvait être invoqué.

En 1992, la Haute Cour de l'Australie, dans le jugement *Mabo v. State of Queensland*, a

reconnu le rôle que la doctrine de la *terra nullius* avait joué dans la dépossession et l'oppression des autochtones de l'Australie. Elle a déclaré que [TRADUCTION] "les actes et les événements par lesquels cette dépossession théorique a été appliquée dans les faits est l'aspect le plus sombre de l'histoire de cette nation". La Cour a ensuite rejeté la doctrine de la *terra nullius*/colonie établie et affirmé que la doctrine du titre ancestral, reconnue en common law, s'appliquait à l'Australie. Elle a statué que le titre détenu par la Couronne et la colonie de la Nouvelle-Galles du Sud était [TRADUCTION] "réduit ou frappé d'exception en raison du fardeau que constitue le titre ancestral qui est reconnu par la common law aux tribus et aux clans, à l'égard des étendues de terre sur lesquelles ils vivaient ou qu'ils affectaient à un usage traditionnel"^{xxv}.

Par conséquent, en Australie, on a reconnu très tard, dans l'histoire de ce pays, que les autochtones avaient, aux yeux de la common law, un titre de propriété à l'égard de leurs terres traditionnelles. Toutefois, malgré le fait que ce titre n'ait pas été légalement reconnu plus tôt, le gouvernement fédéral et celui des États de l'Australie ont, pendant les vingt dernières années, et avant que la décision *Mabo* soit rendue, adopté des lois qui reconnaissent la légitimité des revendications territoriales des autochtones et qui prévoient des processus qui permettent de confirmer les droits ancestraux. Depuis que le jugement *Mabo* a été prononcé, il y a eu d'autres initiatives importantes en matière de politiques; ainsi, on a proposé d'adopter un projet de loi fédéral qui porte directement sur la reconnaissance et l'extinction du titre ancestral. Je me pencherai tout d'abord sur ce qui s'est passé avant la décision *Mabo* et j'analyserai ensuite les événements qui ont pris place depuis que la Haute Cour de l'Australie a rendu cette décision en 1992.

Le premier règlement législatif qui précède la décision *Mabo* est l'*Aborigines Land Rights Act* de 1976, adoptée par le Parlement fédéral par rapport au Territoire du Nord de l'Australie. Du point de vue du Canada, c'est ce règlement qui est le plus important accord législatif conclu en Australie sur les droits des autochtones. Cette loi, outre qu'elle attribue les réserves autochtones existantes à des fiducies autochtones, prévoit un mode de règlement des revendications territoriales aux termes duquel un Commissaire aux terres autochtones est habilité à entendre les revendications traditionnelles et à recommander l'octroi d'un titre de propriété relativement aux terres de la Couronne qui n'ont pas été aliénées. Ce qu'il y a d'unique dans la législation sur le Territoire du Nord de l'Australie, c'est que, contrairement à ce qui se passe dans les règlements conclus aux États-Unis ou au Canada, on essaie, de façon explicite, de respecter et

de refléter le rapport traditionnel des autochtones avec la terre. Aux termes de la *Land Rights Act*, [TRADUCTION] "une revendication [peut être présentée] par le propriétaire autochtone traditionnel de la terre, ou présentée en son nom, en vertu du titre de propriété qu'il détient traditionnellement". L'expression "propriétaire autochtone traditionnel" signifie un groupe local de descendants autochtones qui :

[TRADUCTION]

- a) partagent des affiliations spirituelles avec un site particulier du territoire, de sorte que le groupe assume une responsabilité spirituelle primordiale à l'égard de ce site et de ce territoire;
 - b) ont le droit de récolte sur ce territoire en vertu de leur tradition autochtone.
- (*Aboriginal Land Rights (Northern Territory) Act*, 1976. No. 101 (Cth) art. 3(1))

Le juge Toohy était Commissaire aux terres autochtones dans le Territoire du Nord de 1977 à 1982. Dans un article où on décrit la législation pertinente et le travail du Commissaire aux terres autochtones, il s'appuie sur les déclarations suivantes pour expliquer ce que le législateur entend faire en reconnaissant les revendications territoriales traditionnelles des autochtones.

[TRADUCTION] Le regretté professeur W.E.H. Stanner a expliqué comme suit en quoi cela consiste :

Aucun terme anglais n'arrive à rendre le sens du lien qui unit un groupe autochtone à sa patrie. Le terme *home* évoque bien entendu des images chaleureuses et réconfortantes mais il ne traduit pas le mot autochtone qui peut vouloir dire "campement", "âtre", "pays", "foyer éternel", "lieu du totem", "source de vie", "centre des esprits" et encore beaucoup plus. Le terme anglais *land* est trop succinct et limité. Nous l'employons maintenant presque uniquement dans le contexte économique, à moins d'être poète. L'autochtone parlerait de la "terre" et il voudrait dire par là, de façon hautement et richement symbolique, son "épaule" ou son "côté". J'ai vu un autochtone embrasser la terre sur laquelle il marchait. Parler de "patrie" serait un peu mieux, mais pas beaucoup. La tradition autochtone nous laisse sourds et muets à l'égard de cet autre monde de sens et de significations.

Pendant l'audience relative à la revendication territoriale de Finnis River, l'un des témoins s'est exprimé ainsi :

Nous appartenons à ce lieu spécial. Nous ne croyons pas posséder la terre, les arbres, les rochers et les eaux de nos terres traditionnelles, car c'est là une autre partie de nous-mêmes. Ces terres nous ont fait naître et ont repris nombre d'entre nous. [...] Il y a les lieux sacrés du rêve. Il y a les lieux sacrés pour la cueillette, l'eau potable et le gibier que nous allions autrefois chasser pour nous nourrir. Cette terre, c'est notre héritage, notre foyer, notre histoire. Cette terre, c'est notre

vie. Séparez-nous d'elle, et nous ne sommes plus rien. (J. Toohy, "Aboriginal Land", (1985) 15 *Federal Land Review*, 159, p. 161)

Ces mots sont lourds de sens pour les autochtones australiens du Territoire du Nord et pour les peuples autochtones du Canada pour qui le lien avec leur propre territoire renvoie au patrimoine, au foyer et à l'histoire. Ce qui est important dans la *Land Rights Act* adoptée dans le Territoire du Nord, c'est que cette relation est définie légalement (quoique en termes moins élégants).

D'autres lois sur les droits fonciers adoptées par des États particuliers s'appuient aussi sur la relation qui existe entre les autochtones et leur terre. Ainsi, aux termes de la *Pitjantjatjara Land Rights Act* d'Australie méridionale, il faut que les propriétaires traditionnels, pour ce qui est des terres décrites dans cette loi, [TRADUCTION] "aient des affiliations spirituelles, économiques et sociales, au sens de la tradition autochtone, avec les terres ou une partie de celles-ci ainsi que des responsabilités envers ces terres ou une partie de celles-ci^{xxvi}". Même le Queensland, qui a depuis longtemps la réputation peu enviable d'être l'État qui a adopté les politiques les plus répressives à l'endroit des autochtones, prévoit, aux termes de la *Torres Straight Island Land Act* de 1991, que des revendications territoriales peuvent être présentées au tribunal compétent sur la base, entre autres, de "l'affiliation coutumière". Le paragraphe 409 1) de cette loi porte :

[TRADUCTION] Une revendication présentée sur la base de l'affiliation coutumière par un habitant des îles Torrès ou un groupe d'habitants de ces îles, relativement à une étendue de terres qui peut être revendiquée, est établie si le tribunal compétent est convaincu de ce que l'habitant des îles Torrès a un lien avec la terre ou de ce que les membres du groupe ont un lien commun avec la terre, et que ce lien est fondé sur des associations spirituelles ou autres avec l'étendue de terre assujettie à la coutume des îles ainsi que sur des droits et des responsabilités à l'égard de cette terre. (*Torres Straight Island Land Act*, 1991)

Bien que la législation australienne reconnaisse l'existence du droit coutumier et du système de tenure autochtones dans la structuration du déroulement des revendications, elle prévoit que lorsqu'une revendication est acceptée sur la base de la propriété traditionnelle, la terre sur laquelle porte cette revendication est désormais réputée être une terre autochtone détenue aux termes d'un octroi en fief simple. Ainsi, l'*Aboriginal Land Rights Act* stipule que le gouverneur général signe l'octroi "d'un domaine en fief simple" pour les terres qui font l'objet d'une recommandation du Ministre, après qu'un rapport a été déposé par le Commissaire aux terres indiennes. La législation pertinente de l'Australie-méridionale et de la Nouvelle-Galles du

Sud prévoit également l'octroi d'un domaine en fief simple. Dans le cas du Queensland, la loi habilite le gouverneur en conseil à octroyer les terres qui peuvent être revendiquées soit en fief simple, aux termes d'un bail à perpétuité ou d'un bail d'une durée de 10 ans. Par conséquent, en Australie, aucun modèle législatif ne confirme de titre ancestral existant; toutefois, cela n'est guère étonnant étant donné que, jusqu'en 1992, les tribunaux de ce pays ont refusé de reconnaître ce concept. Tout aussi logiquement, la législation, en Australie, ne prévoit pas l'extinction du titre ancestral parce que, avant que la Haute Cour de justice ne rende la décision *Mabo*, aucun titre de cette nature n'était reconnu.

Même si les modèles législatifs australiens adoptés avant 1992 ne sont pas fondés sur un arrangement qui confirme le titre ancestral existant, il existe des dispositions qui, une fois que la revendication est acceptée, tentent d'intégrer à la façon dont le titre en fief simple est détenu certains éléments propres à une prise de décision autochtone. Ainsi, en vertu de l'*Aborigines Land Rights (Northern Territory) Act*, la terre est dévolue à une fiducie qui est le propriétaire inscrit des droits immobiliers, mais toutes les décisions qui ont trait aux terres autochtones sont prises par un Conseil sur l'utilisation des terres. Lorsqu'il s'agit de terres autochtones, la législation exige que ce Conseil tienne compte des intérêts des propriétaires autochtones traditionnels et de ceux de toute personne autochtone qui s'intéresse à la terre en question, et qu'il consulte ces personnes. En particulier, le Conseil ne peut appliquer une mesure (notamment, mais non exclusivement, donner son accord ou refuser de donner son accord pour toute question qui a trait à la terre détenue par la fiducie) que s'il est convaincu que les propriétaires autochtones traditionnels en comprennent la nature et l'objet, et qu'ils y consentent en tant que groupe. Le juge Toohy a décrit comme suit le raisonnement sur lequel s'appuient ces dispositions :

[TRADUCTION] Par le concept selon lequel les propriétaires traditionnels consentent "en tant que groupe" à ce qu'une mesure soit adoptée, on tente de tenir compte des mécanismes de prise de décision de la société autochtone; on essaie aussi de ne pas exiger un consentement unanime ou même, selon moi, un consentement majoritaire, du moins au sens où cette expression est généralement comprise. [...] La Loi applique plutôt la notion selon laquelle, dans la société autochtone, les décisions quant à nombre de questions sont prises par consensus, de sorte qu'on obtient la décision d'un groupe plutôt que celle de particuliers qui appartiennent à ce groupe. J'estime qu'il est approprié de considérer que ces dispositions exigent tout simplement que le consentement des propriétaires traditionnels à l'égard d'une mesure qu'on se propose d'appliquer relativement à la terre soit donné conformément aux mécanismes de prise de décision appropriés à cette communauté. ("Aborigines Land", p. 170)

En résumé, les événements qui ont eu lieu en Australie avant 1992 démontrent qu'il est

possible de définir les droits des peuples autochtones à l'égard de la terre dans des termes qui respectent leurs relations avec cette terre et leurs responsabilités à l'égard de celle-ci, et de reconnaître les éléments du droit coutumier autochtone lorsqu'il s'agit de prendre des décisions au sujet de l'utilisation des terres autochtones. Toutefois, étant donné que la législation australienne envisage le droit autochtone comme un octroi en fief simple ou comme une tenure à bail, aux termes du système de common law, elle ne nous fournit pas, en fin de compte, de modèles nouveaux pour refléter ce droit par rapport au titre ancestral existant.

Par suite de la décision *Mabo* rendue par la Haute Cour de justice, où le tribunal a rejeté la doctrine de la *terra nullius* et déclaré que la common law de l'Australie reconnaît le concept du titre ancestral à l'égard de la terre, un débat public fort soutenu a eu lieu en Australie et on a dû élaborer des initiatives juridiques et politiques pour faire face aux conséquences du jugement (en particulier, le rôle que le titre ancestral, dorénavant reconnu comme une réalité juridique en Australie après avoir été négligé pendant deux siècles, jouerait dans l'évolution des systèmes qui régissent l'exploitation des terres et des ressources au pays, et l'effet de la reconnaissance du titre ancestral sur la myriade de concessions et d'aliénations effectuées lorsqu'on considérait qu'il allait de soi que le titre ancestral ne faisait pas partie du droit de l'Australie).

La plus grande partie du jugement majoritaire, dans la décision *Mabo*, porte sur l'examen comparatif de la jurisprudence qui a trait à la reconnaissance du titre ancestral, en tant que droit préexistant qui a survécu au fait que la Couronne a prétendu à la souveraineté. Cet examen fait partie d'un argument impressionnant qui rejette les précédents australiens selon lesquels ce principe de common law ne s'était jamais appliqué à l'Australie parce que les autochtones de ce pays n'avaient aucune société civilisée et organisée jouissant d'un système juridique, ce qui justifiait que l'Australie soit considérée comme une *terra nullius*. Toutefois, dans sa décision, le tribunal confirme que la common law reconnaît le titre ancestral australien; il se penche aussi sur la question de l'extinction de ce titre et sur les circonstances dans lesquelles l'extinction a pu avoir été légalement appliquée au cours des deux siècles antérieurs. Dans sa discussion de la doctrine de la *terra nullius*, et son rejet de cette doctrine, la Haute Cour cherche à reconnaître et à corriger les injustices passées infligées aux autochtones de l'Australie; cependant, dans les dernières parties du jugement (qui portent sur l'extinction), on ne trouve pas l'érudition critique et le savoir judiciaire qui caractérisent les premières parties de la décision; en outre, on semble, dans ces dernières sections, vouloir légitimer les conséquences de ces injustices et la

dépossession des autochtones.

Au chapitre de l'extinction, la Haute Cour a déclaré qu'un octroi de la Couronne, comme une tenure en fief simple, par lequel est dévolu au cessionnaire un intérêt dans une terre qui est incompatible avec le droit de jouir du titre ancestral à l'égard de cette même terre, doit nécessairement abolir le titre ancestral. Dans ses motifs, le juge Brennan a reconnu les conséquences de l'extinction qui découle de la propriété d'un intérêt opposé :

[TRADUCTION] Comme le gouvernement des colonies australiennes et, plus tard, celui du Commonwealth, des États et des territoires ont aliéné ou acquis pour leurs propres fins la plupart des terres de ce pays au cours des deux derniers siècles, les autochtones de l'Australie ont perdu une partie considérable de leurs territoires traditionnels. Cette dépossession résulte de ce que la Couronne a exercé un droit de souveraineté qui lui permet d'octroyer des terres à qui elle veut et d'acquérir pour elle-même la propriété à titre de bénéficiaire de parcelles de terre qu'elle réserve pour son propre usage. *Les droits et les intérêts autochtones n'ont pas été annulés par la common law* et la colonisation initiale des Britanniques, mais par l'exercice périodique d'un pouvoir souverain sur la terre, pouvoir exercé par le gouvernement. [...] Les autochtones ont été dépossédés de leurs terres une parcelle à la fois, pour laisser la place aux colonies. Leur dépossession a permis le développement de la nation. [...] Quelle différence cela fait-il que le titre ancestral n'ait pu survivre à la colonisation britannique ou qu'il ait été aboli par des mesures gouvernementales subséquentes? Dans le cas qui nous intéresse, cette différence est fondamentale; sauf certaines transactions foncières, [...] aucune mesure n'a été appliquée pour éteindre le titre ancestral dans les îles Murray [la revendication pertinente, dans la cause *Mabo*]. Dans ces îles, la Couronne n'a aliéné qu'une partie de la terre et n'a acquis pour elle-même aucune propriété à titre de bénéficiaire à l'égard d'une superficie considérable. Et il se peut qu'il y ait d'autres régions de l'Australie où le titre ancestral n'a pas été éteint et où un peuple autochtone qui a conservé son identité et ses coutumes est habilité à jouir de son titre ancestral. Même s'il n'existe aucune région de ce genre, il convient d'indiquer les événements qui ont entraîné la dépossession des autochtones de l'Australie; *cela nous permettra de corriger l'idée fausse qui veut que c'est la common law, et non des mesures gouvernementales, qui a fait que nombre d'autochtones de ce pays sont des intrus dans leurs propres terres.* (*Mabo v. State of Queensland*, p. 58) [C'est moi qui souligne.]

Le juge Brennan semble être soulagé, dans le passage qui précède, parce que la dépossession des autochtones est due, selon son interprétation, non à la common law mais aux mesures qu'ont prises les gouvernements. Toutefois, quand il tente d'excuser la *common law* et d'imputer la dépossession des autochtones aux gouvernements de l'Australie, il ne reconnaît pas que, en acceptant la doctrine de l'empire de l'intérêt opposé et en justifiant l'extinction des droits ancestraux lorsque ceux-ci sont incompatibles avec un octroi de la Couronne, le tribunal accepte une théorie judiciaire particulière de l'extinction qui légitime la dépossession, qui n'est pas

inéluclablement déterminée par les précédents de la common law et que les tribunaux d'autres pays ont rejetée. Dans le contexte canadien, entre autres, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, en 1993, a déclaré à l'unanimité, dans la décision *Delgam Uukw*, que les octrois accordés par les gouvernements provinciaux ne pouvaient pas éteindre le titre ancestral^{xxvii}.

Dans la décision *Mabo*, la Haute Cour approuve judiciairement le titre des Australiens non autochtones qui ont reçu un octroi en fief simple mais laisse en suspens la question de savoir ce qu'il advient aux titres inférieurs. Il semblerait qu'une tenure à bail qui confère un droit de possession exclusive éteigne le titre ancestral, mais la location à bail de pâturages, une forme courante de concession dans maintes parties de l'Australie, soulève davantage de problèmes parce que ce type d'octroi incluait communément une clause qui protégeait les droits de subsistance traditionnels des autochtones et qu'on pourrait donc soutenir qu'il n'est pas incompatible avec la jouissance du titre ancestral. De plus, le tribunal ne s'est pas prononcé clairement sur l'effet des octrois de droits miniers et pétroliers sur l'extinction des droits ancestraux, question fort importante dans le contexte des ressources non renouvelables de l'Australie. Selon certains commentateurs, les concessions visant l'exploitation minière, pétrolière et gazière (accordées sous la forme de baux, de permis et de licences) auraient vraisemblablement éteint le titre ancestral; les octrois accordés aux fins de l'exploration ne l'auraient cependant pas aboli^{xxviii}.

De même, le jugement *Mabo* n'a pas permis de régler la question importante de l'ampleur de l'extinction réalisée par les transactions antérieures. Le tribunal a renvoyé à la *Commonwealth Racial Discrimination Act* de 1975, entrée en vigueur le 31 décembre de cette année-là, et déclaré qu'elle restreignait de façon importante le pouvoir législatif des territoires et des États pour ce qui est d'éteindre le titre ancestral reconnu par la common law. Ainsi, lorsque l'octroi d'un intérêt dans une terre abolit le titre ancestral sans annuler les autres intérêts non autochtones, il y a discrimination et l'octroi n'est pas valide. Il peut également s'agir de discrimination lorsque des mesures qui touchent le titre ancestral ne prévoient pas les mêmes exigences d'ordre procédural que celles qui ont un effet sur d'autres intérêts dans la terre (par exemple, l'obligation d'avoir des consultations au préalable et le droit de négocier les modalités de l'entente). Cette déclaration remet en question un certain nombre de concessions accordées depuis 1975.^{xxix}

Pour canaliser les effets de la décision *Mabo*, le gouvernement du Commonwealth,

après d'amples consultations, a fait paraître un document de travail en juin 1993 et, en septembre de cette année-là, a publié le projet détaillé d'une loi qui, selon le premier ministre Keating, visait à [TRADUCTION] "régler les incertitudes créées par la décision *Mabo* et assurer que le titre ancestral est traité de façon juste et équitable". Dans sa déclaration, le premier ministre a indiqué des orientations clairement définies au chapitre des principes et des politiques, lesquelles orientations seraient reflétées dans la législation. Voici en quoi elles consistent :

[TRADUCTION]

1. Reconnaissance sincère et non équivoque du titre ancestral dans le droit de l'Australie;
 2. Des moyens efficaces, rigoureux et justes de déterminer quelles sont les personnes qui ont un titre ancestral, les lieux où ce titre peut être reconnu et les caractéristiques de ce titre dans des cas précis;
 3. Un régime juste et réalisable aux termes duquel les transactions foncières peuvent se dérouler et qui prévoit des processus clairs à l'intérieur desquels les industries vitales qui sont reliées à la terre peuvent fonctionner;
 4. Le droit des autochtones et des habitants des îles Torrès d'être consultés au sujet de mesures qui toucheraient les terres assujetties au titre ancestral, mais sans qu'il y ait un droit de veto spécial ou que la terre ne puisse être touchée;
 5. Certitude complète des octrois de terres qui ont été accordés aux tiers par le gouvernement, sans coût pour les tiers;
 6. Indemnisation équitable pour toute extinction du titre ancestral ou toute atteinte aux droits ancestraux;
 7. L'occasion pour les États et les territoires de gérer les transactions foncières qui touchent le titre ancestral tant qu'ils respectent les normes qui figurent à la législation du Commonwealth et qui ont trait à la reconnaissance et à la protection de ce titre.
- Voilà les fondements de notre politique : il s'agit de fondements solides qui s'appuient sur des principes rigoureux. Notre politique répond aux demandes de l'industrie qui désire que la certitude des titres soit assurée et que des règles claires soient élaborées, pour que les transactions foncières puissent reprendre. Elle répond également aux exigences tout autant légitimes des autochtones et des habitants des îles Torrès qui veulent que les droits qui leur ont été reconnus dans la décision de la Haute Cour de justice soient respectés lorsqu'il s'agit de gérer les terres de l'Australie. Elle répond aux demandes des États et des territoires qui veulent voir reconnaître leur rôle clé dans les transactions foncières qui se déroulent au sein d'un système fédéral. Et elle répond, j'en suis sûr, au souhait de la collectivité australienne en général, à savoir, que la décision *Mabo* soit acceptée mais aussi qu'elle soit appliquée. (Déclaration du Premier ministre en date du 2 septembre 1993)

Je ne compte pas, dans le présent document, examiner en détail la législation australienne projetée. Cette législation fort complexe est d'une portée considérable, car elle a trait à la structure administrative et judiciaire qui permettra de régler les revendications fondées sur le titre ancestral. Je me limiterai plutôt à considérer comment la législation projetée entrevoit la question

de la reconnaissance du titre ancestral et celle de la coexistence de ce titre avec les terres de la Couronne, et je déterminerai si ces initiatives australiennes récentes nous fournissent un modèle de véritables solutions de rechange à l'extinction, dans le contexte des ententes de règlement des revendications territoriales conclues au Canada.

La législation projetée mettrait fin à toutes les ambiguïtés léguées par la décision *Mabo* pour ce qui est de l'effet des transactions passées sur l'extinction du titre ancestral. Elle prévoit que, indépendamment de toute autre loi (dont la *Racial Discrimination Act*), les transactions antérieures qui touchent le titre ancestral seront validées. La teneur de cette validation dépendra de la nature de l'intérêt accordé. Pour les tenures franches ainsi que pour les tenures à bail à des fins résidentielles, de pâturage ou touristiques, la validation abolira tout titre ancestral qui est incompatible avec l'octroi. Pour les intérêts miniers et les intérêts fonciers inférieurs (tels les licences et les permis), la validation n'annule pas le titre ancestral mais celui-ci est assujéti au bail ou à la licence pour la durée de ce bail ou de cette licence. Dans le commentaire où il explique le projet de loi, le gouvernement soutient que cette approche [TRADUCTION] "préservera le titre ancestral autant qu'il est possible tout en validant les transactions passées". La législation prévoira aussi que le détenteur du titre ancestral est habilité à recevoir une indemnisation de la part de celui qui accorde l'octroi, lorsque le titre ancestral est éteint ou diminué par la validation de l'octroi, et que cette indemnisation doit être négociée ou déterminée conformément aux autres dispositions de la législation.

Bien que cette validation soit plutôt large, elle va moins loin que l'extinction globale réalisée au Canada dans les ententes conclues à la Baie James et dans les Territoires du Nord-Ouest. Ceci étant admis, la démarche législative australienne renvoie néanmoins à une version modifiée de l'extinction, du moins pour ce qui est des octrois accordés par le passé.

Pour ce qui est des octrois à venir, la législation cherche à assurer que les régimes de gestion foncière reconnaissent le titre ancestral en prévoyant une extinction beaucoup plus limitée. Ainsi, il n'y aurait extinction du titre ancestral que lorsque les terres autochtones doivent obligatoirement être acquises par le Commonwealth, les États ou les territoires conformément aux processus et aux conditions qui s'appliquent à l'acquisition obligatoire d'autres droits ou intérêts, et une indemnisation serait versée en conséquence. Sauf dans ces circonstances exceptionnelles, tout octroi effectué après le 30 juin 1993 n'éteint pas le titre ancestral, mais ce titre est assujéti à l'octroi pendant la durée de celui-ci et les titulaires du titre ancestral ou leurs

successeurs peuvent faire valoir ce titre lorsque l'octroi est échu.

Lorsqu'il s'agit d'octrois ou de mesures gouvernementales qui touchent des terres à l'égard desquelles il existe un titre ancestral (ce qui comprend notamment la construction d'une route, d'un chemin de fer, d'une école ou d'un autre édifice public), on prévoit que l'octroi peut être accordé ou que la mesure peut être prise uniquement aux termes d'une tenure franche, et si le tout se déroule conformément à la législation. Celle-ci stipule une série de procédures qui doivent être suivies avant que l'octroi puisse être accordé; ces procédures sont conçues de façon à reconnaître aux autochtones un "droit de négocier" plutôt qu'un droit de veto. Ainsi, le gouvernement compétent avisera le titulaire du titre ancestral au sujet de l'octroi projeté et ce titulaire sera habilité à négocier avec le gouvernement ou le cessionnaire prévu (ou les deux). Si les parties ne peuvent s'entendre dans les trois ou quatre mois qui suivent (selon le type d'octroi en cause), c'est un tribunal spécial qui tranche la question. Ce tribunal déterminera si l'octroi peut être accordé et, le cas échéant, les conditions qui s'appliqueront. Outre les motifs habituels que le détenteur du titre peut présenter à un organisme territorial ou étatique afin de s'opposer à l'octroi, le tribunal devra tenir compte d'un certain nombre de questions précises qui ont trait aux intérêts de ce détenteur et, en particulier, des éléments suivants :

[TRADUCTION]

- a) l'effet de l'octroi sur la préservation et la protection du titre ancestral, sur le mode de vie, la culture et la tradition des détenteurs de titres ancestraux ainsi que sur la croissance et le développement de la structure économique, culturelle et sociale dans laquelle vivent les titulaires de titres ancestraux;
- b) les intérêts, les propositions, les opinions et les souhaits des détenteurs de titres ancestraux au sujet de la gestion, de l'utilisation et du contrôle de la terre;
- c) le fait que les détenteurs de titres ancestraux doivent avoir librement accès à la terre et peuvent s'adonner, sur cette terre, aux rites, aux cérémonies et aux autres activités qui ont une importance culturelle à leurs yeux, le tout conformément aux traditions des titulaires de titres ancestraux;
- d) la préservation des lieux sacrés;
- e) la préservation du milieu naturel, à moins que ce critère soit déterminé par un autre processus légal d'évaluation environnementale auquel les détenteurs de titres ancestraux ont accès de façon satisfaisante;
- f) l'importance de la mesure pour l'Australie, l'État ou le territoire, sur le plan économique et sur d'autres plans;
- g) l'intérêt public. (Commonwealth of Australia, *Mabo: Outline of Proposed Legislation on Native Title*, septembre 1993, p. 12. Adopté après quelques amendements, le projet de loi est devenu la *Native Title Act 1993*, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1994.)

La législation prévoit aussi un modèle distinct de gestion foncière pour traiter des octrois

à venir qui mettent en jeu la cession volontaire du titre ancestral par son détenteur, laquelle cession est consentie au gouvernement, en fonction de modalités acceptables par le détenteur du titre ancestral qui, par cette cession, échange son titre contre un titre légal [TRADUCTION] "grâce auquel les peuples autochtones pourraient plus facilement exploiter la terre à des fins commerciales^{xxx}".

Voici ce que déclare le gouvernement australien dans le document de travail où il propose cette solution de rechange :

[TRADUCTION] Cela présenterait peut-être des avantages au sens où le titre ancestral serait remplacé par un ensemble de droits mieux définis. Cependant, on aurait tort de rendre cet échange obligatoire. (*Mabo, the High Court Decision on Native Title*, document de travail, juin 1993, p. 5)

Le nouveau tribunal qui, aux termes du projet de loi, déterminera où les octrois doivent être accordés à l'égard des terres autochtones sera un organisme non judiciaire; cependant, il fera partie d'un vaste processus qui inclura la Cour fédérale, à qui il reviendra de décider sur les prétentions au titre ancestral et de fixer l'indemnisation à verser en cas de perte du titre ancestral ou de préjudice subi à l'égard de ce titre. La Cour fédérale sera appuyée par des médiateurs-asseesseurs. Pour ce qui est de la participation et de la représentation des peuples autochtones, on ne peut lire, dans le commentaire relatif à la législation, que ce qui suit : [TRADUCTION] "Dans la mesure du possible, les autochtones et les habitants des îles Torrès seront nommés comme médiateurs-asseesseurs. [...] Les médiateurs-asseesseurs et les membres [c'est-à-dire les personnes nommées pour faire partie de l'organisme non judiciaire susmentionné] auront des compétences ou des connaissances spéciales dans au moins un des domaines suivants : la société autochtone ou la société des habitants des îles Torrès; la médiation; la gestion des terres; ou tout autre domaine pertinent, selon ce qu'indique le Ministre."^{xxxi}

D'après le résumé précédent des propositions législatives élaborées en Australie, il est évident que, même si l'extinction du titre ancestral aura une place très limitée par rapport à la gestion foncière à venir (puisque cette mesure ne pourra être appliquée que dans les circonstances et aux termes des conditions qui prévalent lorsqu'il s'agit d'acquérir obligatoirement des terres non autochtones), les droits et les pouvoirs de prise de décision que la reconnaissance du titre ancestral confèrera aux peuples autochtones sont fort limités. Aux termes de la législation projetée, il n'existe aucune terre autochtone à l'égard de laquelle les peuples autochtones peuvent exercer un droit de veto en matière d'octrois. Qui plus est, on ne prévoit

aucune région gérée conjointement et aucune structure décisionnelle à laquelle le gouvernement non autochtone et les peuples autochtones participeront également afin de décider de l'utilisation de la terre. Il ne fait aucun doute que le fait qu'on n'ait pas prévu de structure de gestion conjointe découle de ce qu'en Australie, il n'y a eu, dans l'histoire de ce pays, aucune négociation en vue de la conclusion de traités. Par conséquent, le processus visant la reconnaissance du titre ancestral est lui-même défini initialement par le gouvernement, qui agit unilatéralement (bien qu'en consultant des organisations autochtones).

On voit donc que, du point de vue du Canada, l'approche australienne est doublement imparfaite puisque ni sa teneur ni les processus qui y figurent ne sont satisfaisants. La reconnaissance du titre ancestral et le rapprochement des diverses optiques se font aux termes d'une mesure unilatérale et on n'établit pas formellement que les peuples autochtones négocient en tant que gouvernement. Au chapitre de la teneur de l'approche retenue, les droits qui découlent de la reconnaissance du titre ancestral sont bien inférieurs à ceux qui ont été reconnus dans le contexte des ententes de règlement des revendications territoriales conclues au Canada, par rapport à ce qui a été décrit comme les "terres visées par le règlement"; en outre, on ne prévoit aucune région gérée conjointement, sur laquelle on exercerait une compétence partagée. Pour toutes ces raisons, la législation projetée semble contenir peu d'éléments qui pourraient orienter le Canada et l'aider à définir la teneur et l'ampleur des droits ancestraux conservés. Cependant, la seule chose importante qui découle des propositions élaborées après la décision *Mabo*, c'est que, au chapitre de la gestion future des terres et des ressources, l'extinction du titre ancestral n'est pas un prérequis pour confirmer la certitude des intérêts des tiers. Il est remarquable que ceux qui sont chargés d'élaborer la politique du gouvernement fédéral de l'Australie en soient venus à cette conclusion dans le court laps de temps qui s'est écoulé depuis que le jugement *Mabo* a été rendu, si on songe à la longue lutte menée par les peuples autochtones du Canada pour tenter de convaincre les négociateurs fédéraux et provinciaux d'adopter ce point de vue. Dans ce sens, du moins, l'expérience menée récemment en Australie soutient le modèle de la reconnaissance du titre ancestral et non celui de l'extinction de ce titre.

L'expérience néo-zélandaise

Plus encore qu'aux États-Unis ou en Australie, les expériences passées et contemporaines menées en Nouvelle-Zélande peuvent aider le Canada à élaborer des ententes de règlement en fonction

de la constitutionnalisation, et non de l'extinction, des droits ancestraux. Cela s'explique par la relation distinctive des Maoris et des Pakehas (le terme maori pour désigner les Néo-Zélandais de race blanche, terme qui est communément utilisé en Nouvelle-Zélande), et c'est en examinant brièvement certains épisodes de l'histoire de cette relation qu'on peut apprendre et appliquer d'importantes leçons.

Les Maoris, le peuple indigène de la Nouvelle-Zélande, étaient organisés selon un système tribal. La tribu (*iwi*) était formée de groupes de parenté (*hapu*) qui, à leur tour, comportaient un certain nombre de familles élargies (*whanau*). La principale cellule à laquelle des terres appartenaient était le *hapu*, dont les droits étaient assujettis aux droits dominants de la tribu. Le professeur Metge a résumé ainsi le système traditionnel de tenure maori.

[TRADUCTION] Aux termes du système de tenure maori, les droits d'occupation et l'usufruit étaient partagés entre des sous-groupes et des particuliers, mais le droit d'aliénation était réservé au groupe. Chaque *hapu* de la tribu contrôlait une étendue précise de territoire tribal. [...] Au sein du *hapu*, les *whanau*, c'est-à-dire les familles nucléaires et des particuliers, détenaient des droits d'occupation et d'utilisation à l'égard de ressources précises : coins de jardin, étal de poissons, sections laissées aux rats, arbres qui attirent les oiseaux, touffes de lin et bancs de crustacés. [...] [L]es droits des particuliers et des groupes inférieurs étaient toujours assujettis aux droits dominants du groupe élargi. (J. Metge, *The Maoris of New Zealand* [Londres : Routledge and Kegan Paul, 1976], p. 12)

En tant que peuples autochtones, les Maoris avaient une relation spéciale avec leur territoire traditionnel. Paul McHugh nous en fait la description suivante :

[TRADUCTION] Le souvenir des ancêtres dont l'esprit parcourt les terres traditionnelles et l'allégeance à la parenté ont amené les Maoris à "entretenir la flamme" et à demeurer sur leurs terres. L'attachement des Maoris pour leur terre traditionnelle est connu sous le nom de *turangawai* [...]. Le *turangawai* reste une caractéristique importante de la culture maorie moderne. La fonction stricte du *turangawai* est de conférer à un Maori le droit d'être présent dans le *marae* de la tribu [le *marae* est un espace associé à un lieu de rencontre pour la collectivité; c'est l'endroit où se déroulent les cérémonies tribales]; outre cette fonction, le *turangawai* symbolise l'identité d'un Maori. Il représente l'attachement désintéressé à la parenté et aux ancêtres, et assure donc à l'individu un certain *mana*, ou rang social, parmi son propre peuple; il indique que le Maori est fier du groupe auquel il appartient. Le *turangawai* est une caractéristique durable de la société maorie et a été grandement sous-estimé par les Pakehas. (P. McHugh, *Maori Land Laws of New Zealand* [Native Law Centre, Université de la Saskatchewan, 1983], p. 40)

Les débuts de l'histoire coloniale en Nouvelle-Zélande ont été marqués par la signature du Traité de Waitangi en 1840. Plus que tout autre traité passé ou contemporain, le Traité de Waitangi établit entre les peuples autochtones et les gouvernements coloniaux une relation

fondée sur la reconnaissance des droits ancestraux existants. Signé le 6 février 1840 par plus de cinq cents chefs, ce Traité a été rédigé en anglais et en maori; la très grande majorité des chefs ont signé uniquement la version maorie du Traité, dont le préambule se lit comme suit :

[TRADUCTION] La Reine [...] accordant Sa faveur royale aux chefs et aux tribus autochtones de la Nouvelle-Zélande, et désireuse de protéger ces droits et biens [...] estime qu'il est nécessaire, étant donné le grand nombre de Ses sujets qui se sont déjà établis en Nouvelle-Zélande et la poussée rapide de l'émigration à partir de l'Europe et de l'Australie, laquelle émigration a toujours cours [...] de traiter avec les autochtones de la Nouvelle-Zélande pour qu'ils reconnaissent l'autorité souveraine de Sa Majesté sur l'ensemble ou une partie de ces îles.

Par conséquent, Sa Majesté, désirant établir un gouvernement civil [...] a bien voulu autoriser et habilitier William Hobson [...] lieutenant-gouverneur de la partie de la Nouvelle-Zélande qui peut être ou sera cédée à Sa Majesté après l'entrée en vigueur de la présente loi, à inviter les chefs indépendants et confédérés de la Nouvelle-Zélande à consentir aux clauses et conditions suivantes. (Traité portant cession conclu entre la Grande-Bretagne et la Nouvelle-Zélande, 5 février 1840)

Le Traité de Waitangi contient trois articles : le premier, dans sa version anglaise, confère à la Couronne la souveraineté à l'égard de la Nouvelle-Zélande; le troisième reconnaît aux Maoris tous les droits que peuvent faire valoir les citoyens britanniques. Le deuxième article stipule que les droits ancestraux des Maoris sont globalement reconnus et garantis. Le texte anglais de cet article peut se traduire comme suit :

Sa Majesté la Reine d'Angleterre reconnaît et garantit aux chefs et aux tribus de la Nouvelle-Zélande, ainsi qu'à leurs familles et membres respectifs, la possession complète, exclusive et paisible de leurs terres et domaines, forêts, lieux de pêche et autres biens qu'ils peuvent collectivement ou individuellement posséder, tant qu'ils souhaitent en conserver la possession; toutefois, les chefs des tribus unies et les chefs individuels cèdent à Sa Majesté un droit de préemption exclusif à l'égard des terres dont les propriétaires voudront se départir, au prix qui peut être convenu entre les propriétaires respectifs et les personnes nommées par Sa Majesté pour traiter avec eux en Son nom.

Cette garantie globale, dans la version anglaise de l'article, est même plus large dans le texte maori, pour ce qui est de l'ampleur et de la portée de la protection accordée. Dans un jugement récent de la Haute Cour de la Nouvelle-Zélande, le juge Chilwell a passé en revue le texte maori.

Voici la TRADUCTION du texte maori :

Ceci est le second.

La Reine d'Angleterre consent [à donner] aux chefs, les *hapus*, et à tous les habitants de la Nouvelle-Zélande, tout contrôle [*Rangatiratanga*] [sur?] leurs

terres, leurs villages et leurs possessions, mais les chefs de la Confédération et tous les autres chefs donnent à la Reine l'acquisition des parcelles de terre que le propriétaire entend vendre, sous réserve d'un paiement dont le montant sera convenu entre eux et l'acheteur qui sera nommé par la Reine pour acheter pour elle.

En vertu du paragraphe 5(2) de la *Treaty of Waitangi Act* de 1975, un tribunal (le "Tribunal de Waitangi") jouit du pouvoir exclusif de déterminer le sens et l'effet du Traité lorsqu'il exerce ses fonctions aux termes de ce paragraphe. Il a traduit le passage crucial suivant

te tino rangatiratanga o rantou wenua o rantou kainga me o ratou taonga katoa

de façon littérale :

le contrôle le plus grand sur leurs terres, leurs foyers et leurs biens les plus précieux. (Décision du Tribunal de Waitangi relativement à la revendication de Manukau, p. 91)

Voici comment le Tribunal de Waitangi a interprété le terme crucial *taonga* :

Le terme *taonga* signifie plus que des objets qui ont une valeur tangible. Une rivière ou un fleuve peuvent être un *taonga* en tant que ressource précieuse. Sa *mauri* (ou force de vie) est un autre *taonga*. Nous acceptons l'argument des auteurs de la demande selon lequel la *mauri* de la rivière Waikato est un *taonga* qui appartient aux tribus waikato. La *mauri* du port Manukau est un autre *taonga*. (*Huakinu v. Waikato Valley Authority*, [1987] 2 N.Z.L.R. 188, pp. 204-205)

Le Tribunal de Waitangi a été mis sur pied en 1975; son mandat consiste à entendre les revendications maories et à formuler des recommandations pour corriger les effets des politiques et des pratiques qui ont été adoptées par la Couronne et qui enfreignent les clauses du Traité de Waitangi. Dans plusieurs rapports, le tribunal s'est penché sur l'interprétation à donner à l'article 2 de ce Traité. Voici ce qu'il a déclaré dans la *Te Rio Maori Claim* :

[TRADUCTION] [...] bien que le texte anglais soit axé sur les "droits immobiliers", la version maorie renvoie également à la protection de biens incorporels. La garantie qui porte sur "o ratou taonga kaota", ou toutes les choses auxquelles les ancêtres attachaient une grande valeur, est interprétée comme incluant la langue, la coutume et la religion. (*Report of the Waitangi Tribunal on the Te Rio Maori Claim*, 1986 W.A.I. 6, par. 4.3.5-9)

Dans son rapport sur l'*Orakei Claim*, le tribunal a donné l'interprétation additionnelle suivante :

[TRADUCTION] 11.5.21 Par conséquent, le texte maori laisse entrevoir que les Maoris conserveraient tous leurs pouvoirs sur les terres, les foyers et les choses qu'ils avaient à coeur ou, en d'autres termes, que leur *mana* maori resterait intact, ce qui, bien entendu, va

plus loin que le texte anglais qui garantit "la possession complète, exclusive et paisible de leurs terres et domaines, forêts, lieux de pêche et autres biens", tant que les Maoris souhaiteraient les conserver. Le texte maori renvoie à plus que cela.

11.5.24 Dans le cas présent, il s'agit de la terre. Il est évident que la terre, à laquelle les deux textes font expressément référence, est visée par le Traité. La question véritable, c'est la nature et l'ampleur de l'intérêt dans la terre garanti aux Maoris. Dans le rapport de 1983 intitulé *Te Atiawa*, nous avons souligné que les expressions *rangatiratanga* et *mana* sont reliées et que *rangatiratanga* renvoie au *mana* de posséder ce dont on est propriétaire mais aussi, et nous soulignons l'importance de ce qui suit, au *mana* de gérer et de contrôler ce dont on est propriétaire, conformément à ce qu'on estime souhaitable. À notre avis, le texte maori aurait signifié, pour le peuple maori, que leur possession des lieux de pêche serait assurée et protégée (le point en litige dans la *Te Atiawa Claim*), mais que leur *mana* de contrôler ces lieux conformément à leurs propres coutumes et à leurs préférences culturelles serait également garanti. Il est clair qu'ils auraient interprété de la même façon les dispositions relatives à la terre.

11.5.28 En reconnaissant le *tino rangatiratanga* des Maoris à l'égard de leurs terres, la Reine confirmait leur droit de détenir leurs terres conformément aux coutumes tribales et communales établies depuis longtemps. (*Report of the Waitangi Tribunal on the Orakei Claim* (1987) W.A.I. 9, pp. 132-135) [C'est moi qui souligne.]

L'article 2 de la version maorie du Traité de Waitangi est probablement la disposition qui, jusqu'à maintenant, rend le mieux compte de toutes les dimensions des droits ancestraux. En effet, la garantie qui figure à cet article englobe l'intérêt à titre de bénéficiaire des peuples autochtones à l'égard de toutes leurs ressources, qu'elles fassent l'objet de la propriété individuelle ou collective (tribu, clan ou famille élargie); l'article 2 reconnaît que le peuple autochtone a la compétence voulue pour gérer et contrôler ses territoires conformément à ses propres lois et à ses préférences culturelles; il affirme que le lien des autochtones avec leur territoire va plus loin qu'une simple relation économique et matérielle, et qu'il est de nature spirituelle, entraînant diverses responsabilités pour ce qui est du respect et de la protection des forces vitales du territoire. La pauvreté de notre imagination, sur le plan juridique, est tristement illustrée par le fait que, depuis la signature du Traité de Waitangi (soit 150 ans), le Canada n'a pu faire mieux que de décrire le titre ancestral comme "les droits, obligations et responsabilités équivalant à un fief simple". Comme le Tribunal de Waitangi l'a si bien démontré, cette formulation nous laisse "sourds et muets" face au champ sémantique autochtone.

Dans les premières années de la colonisation, le gouvernement britannique prit le Traité très au sérieux. Il insista pour que ses représentants en respectent les modalités et, pendant un certain temps, sous le régime des gouverneurs Hobson et Fitzroy, officiers de marine, c'est ce qui

fut fait. L'une des premières mesures prises par le gouverneur Hobson fut de créer le poste de "protecteur des indigènes"; ce poste rémunéré était confié à un agent de la Couronne dont le mandat était d'être présent à toutes les ventes de terres pour assurer que les transactions étaient légitimes et raisonnables, et qu'un juste prix était versé. Les gouverneurs coloniaux qui succédèrent aux officiers Hobson et Fitzroy instaurèrent un colonialisme plus offensif. Ainsi, l'une des premières mesures prises par le capitaine George Gray, à titre de gouverneur, fut d'abolir le poste de protecteur des indigènes et de le remplacer par celui de "commissaire à l'extinction du titre ancestral". En 1847, dans la décision *The Queen v. Symonds*, on étudia la validité et la force exécutoire du Traité de Waitangi, et la question de savoir s'il était possible d'abolir le droit de préemption de la Couronne afin de permettre l'acquisition, à titre privé, de terres maories. Le juge en chef de la Nouvelle-Zélande, William Martin, et le juge Chapman statuèrent que le Traité était valide et avait force obligatoire. Le jugement rendu en l'espèce, dans lequel on examinait les liens historiques entre les peuples autochtones et la Couronne britannique, constituait à l'époque la déclaration judiciaire primordiale sur les droits ancestraux dans le Commonwealth. La confirmation des droits ancestraux qui figure à la décision *Symonds* n'a pas survécu aux événements des trente années suivantes au cours desquelles l'identité maorie et les droits fonciers du peuple maori ont subi des attaques violentes et directes.

En 1852, le Parlement britannique adopta la *New Zealand Constitution Act* aux termes de laquelle on accordait aux colons un gouvernement représentatif. Bien que l'article 71 de cette loi ait prévu qu'on détermine des districts où le droit et les coutumes maoris prévaudraient, l'autorité conférée ne fut jamais exercée. En 1859, la Législature de la Nouvelle-Zélande chercha à abroger le droit de préemption de la Couronne afin d'accélérer l'achat de terres maories mais le secrétaire aux colonies refusa d'entériner le projet de loi parce qu'il enfreignait le Traité de Waitangi.

En 1861, George Gray fut rappelé d'Afrique du Sud, où on l'avait envoyé en 1853, et nommé de nouveau gouverneur. Il découvrit que Te Wherowhero, le gardien d'Auckland, était devenu, en 1858, le premier roi maori Potatau; le peuple waikato prospérait sous son règne, avait une agriculture florissante et jouissait d'un commerce solide avec les colons d'Auckland. Le Tribunal de Waitangi, dans son rapport sur la revendication du port de Manukau, a décrit comme suit les relations commerciales qui existaient à l'époque entre les Maoris et les colons.

[TRADUCTION] L'Européen a aussi amené écoles et commerce. Le peuple waikato a donné beaucoup de terres pour l'établissement d'écoles de missionnaires. De grandes parties de Waikato ont été cultivées pour le blé, les pommes de terre, le maïs et le kumara. Avec

l'aide des missionnaires, les Maoris waikato ont construit et exploité plusieurs minoteries. Les registres indiquent qu'en 1858, dans le port d'Auckland, 53 petits vaisseaux étaient immatriculés comme appartenant aux autochtones et chaque année, plus de 1 700 canoës maoris entraient dans le port. À peu près à cette époque, les Maoris waikato créèrent leur propre banque commerciale. C'était l'âge d'or de l'agriculture et de la croissance maories. La paix et la prospérité semblaient assurées. En fait, les choses allaient bientôt changer [...] (*Report of the Waitangi Tribunal on the Manukau Claim*, W.A.I.-8 1985)

Les choses allaient bientôt changer parce que, en 1863, le gouverneur Gray ordonna d'envahir le Waikato, ce qui déclencha les guerres maories qui durèrent jusqu'en 1872. Les Maoris waikato insistaient pour que les droits qui leur avaient été reconnus aux termes du Traité soient respectés et ils n'étaient pas prêts à vendre aux colons les terres sur lesquelles ils prospéraient. Le mouvement en faveur du roi maori, qui avait surgi au milieu des années 1850, était une tentative de conserver l'identité et l'autonomie maories dans le contexte de la souveraineté britannique. Pour les colons, toutefois, ce mouvement gênait leur progression et, facteur plus important, était un défi à l'autorité de la Couronne britannique. Ils considéraient que les objectifs du mouvement et la conscientisation des Maoris (favorisée par ses tenants) étaient incompatibles avec l'obligation à laquelle le gouvernement devait faire face, à savoir, éteindre plus rapidement le titre ancestral. Le Tribunal de Waitangi, dans son rapport sur la revendication du port de Manukau, a passé en revue les comptes rendus historiques du début des guerres maories. Voici la constatation à laquelle il en arrive :

[TRADUCTION] Comme la conclusion en fait foi, nos recherches indiquent que le peuple maori manukau a été attaqué sans raison valable par les troupes britanniques, que leurs foyers et villages ont été pillés et brûlés, que leurs chevaux et bétail ont été volés. Les maoris ont ensuite dû quitter leurs terres et ont été traités comme des rebelles, tous leurs biens ont été confisqués pour les punir d'avoir participé à une rébellion qui n'a jamais eu lieu [...]

On peut tout simplement dire que, d'après les éléments de preuve contemporains, [...] toutes les sources s'accordent pour reconnaître que les Tainuis de Waikato ne se sont jamais rebellés mais qu'ils ont été attaqués par les troupes britanniques en contravention directe de l'article II du Traité de Waitangi.

Par suite de l'adoption, en 1863, de la *Suppression of Rebellion Act* et de la *Land Settlement Act*, on confisqua des étendues immenses de terres dans le Waikato, la Baie de Plenty et ailleurs. Paul Temm, l'un des membres du Tribunal de Waitangi, a décrit comment le sort des Maoris, après leur dépossession, a été celui d'autres peuples autochtones.

[TRADUCTION] Ce fut le début de la longue débilitation de l'identité maorie parce que, privés de leur capital - la terre - dont ils avaient tiré déjà tant de fruits, les Maoris se trouvaient réduits à la pauvreté, vivant dans des cabanes et se procurant comme ils le pouvaient des moyens de subsistance élémentaires. La maladie sévissait. Sans ressources financières, aux prises avec une économie monétaire, ils sont devenus ouvriers agricoles et manoeuvres, et, dans nombre de cas, ils étaient les plus pauvres des pauvres. Leur erreur a été de croire que le gouvernement colonial respecterait sa parole et honorerait le Traité de Waitangi. (P. Temm, *The Waitangi Tribunal, The Conscience of the Nation* [Auckland : Random Century, 1990], pp. 23-24)

En raison du déclenchement des guerres maories, le gouvernement britannique confia à la Législature de la Nouvelle-Zélande tous les pouvoirs pour régler la question des terres maories. La conséquence immédiate de ce transfert de compétence législative, fut l'adoption, en 1865, de la *Native Lands Act*. Paul McHugh a décrit les objectifs de cette loi, lesquels visent clairement l'assimilation.

[TRADUCTION] La loi avait deux grands objectifs : ouvrir les terres maories à la colonisation et légiférer au chapitre de l'objectif "humanitaire" que serait l'assimilation. Ces buts sont illustrés avec éloquence dans les paroles souvent citées de Henry Sewell, s'adressant en tant que ministre de la Justice au Conseil législatif en 1870 :

L'objectif de la *Native Lands Act* est à deux volets : ouvrir à la colonisation la masse énorme de terres de l'île du Nord, lesquelles appartiennent aux Maoris et étaient, avant l'adoption de cette loi, hors commerce (on ne pouvait plus avoir recours au vieux système d'acquisition, qui s'était écroulé); l'autre grand objectif était de réduire à néant le système tribal maori, de détruire, si possible, le communisme qui était à la base même des institutions maories, sur lequel le système social maori était fondé et qui faisait obstacle à toutes les tentatives visant à intégrer la race maorie à notre système social et politique. On espérait, en remettant un titre foncier aux individus, en leur donnant le même droit individuel de propriété que nous possédons nous-mêmes, que la société maorie perdrait ses caractéristiques communistes et que le statut social maori serait assimilé au nôtre.

On choisit de retenir la tenance commune anglaise pour faciliter l'acquisition des terres maories et assimiler les Maoris. À cette fin, on mit sur pied la *Native Land Court*, un tribunal spécial pour trancher la question des terres autochtones (devenu la *Maori Land Court*), auquel on confia trois fonctions principales : déterminer les propriétaires de terres maories en fonction de la coutume maorie; faire du titre ancestral un titre reconnu par le droit anglais; faciliter les transactions relatives aux terres maories et la colonisation paisible de ces terres. Le titre était généralement déterminé en fonction du *hapu* [groupe de parenté], la parcelle de terres en question étant reconnue appartenir à un *hapu* dont les membres seraient expressément nommés. Le tribunal remettrait alors à chaque particulier un intérêt foncier ou une quote-part de la terre. (P. McHugh, *Maori Land Laws of New Zealand*, p. 41)

Aux termes de la Loi de 1865, un certificat de titre ne pouvait être émis à plus de dix personnes.

Paul Temm, l'un des membres du Tribunal de Waitangi, a décrit l'effet de cette mesure.

[TRADUCTION] Bien que plusieurs centaines de membres de la tribu aient pu être propriétaires d'une parcelle de terre, [...] le tribunal obéit et choisit certains particuliers dont on enregistra le titre de propriété. Après le décès des "propriétaires" initiaux, les enfants et petits-enfants héritèrent de la quote-part de leurs parents ou de leurs grands-parents, de sorte que les terres maories devinrent la "propriété" de familles qui avaient été choisies et non des tribus qui étaient les propriétaires initiaux. Les véritables propriétaires qui ne furent pas choisis parmi les dix personnes nommées furent déshérités. La conséquence directe de cette politique, c'est qu'il fut plus facile d'acheter des terres maories parce que les propriétaires désignés pouvaient être approchés directement et invités à vendre aux acheteurs européens (ou encore amenés à vendre à force de cajoleries ou obligés de vendre parce qu'ils avaient emprunté des sommes qu'ils se voyaient incapables de rembourser). Mais le véritable objectif de cette politique fut de détruire l'influence de la tribu parce que, comme on l'avait si bien vu dans le Waikato avant les guerres maories, lorsqu'une tribu décidait de ne pas vendre ses terres, les acheteurs européens ne pouvaient arriver à leurs fins. (Temm, *The Waitangi Tribunal*, pp. 103-104)

Paul McHugh a également étudié la dépossession amenée par la législation de 1865.

[TRADUCTION] Les colonisateurs croyaient qu'"en individualisant la quote-part d'un Maori dans une pièce de terre, on lui permettrait de se tenir debout et de cultiver sa terre ou alors de la vendre, ce qui rendrait service à la collectivité". Cependant, la législation eut l'effet malheureux et prévisible d'encourager l'aliénation de grandes surfaces de terres maories, parce que le droit de veto autrefois détenu par le chef de la tribu n'existait plus. Par conséquent, le particulier maori, voyant qu'il possédait une parcelle négociable, fut souvent incapable de résister aux tentations passagères et matérielles du monde européen. Une Commission royale de 1891 avait ceci à déclarer au sujet de la législation sur "l'individualisation" des titres de propriété :

L'aliénation des terres autochtones aux termes de cette loi fut de la pire forme possible et suivit les tendances les plus désastreuses [...]. Le droit d'occuper et de cultiver la terre, droit qu'avaient leurs pères, devint, entre les mains des nouveaux propriétaires maoris, un patrimoine qui pouvait être vendu. Ils perdirent la force qui résulte de l'union. L'autorité de leurs chefs fut détruite, ils étaient la proie de toutes sortes de tentations. [...] Mais les Maoris ne souffrirent pas seulement parce que leurs terres avaient été aliénées. L'occupation de leurs terres les mettait aussi dans une position anormale et humiliante. Étant donné que toute personne dont le nom figurait sur une liste de propriétaires (laquelle pouvait compter plus de cent noms) avait tout autant que ces autres propriétaires le droit d'occuper la terre, l'amélioration du bien-fonds ou le labourage devinrent incertains.

Malgré tout, une portion des terres maories, quoique bien peu, était restée entre les mains des propriétaires autochtones. Ces terres étaient considérées comme une tenance en commun, selon les dispositions de la Loi sur les terres autochtones. Aux yeux du colon européen, l'individualisation du titre de propriété suffisait en soi pour gagner les Maoris aux systèmes de tenure et de gestion européens. Cette hypothèse ethnocentrique ne tenait

bien sûr aucun compte de l'attachement traditionnel des Maoris envers leurs terres.

Par suite de l'imposition de la tenance en commun, le *turangawaewae* évolua et, au cours des ans, l'urbanisation progressant, il en vint à dépendre de l'inscription du nom d'un Maori dans un registre ou sur une liste de propriétaires publiés par le tribunal. Les titres étaient maintenant la propriété des nombreux membres de la famille des défunts et comptaient une foule de propriétaires. Les Européens avaient cru que ceux-ci auraient conclu des ententes entre eux et auraient choisi de participer au régime foncier (ou non) en vendant leur quote-part à d'autres Maoris ou à des acheteurs non autochtones. Ce qui s'est produit, en fait, c'est que l'attachement aux terres traditionnelles est toujours aussi marqué et que les titres sont de plus en plus "encombrés".

Ce processus s'est poursuivi avec chaque génération depuis que le titre a été dévolu, chaque fois que l'ordre de succession est mis à jour, de sorte qu'il n'est pas rare, de nos jours, qu'une pièce de terres soit détenue en propriété par des milliers de propriétaires qui en ont tous une quote-part et qui sont dispersés de par le pays. Nombre de descendants ignoreraient qu'ils détiennent un titre de propriété si ce n'était des dividendes minimes qu'ils reçoivent aux termes d'un bail, d'un avis de saisie parce que divers droits n'ont pas été acquittés ou, encore, d'une indemnisation versée en cas d'expropriation. (McHugh, *Maori Land Laws*, pp. 41-43)

Sous l'effet combiné des achats effectués par la Couronne, des *raupatu* (les confiscations qui ont suivi les guerres maories pour l'appropriation des terres) et des opérations de la *Native Land Court*, les Maoris n'ont plus qu'environ 2 % des terres de la Nouvelle-Zélande.

Il est clair que la *Native Lands Act*, qui semble, à première vue, respecter le droit coutumier maori, était en fait conçue pour le supprimer.

[TRADUCTION] L'objet de ces modifications n'était pas de préserver la tenure coutumière mais bien d'assimiler les Maoris. Par exemple, l'article 30 prévoit que la succession doit se faire "conformément à la Loi et, dans la mesure du possible, à la coutume autochtone". Ce qu'on entendait être une concession à la coutume a été utilisé par M. Fenton [le premier juge en chef de la *Land Court*] et ses collègues comme un moyen d'imposer des notions de droit anglais. Ainsi, M. Fenton a insisté sur le point suivant :

Le tribunal, en administrant cette loi, doit veiller à introduire le plus tôt possible chez les Maoris le système de tenure anglais et les règles de succession héréditaire anglaises, sans bien entendu trop offenser la morale maorie.

En interprétant la coutume, le tribunal ouvrait la voie au problème de la fragmentation des titres ancestraux traduits en titres reconnus par le droit anglais. (McHugh, *Maori Land Laws*, p. 33)

L'application par les juges pakehas de la *Native Land Court* de la *Native Lands Act* a miné à d'autres égards le droit coutumier des Maoris. L'objectif de cette loi, soit

l'individualisation du titre foncier des Maoris, a fait disparaître le droit de veto du chef tribal et on a introduit des règles de transmission héréditaire qui prévoyaient, contrairement au droit coutumier maori, que les femmes aussi bien que les hommes pouvaient hériter. Le tribunal a aussi pris une décision en faveur d'un *hapu* (clan de parenté) au sujet de terres qui étaient souvent utilisées par plusieurs *hapu*; il a offert une tribune légale non maorie où on a pu présenter de fausses revendications qui, à l'époque du système coutumier *runanga*, n'auraient jamais été entendues par les anciens qui, en raison de leurs vastes connaissances, tranchaient les litiges en matière de propriété foncière.

Par conséquent, il n'est pas étonnant que les Maoris considèrent que la *Native Lands Act* enfreint l'article II du Traité de Waitangi, dans lequel on garantit leur droit de conserver "toutes les choses auxquelles les ancêtres attachaient une grande valeur", ce qui comprend obligatoirement le droit de conserver et de développer leurs formes de tenure coutumières, conformément à leurs valeurs tribales et au *turangawaewae*.

On voit donc qu'en Nouvelle-Zélande, en l'espace de seulement vingt-cinq ans, une relation fondée sur la conclusion d'un traité qui respectait l'identité maorie et confirmait les droits des Maoris à l'égard de la terre, a été transformée en un programme législatif aux termes duquel ces droits sont devenus une forme peu maniable de tenure reconnue par la common law, dont l'objectif explicite est de saper l'identité collective et l'ordre social maoris. Bien entendu, le statut juridique du Traité de Waitangi a lui aussi été modifié intégralement. En 1847, dans le jugement *Symonds*, le juge en chef de la Nouvelle-Zélande avait considéré que ce Traité était la confirmation de principes fondamentaux du droit colonial qui déterminaient les relations entre la Couronne et les peuples autochtones. En 1877, le juge en chef Prendergast a statué, dans le jugement *Wi Parata v. The Bishop of Wellington*, que le Traité, en tant que question de droit, était tout simplement nul parce que les Maoris n'avaient aucun gouvernement civil ou système de droit établi aux termes duquel ils auraient pu céder leur souveraineté. Cette opinion s'appuyait en outre sur le raisonnement selon lequel un traité, en tant que question de droit international, ne pouvait créer de droits opposables devant un tribunal à moins d'être ratifié par la législation. Pour ce qui est de l'argument voulant que la *Native Lands Act* avait renvoyé aux "coutumes et usages anciens des peuples maoris", le juge en chef Prendergast a déclaré qu'une expression qui figure dans la loi ne peut faire exister une chose inexistante.^{xxxii}

Même si le point de vue extrême adopté dans le jugement *Wi Parata* (qui est analogue à

certain égard à la doctrine de la *terra nullius* prônée en Australie, dans la mesure où l'on nie l'existence d'un système de droit et de tenure maori) a été rejeté par le Conseil privé dans la décision de 1901 intitulée *Nireaha Tamaki v. Baker*, la colonisation et la mise en valeur de la Nouvelle-Zélande se sont poursuivies indépendamment de la confirmation des droits ancestraux consacrés dans le Traité de Waitangi. Malgré la décision *Nireaha Tamaki*, on a continué, en Nouvelle-Zélande, à faire valoir et à invoquer le rejet du Traité dans le jugement *Wi Parata*. En 1971 encore, l'article de tête, dans un numéro du *New Zealand Law Journal*, était intitulé "The Non-Treaty of Waitangi" (Le non-traité de Waitangi). Les Maoris ne cessent de revendiquer la reconnaissance du Traité en tant que document constitutionnel de base qui doit être respecté parce qu'il exprime la volonté et le fait de leurs *tupuna* [ancêtres]; cette revendication a été sommairement rejetée dans l'article susmentionné :

[TRADUCTION] Si l'on considère uniquement l'aspect exécutoire du document et qu'on laisse de côté ses qualités "spirituelles" ou le fait qu'il fait appel aux sentiments, on peut soutenir que le Traité de Waitangi est dépourvu de toute valeur et qu'il est inopérant. Il s'agit en fait d'un non-traité. Qui plus est, si on cessait de se reporter 130 ans en arrière pour y trouver un soutien affectif et si on s'efforçait plutôt de faire face aux problèmes raciaux qui existent aujourd'hui au sein de notre nation, ce non-traité cesserait enfin d'être une question à débattre. (Malloy, "The Non-Treaty of Waitangi" [1971] *N.Z.L.J.* 193, p. 196)

En fait, c'est le contraire qui s'est produit. Les demandes sans cesse renouvelées des Maoris, à l'instar des peuples autochtones des autres régions du globe, pour jouir d'une autosuffisance accrue, ont, ces dernières années, placé le Traité de Waitangi au premier plan du point de vue juridique. Le travail du Tribunal de Waitangi et le rôle de plus en plus actif joué par la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande ont fait en sorte qu'on reconnaisse juridiquement l'importance du Traité de Waitangi dans le passé et le présent. D'importantes lois de la Nouvelle-Zélande exigent ou permettent maintenant que les preneurs de décision tiennent compte des principes énoncés dans le Traité. Ainsi, la *Conservation Act* de 1987 porte que [TRADUCTION] "la présente loi doit être interprétée et administrée de façon à donner effet aux principes énoncés dans le Traité de Waitangi".

Même dans les causes où aucun renvoi statutaire de cette nature n'est prévu, les tribunaux de la Nouvelle-Zélande ont estimé que la législation comporte une telle exigence. La décision rendue par le juge Chilwell dans le jugement *Huakinu v. Waikato Valley Authority* est un exemple de poids à cet égard. En l'espèce, il s'agissait de déterminer l'interprétation à donner à la *Water*

and Soil Conservation Act et de déclarer si un tribunal compétent en matière de planification doit tenir compte des objections des Maoris lorsqu'on présente une demande de rejet d'effluents provenant d'une laiterie dans une rivière, et accepter l'argument voulant que ce rejet porterait atteinte au lien spirituel et culturel des Maoris avec les eaux de la région. Le juge Chilwell, après avoir passé en revue la doctrine de la Nouvelle-Zélande sur le Traité, en est arrivé à la conclusion suivante :

[TRADUCTION] L'examen de la doctrine porte à conclure que le Traité ne fait pas partie du droit municipal de la Nouvelle-Zélande, au sens où il reconnaîtrait des droits opposables devant les tribunaux en vertu de ses propres dispositions. [...] Les auteurs estiment en outre que le Traité a été essentiel à la fondation de la Nouvelle-Zélande et, depuis ce temps, nombre de lois ont reconnu directement et indirectement les obligations de la Couronne envers le peuple maori. Parmi ces lois, citons la *Treaty of Waitangi Act* (1975) et la *Waitangi Day Act* (1976), qui, toutes deux, lient expressément la Couronne. Il ne fait aucun doute que le Traité fait partie de l'essence même de la société néo-zélandaise. Par conséquent, il fait partie du contexte en fonction duquel il faut interpréter la législation qui enfreint les principes qui y figurent. ([1987] 2 *N.Z.L.R.* 188, p. 210)

La cause *Huakinu* est importante en ce qu'elle illustre l'approche contemporaine des tribunaux de la Nouvelle-Zélande à l'égard du Traité de Waitangi; les faits en l'espèce reflètent également l'intérêt d'un modèle où l'on reconnaît les droits ancestraux, car un tel modèle rend compte des principaux aspects du lien qui unit les peuples autochtones à leurs terres et à leurs eaux, aspects que le concept de tenure, au sens de la common law, ne traduit pas adéquatement.

Dans le cours de sa décision, le juge Chilwell a passé en revue des objections élevées par les Maoris à l'égard d'une série de décisions prises par le tribunal de la planification. Il comptait ainsi donner [TRADUCTION] "un aperçu des valeurs spirituelles des Maoris à l'endroit de l'eau, dans le contexte de ressources précises".

[TRADUCTION] Dans la première décision de la série *Minhinnick*, [...] le tribunal a pris acte du fait que Madame Minhinnick avait parlé, dans son témoignage, de la longue association de son *hapu* avec la région qui s'étend du port de Manukau jusqu'à la rivière Waikato. Elle a déclaré que l'eau a des qualités qui ne sont pas d'origine technique, mais bien de provenance spirituelle et culturelle; pour les Maoris, le droit de jouir de l'eau de la Waikato est sacré : c'est un symbole tangible de l'identité tribale d'un Maori. Elle a soutenu que la fierté spirituelle des Maoris souffrirait si des valeurs qui sont chères aux Maoris étaient rejetées et si les eaux de la rivière Waikato et du port de Manukau étaient mélangées sans faire attention. [...]

Un témoignage de cette sorte a amené le tribunal à examiner les principes et les objectifs de la *Water Act*; il a ensuite conclu que cette loi vise les aspects physiques de l'environnement et non seulement des préoccupations d'ordre métaphysique. Il a statué ce

qui suit :

Puisque la Loi exige expressément que les questions environnementales soient soupesées, on tient compte, par le fait même, de certaines préoccupations traditionnelles des Maoris. Mais parmi ces préoccupations, il y en a qui sont culturelles et spirituelles, et qui vont donc plus loin que les simples questions de milieu naturel. Nous croyons que rien dans cette loi ne nous permet de tenir compte de ces préoccupations purement métaphysiques. [...]

Dans sa décision sur la revendication de Manukau, le Tribunal de Waitangi s'est penché sur les arguments de Madame Minhinnick, qui n'avaient pas été retenus. Le tribunal a soutenu que les préoccupations d'ordre métaphysique sont pertinentes aux dispositions du Traité de Waitangi; que le fait que le gouvernement n'en a pas tenu compte, en ayant adopté des lois comme la *Water Act*, est contraire aux principes du Traité. Essentiellement, ce raisonnement est fondé sur la conclusion selon laquelle le texte maori du Traité garantit aux Maoris la propriété de l'ensemble de leur *taonga*. Au sujet des questions d'ordre métaphysique, le tribunal a déclaré ce qui suit, aux pages 78 et 79 :

Les valeurs d'une société, ses croyances spirituelles ou métaphysiques et ses préférences au chapitre de la coutume entrent régulièrement en jeu dans l'évaluation d'une proposition, sans qu'on songe à leur origine. Certaines sociétés édictent des règles au sujet du bruit qu'on ne peut faire le dimanche, d'autres protègent les vaches sacrées. Lorsque, dans notre pays, on rejette les valeurs maories alors qu'on applique les valeurs occidentales, on suppose que notre société est monoculturelle. Dans notre société multiculturelle, les valeurs des minorités doivent parfois laisser la place à celles de la culture dominante, mais en Nouvelle-Zélande, le Traité de Waitangi reconnaît aux valeurs maories une place égale à celle des valeurs britanniques, et leur donne la priorité lorsque l'intérêt des Maoris à l'égard de leur *taonga* est touché de façon négative. [...]

Ici, *wai maori* (l'eau douce) est aussi le don de vie des dieux (*te wai ora o Tane*); elle est utilisée pour bénir et pour guérir. Des courants d'eau distincts sont utilisés pour la cuisson, pour boire et pour nettoyer (ce qui explique que les Maoris ne lavent jamais de vêtements dans une cuisine). L'eau sale est purifiée en retournant à la terre, par purification rituelle ou, sauf si elle contient des déchets animaux, en la mélangeant à de grandes quantités d'eau pure.

Wai mataitai (l'eau salée) est différente (*te wai ora o Tangaroa*). Elle fournit de la nourriture mais son utilisation à des fins domestiques est limitée. Comme tel, chaque courant d'eau comporte sa propre *mauri* (force de vie) et *wairua* (esprit), lesquels sont protégés par des *taniwha* (démons des ondes) distincts et ont leur propre *mana* (statut). Bien entendu, les eaux se mêlent entre elles. La *mauri* de la rivière Waikato s'écoule vers la *mauri* de la mer mais du côté des terres, la *mauri* de la rivière Waikato est une entité séparée. Les Maoris s'opposent à ce qu'on mélange les terres par des moyens artificiels, à ce qu'on mêle les deux *mauri* et à ce qu'on fasse bouillir ces eaux par des processus qui rejettent des eaux "mortes" ou "cuites" dans des eaux vivantes qui fournissent les fruits de mer.

Cette objection, comme nombre de coutumes maories, est fondée du point de vue environnemental. Lorsque la température de l'eau monte, même légèrement, la vie aquatique (plantes et poisson) en subit les conséquences.

Mais l'ancien Maori exploitait aussi la terre et ses ressources, ce qui l'obligeait à changer le monde naturel. Des *tohunga* (prêtres) étaient formés pour apaiser les dieux, justifier les transgressions qui s'imposaient et exécuter les rites purificateurs. Ils causaient le *mate maori* (maladie psychosomatique qui résulte d'un manquement intentionnel ou non aux lois sacrées) et guérissaient de cette maladie; ils déterminaient le *utu* ou le *koha* (paiement, rétribution satisfaisante, accord) nécessaires pour restaurer la *mana* de celui qui avait été offensé ou celle des *atua* (dieux) qui sont présents dans toute chose naturelle. Le progrès était assuré par les *tohunga* qui devaient veiller à ce que celui-ci se déroule avec harmonie et équilibre, équité et justice, et conformément aux coutumes anciennes.[...]

C'est pour des raisons comme celles qui précèdent que le tribunal a décidé que les valeurs maories devaient être respectées dans la planification et la législation; il a recommandé [...] que les principes applicables, qui devaient être prévus dans une gamme de lois visant la planification intégrée, incluent des considérations sur le lien qui existe entre les peuples maoris, leurs valeurs, culture et traditions et leurs terres, eaux ou ressources, et sur la protection des terres et des lieux de pêche maoris. Plus particulièrement, le tribunal a recommandé que la législation en vigueur soit amendée sur-le-champ pour permettre aux conseils régionaux d'approvisionnement en eau de tenir compte des valeurs spirituelles et culturelles maories lorsqu'ils étudient des demandes visant l'émission de droits relatifs à l'eau. (2 N.Z.L.R. 219-222)

Le juge Chilwell a conclu que le tribunal de la planification était tenu de considérer l'objection à la demande visant l'émission de droits relatifs à l'eau parce que la loi prévoyait qu'il fallait agir ainsi [TRADUCTION] "si l'octroi de la demande porte atteinte aux intérêts de ceux qui font objection ou aux intérêts du public en général"; il a également statué que cette disposition comprend les valeurs culturelles et spirituelles des Maoris, lesquelles, par conséquent, [TRADUCTION] "ne peuvent pas être écartées si la preuve établit l'existence d'un lien traditionnel, culturel et spirituel avec l'eau, et que ce lien unit l'élément naturel à un groupe particulier et important de Maoris".^{xxxiii}

De la sorte, le tribunal a pu tenir compte des valeurs culturelles et spirituelles des Maoris relativement à l'eau en invoquant la loi et en renvoyant à la vaste notion d'"intérêts". Toutefois, comme le juge Chilwell le reconnaît lui-même quand il fait mention des rapports du Tribunal de Waitangi, ce lien spécial avec l'eau est l'un des éléments qui, selon les Maoris, avaient été garantis par le Traité de Waitangi. Les Maoris considèrent qu'il s'agit là de l'un de leurs *taonga*,

l'un de leurs biens et attributs auxquels les ancêtres accordaient une grande importance. Ce lien spirituel et culturel les unit au courant des fleuves et des rivières ainsi qu'aux forces vitales de ces cours d'eau, dont ils dépendent et dont leurs ancêtres ont dépendu avant eux. Le respect de ce lien ne devrait pas être subordonné à l'interprétation d'une loi par un tribunal non maori. Le Traité de Waitangi a été tellement dévalué en Nouvelle-Zélande que les tribunaux ont dû réintroduire les promesses et les garanties qui y figurent par les chemins obliques de l'interprétation alors que le Traité lui-même, comme l'explique le Tribunal de Waitangi, reconnaît déjà amplement les droits ancestraux des Maoris.

Comme les comptes rendus du Tribunal de Waitangi l'ont démontré, les droits ancestraux des Maoris comprennent leurs *taonga* (leurs biens les plus précieux). Selon les conclusions du tribunal, [TRADUCTION] "une rivière ou un fleuve peuvent être un *taonga* en tant que ressource précieuse. Sa *mauri* (ou force de vie) est un autre *taonga*". Cette notion de *taonga*, de biens et d'attributs prisés auxquels les ancêtres attachaient beaucoup d'importance, est essentielle aux yeux des Maoris et elle exprime un principe fondamental pour les peuples autochtones du Canada, principe qui serait reflété dans le modèle de droits ancestraux que j'ai esquissé plus tôt dans le présent document. Mais quels sont les éléments chéris des ancêtres qui façonnent la vie contemporaine d'une première nation et qui lui donnent un sens? La réponse à cette question nous aidera à déterminer comment il faut définir les droits ancestraux (c'est-à-dire la formulation et la forme de ces droits) dans une entente de règlement des revendications territoriales contemporaine.

Tout comme, pour les Maoris, la force vitale d'un fleuve ou d'une rivière est un *taonga* qui doit être respecté et protégé, pour les Gitksan et les Wet'suwet'en, le saumon qui nage et fraie dans leurs rivières, fleuves et lacs est un élément vital qui doit lui aussi être respecté et protégé. Les "cérémonies du premier saumon", observées par les Gitksan et nombre d'autres premières nations, sont l'expression culturelle et rituelle de ce respect. Les autochtones estiment que leur participation à la gestion des pêcheries est l'expression contemporaine de leurs responsabilités envers le saumon et les cours d'eau, responsabilités qui leur ont été transmises par leurs ancêtres et qui ne peuvent ni être cédées ni être éteintes.

Bien qu'on puisse considérer que le droit de participer à la gestion des pêcheries découle de l'importance économique de la pêche pour les peuples autochtones, ce qui distingue cette responsabilité de celle qu'assument les gouvernements non autochtones, c'est le jeu de liens

spirituels, culturels et sociaux qui fait que le saumon n'est pas seulement une ressource économique ou une partie importante de la chaîne alimentaire, mais qu'il fait partie d'une généalogie qui l'unit inséparablement aux peuples autochtones. Lorsqu'un chef gitksan accepte son titre héréditaire, on lui dit de "marcher doucement sur le souffle de ses ancêtres", ce qui signifie qu'il doit respecter les forces vitales des fleuves et des rivières ainsi que des terres des Gitksan et des Wet'suwet'en, responsabilité qui incombe nécessairement au chef. Les obligations qui découlent de ce respect, dont l'expression est enchâssée dans la langue d'un peuple, dans sa façon de voir le monde et la place qu'il y occupe, ne sauraient faire l'objet d'un droit octroyé par un gouvernement non autochtone qui ne possède ni les termes ni la culture nécessaires pour exprimer ce respect. Toutefois, si on prend comme point de départ les langues des premières nations, on peut élaborer une formulation familière aux non-autochtones qui rend compte, d'une façon contemporaine, des responsabilités et des droits des autochtones. Le travail effectué par le Tribunal de Waitangi, qui a fait ressortir la version maorie du Traité du même nom, est une indication de la façon dont une approche biculturelle de ce genre pourrait être articulée.

Bien qu'un grand nombre de revendications aient été déposées auprès du Tribunal de Waitangi, la Nouvelle-Zélande ne connaît pas encore de processus analogue aux revendications globales sur lesquelles le Canada se penche actuellement. En fait, des membres du Tribunal de Waitangi ont déclaré que le Canada, pour ce qui est des ententes de règlement des revendications globales, est en avance de dix ans sur la Nouvelle-Zélande. Pourtant, dans un domaine du moins, celui des droits de pêche, le gouvernement de la Nouvelle-Zélande a conclu une entente de revendications globales avec les Maoris, où l'on considère précisément des solutions de rechange à l'extinction des droits ancestraux.

L'une des questions soulevées en Nouvelle-Zélande est celle qui consiste à savoir si le Traité de Waitangi est la source unique de droits de pêche pour les Maoris ou s'il déclare juridiquement qu'il existe des droits ancestraux qui survivent au Traité. Dans la décision *Te Weeti* rendue en 1986, le juge Williamson devait déterminer comment interpréter le paragraphe 88(2) de la *Fisheries Act* de 1983, laquelle prévoit que [TRADUCTION] "rien dans la présente Loi ne doit porter atteinte aux droits de pêche des Maoris"; le juge Williamson a statué que [TRADUCTION] "le Traité a été signé en 1840 mais il est évident que les droits qui y sont consacrés découlent de la possession et de l'utilisation traditionnelles des biens fonciers dont les tribus maories avaient la jouissance avant 1840"^{xxxiv}. Le juge Williamson estimait que le Traité déclare juridiquement ces

droits coutumiers, sans plus, et que les droits protégés au paragraphe 88(2) renvoient au "titre ancestral" plutôt qu'à des "droits issus de traités", en ce sens qu'il s'agit de droits de subsistance non exclusifs. La décision est importante parce que c'était la première fois qu'un tribunal de la Nouvelle-Zélande appliquait la doctrine du titre ancestral et que ce jugement laissait entendre que des droits pouvaient exister indépendamment du Traité, à moins d'avoir été expressément abolis par la loi. De plus, il serait possible d'opposer ces droits, contrairement à ceux qui sont issus du Traité et qui doivent être intégrés au droit municipal avant que les tribunaux puissent les faire respecter.

La question a été reprise un an plus tard par le juge Greig dans la décision *Ngai Tahu Maori Trust Board v. A.G.*, dans laquelle les Maoris ont contesté l'introduction, par le gouvernement, d'un système de gestion fondé sur le contingentement des pêcheries, aux termes duquel les pêcheries commerciales auraient été attribuées à des non-Maoris; en l'espèce, les Maoris soutenaient que cette mesure enfreignait les principes du Traité de Waitangi. En vertu du système prévu, une personne se voyait allouer un quota à l'égard duquel elle exerçait un titre de propriété, de sorte qu'elle pouvait céder son bien en le vendant, en le donnant à bail ou en l'assujettissant à une licence ou à un permis. Les Maoris soutenaient, dans la cause *Ngai Tahu*, que les droits de pêche reconnus dans le Traité signifiaient davantage que de simples droits de subsistance et qu'ils comprenaient certaines pêches commerciales; par conséquent, affirmaient-ils, le plan de gestion fondé sur les quotas, qui ne tenait pas compte de ces droits, violait les dispositions du Traité. En accordant une injonction provisoire, le juge Greig considérait que le paragraphe 88(2) allait plus loin que ce qui avait été envisagé dans le jugement *Te Weeti*, pour ce qui est d'intégrer au droit municipal l'obligation prévue dans le Traité, de sorte que le droit consacré dans le Traité était directement opposable. Par conséquent, le paragraphe 88(2) imposerait à la Couronne l'obligation réelle et opposable de tenir compte des droits de pêche des Maoris.

Le Tribunal de Waitangi a lui aussi étudié longuement, dans son rapport de 1988 sur la *Muriwhenua Fishing Claim*, l'ampleur des droits de pêche reconnus dans le Traité. Il a rejeté l'argument de l'Association de l'industrie des pêches selon lequel le Traité déclarait juridiquement l'existence d'un titre ancestral, sans plus, et voulant que les seuls droits qui jouissent d'une protection étaient ceux qui existaient en 1840 (des droits de subsistance, essentiellement). Le tribunal a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] La doctrine (sur les droits ancestraux), prétendait-on, reconnaissait des droits de pêche mais non exclusifs, des lieux de pêche mais non des zones de pêche, et soutenait un mode de vie traditionnel, non l'exploitation d'un commerce à l'occidentale. On a laissé entendre que le Traité devait donc signifier la même chose. [...] Le problème, c'est qu'il signifie autre chose. Entre autres, le terme "exclusifs" devrait être changé et Lord Normanby serait obligé de revoir ses directives. Il a clairement entrevu que les Maoris profiteraient de la mise en valeur des biens qu'ils avaient conservés. (*Report of the Waitangi Tribunal on the Muriwhenua Fishing Claim*", 1988 WAI-22)

À partir d'éléments de preuve considérables qui lui avaient été présentés, lesquels démontraient que les Maoris avaient depuis longtemps des méthodes de pêche coutumières ainsi que des lieux de pêche traditionnels et qu'ils s'adonnaient beaucoup à la pêche dans les eaux côtières, le tribunal a conclu que les droits de pêche des Maoris, selon ce qui était prévu au Traité et conformément à la protection assurée au paragraphe 88(2), étaient beaucoup plus que de simples droits de subsistance et incluaient le droit d'exploiter commercialement les pêcheries.

Le tribunal a affirmé que la Couronne devait [TRADUCTION] "marchander pour tout droit public à l'exploitation commerciale des pêcheries côtières" et que le système de gestion fondé sur les quotas était carrément incompatible avec les principes et les modalités du Traité parce qu'il allouait à des Néo-Zélandais non maoris "la possession complète, exclusive et paisible des biens et des lieux de pêche qui, aux yeux des Maoris, était garantie par le Traité". Le tribunal a aussi déclaré qu'il n'est pas nécessaire que le système de gestion fondé sur les quotas entre en conflit avec le Traité et que les deux parties pourraient en tirer profit si les Maoris et la Couronne en arrivaient à une entente ou à un compromis.

Les litiges au sujet de l'interprétation et de l'application du paragraphe 88(2) ainsi que les recommandations du Tribunal de Waitangi dans la revendication de Muriwhenua ont conduit à l'adoption, en 1989, de la *Maori Fisheries Act*, conçue pour offrir une solution provisoire au différend sur les pêcheries. Aux termes de cette loi, 10 % des quotas commerciaux, pour chaque espèce de poisson, serait alloué aux Maoris pour une période de quatre ans et dix millions de dollars seraient affectés au soutien de la participation des Maoris à l'industrie de la pêche commerciale. En outre, on intègre pour la première fois au droit municipal un élément du texte maori du Traité, en ce sens qu'on prévoit expressément que la Loi vise à [TRADUCTION] "assurer la reconnaissance de la *rangatiratanga* [autorité du chef] et du droit de pêche reconnu à l'article II du Traité". La Loi crée une Commission maorie des pêcheries qui doit tenir compte des coutumes et des considérations économiques et sociales propres aux Maoris lorsqu'elle alloue

des quotas et apporte un soutien à ce peuple, dans le cadre de son mandat. En mettant sur pied des *taiapure* [pêcheries locales], le législateur entend fournir un mécanisme aux termes duquel les lieux de pêche liés à des *iwi* [tribus] et des *hapu* [sous-tribus] particulières pourraient être contrôlés par les Maoris qui sont associés de près aux pêcheries.^{xxxv}

Les Maoris estimaient toutefois que les quotas de 10 % fixés dans la *Maori Fisheries Act* ne respectaient pas suffisamment les droits qui leur avaient été reconnus aux termes du Traité, et les tribunaux furent saisis de litiges additionnels. Dans la décision de 1992 intitulée *Te Runanga o Muriwhenua v. A.G.*, le président de la Cour d'appel, Sir Robin Cook, a déclaré, dans un jugement interlocutoire, que l'expression "droits de pêche des Maoris", au paragraphe 88(2) de la *Fisheries Act* de 1983, renvoie aux droits issus du Traité mais que, pour appliquer ces droits, il faut tenir compte [TRADUCTION] "des réalités de la Nouvelle-Zélande contemporaine, d'une façon qui soit équilibrée et appropriée aux circonstances d'aujourd'hui". Son Honneur était d'avis que :

[TRADUCTION] Il s'agit de savoir si les dispositions de la *Maori Fisheries Act* de 1989 reflètent ou expriment comme il se doit les droits maoris traditionnels dans les circonstances actuelles. (*Te Runanga o Muriwhenua v. A.G.*, décision de la Cour d'appel, 22 février 1990, p. 38)

Il a poursuivi ainsi :

[TRADUCTION] On peut considérer que la *Maori Fisheries Act* de 1989 est une mesure provisoire qui devrait s'appliquer jusqu'en 1993, à tout le moins, et que, par la suite, elle ferait l'objet d'une révision, au besoin, en fonction de l'expérience qu'on tire de son application passée [...]. Comme telle, la Loi de 1989 est un pas en avant important. Il se peut que, de la sorte, on respecte les exigences du Traité et des lois pertinentes, à cette étape-ci, pourvu que chaque intéressé saisisse bien qu'il ne s'agit pas nécessairement d'une solution finale. (p. 39)

Par suite du jugement de la Cour d'appel, les Maoris et la Couronne ont accepté de discuter pour assurer que l'évolution du système de gestion fondé sur les quotas, y compris la durée du contingentement, satisfasse des principes de conservation reconnus et les clauses du Traité de Waitangi. Ils ont en outre convenu d'interrompre les instances pour pouvoir poursuivre les discussions. La Couronne a accepté qu'aucune autre espèce de poisson ne fasse l'objet de quotas avant qu'une entente soit conclue ou que le tribunal tranche la question. En août 1992, des représentants des Maoris et de la Couronne se sont rencontrés pour discuter de leurs différends et régler les revendications et les réclamations en cours au chapitre des pêcheries. Le 27 août, un accord a été conclu en vue d'un règlement. Le préambule de l'accord en question prévoit ce qui

suit :

[TRADUCTION]

A. Par le Traité de Waitangi, la Couronne a garanti aux chefs, aux tribus et aux particuliers maoris la possession exclusive et paisible de leurs pêcheries ainsi que la *rangatiratanga* applicable;

B. La paragraphe 88(2) de la *Fisheries Act* de 1983 prévoit ce qui suit : "rien dans la présente Loi ne doit porter atteinte aux droits de pêche des Maoris";

C. La Couronne et les Maoris ne s'entendent pas sur la nature et la portée des droits de pêche des Maoris, dans le contexte contemporain, et beaucoup d'incertitude persiste quant aux questions suivantes : ces droits découlent-ils du Traité ou de la common law (aux termes du droit coutumier, du titre ancestral ou autrement) (ou des deux), et quel est l'effet du paragraphe 88(2) de la *Fisheries Act* de 1983 et des dispositions que ce paragraphe remplace?

D. Dans des poursuites intentées devant la Haute Cour et diverses revendications présentées au Tribunal de Waitangi, les Maoris ont soutenu que le système de gestion fondé sur des quotas, introduit légalement en 1986, est illicite et incompatible avec les principes du Traité de Waitangi ou qu'il ne s'applique pas aux pêcheries maories, dont les pêcheries commerciales. Ils ont obtenu des mesures de redressement provisoires auprès de la Haute Cour et de la Cour d'appel, lesquelles ont déclaré que la Couronne ne doit entreprendre aucune démarche additionnelle pour assujettir les pêcheries au système de gestion fondé sur les quotas;

E. À Wellington, en juin 1988, lors d'une *hui* [assemblée traditionnelle] nationale, les Maoris qui revendiquent des droits et des intérêts à l'égard des pêcheries de la Nouvelle-Zélande ont confié à leurs représentants le mandat d'obtenir de la Couronne un règlement juste et honorable des revendications;

F. Le 20 décembre 1989, le Parlement a adopté et mis en application la *Maori Fisheries Act*, dont l'un des buts est "de faire respecter davantage les droits de pêche des Maoris garantis par le Traité de Waitangi". La Loi prévoyait que la Couronne devrait transférer à la Commission maorie des pêcheries (créée en vertu de cette loi), pour toutes les espèces de poisson, 10 % des prises commerciales permises et assujetties au SGQ, de façon échelonnée jusqu'au 31 octobre 1992; [...]

H. Des différends subsistent toujours entre la Couronne et les Maoris quant à la nature et à la portée des droits et des intérêts des Maoris au chapitre de la pêche; il reste à définir ces droits et intérêts, et il faut régler les litiges qui opposent la Couronne aux demandeurs; [...]

J. La Couronne et les Maoris souhaitent régler leurs différends au chapitre des droits et des intérêts à l'égard de la pêche et du système de gestion fondé sur les quotas; ils veulent en arriver à une solution juste et honorable qui soit conforme aux principes du Traité de Waitangi;

K. La Couronne reconnaît que les pêcheries traditionnelles sont importantes pour les Maoris et que son devoir, aux termes du Traité, consiste à élaborer des politiques pour aider à reconnaître les modes d'utilisation et de gestion des pêcheries traditionnelles de la *rangatiratanga*, et à assurer la protection et l'exercice de l'autorité du chef quant à ces ressources;

L. En signant le présent accord, la Couronne et les Maoris souhaitent confirmer que l'exécution des clauses qui y figurent est, à leurs yeux, d'une importance extrême pour ce

qui est de la poursuite d'un règlement équitable des revendications maories au chapitre des pêcheries;

M. La Couronne et les Maoris déclarent qu'ils reconnaissent mutuellement et solennellement que le règlement attesté par le présent accord est la résolution d'une réclamation historique. (Accord du 23 septembre 1992)

Aux termes de l'accord, maintenant connu sous le nom de *Sealord Agreement*, la Couronne versera aux Maoris, en trois paiements annuels, cent cinquante millions de dollars qui seront affectés à la mise en valeur de l'industrie des pêches de la Nouvelle-Zélande et au soutien de la participation des Maoris à cette industrie, ce qui comprend l'acquisition d'une demi-part sociale dans une industrie importante du secteur des pêcheries (Sealord Fisheries) qui détient environ 25 % des quotas commerciaux. La Couronne s'engage à introduire une loi qui autorise l'attribution de 20 % des nouveaux quotas, prévus par suite de l'application du système de gestion à des espèces de poisson qui n'en faisaient pas partie à la date de la signature de l'accord, à la Commission maorie des pêcheries qui les distribuera aux Maoris. En outre, la Couronne doit faire en sorte que les Maoris participent aux organismes qui s'occupent des pêcheries afin de refléter le lien spécial qui existe entre elle et les Maoris; elle présentera une loi modifiant la *Maori Fisheries Act* pour que la Commission maorie des pêcheries devienne la Commission des pêcheries relative au Traité de Waitangi, laquelle rendra des comptes aux Maoris et à la Couronne; grâce à cette modification, les Maoris contrôleront davantage les pêcheries qui sont garanties par le Traité de Waitangi. La Couronne abrogera le paragraphe 88(2) de la *Fisheries Act* et modifiera cette loi pour qu'on puisse élaborer des règlements [TRADUCTION] "où l'on reconnaît les activités de récolte coutumières ainsi que la relation spéciale qui existe entre les *tangata whenua* [le peuple de la terre - le peuple maori] et les lieux qui sont importants au chapitre de ces activités [...] dans la mesure où celles-ci ne sont pas menées à des fins commerciales [...]."

En échange, les Maoris acceptent le système de gestion fondé sur les quotas et reconnaissent qu'il s'agit là d'un régime licite et approprié pour assurer la gestion soutenue des pêches commerciales en Nouvelle-Zélande; ils consentent à mettre un terme aux litiges relatifs aux pêches et s'engagent à ne pas intenter de poursuites additionnelles au chapitre des droits et des intérêts à l'égard des pêches.

L'accord comporte deux dispositions sur l'extinction des droits de pêche. Voici le texte pertinent :

[TRADUCTION]

5.1 **Règlement permanent relatif aux droits et aux intérêts à l'égard de la pêche**

commerciale

Les Maoris reconnaissent que le présent accord, et le règlement qu'il atteste, satisfait à toutes les revendications, actuelles et futures, qui ont trait aux droits et aux intérêts des Maoris à l'égard des pêches commerciales, et éteint ces droits et intérêts, qu'ils portent sur les pêcheries en mer, sur les côtes ou à l'intérieur des terres (y compris tout aspect commercial des droits et des intérêts traditionnels au chapitre des pêcheries), qu'ils soient issus d'une loi, de la common law (dont le droit coutumier et le titre ancestral), du Traité de Waitangi ou d'une autre source, et qu'ils aient ou non fait l'objet d'une recommandation ou d'une décision par les tribunaux ou le Tribunal de Waitangi.

5.2 Droits et intérêts à l'égard de la pêche non commerciale

La Couronne et les Maoris reconnaissent que le statut des droits et intérêts des Maoris à l'égard des pêches (à l'exception toutefois des droits et intérêts à l'égard des pêches commerciales) est modifié, de sorte que les Maoris ne jouissent plus de droits et que la Couronne n'a plus d'obligations à ce chapitre, lesquels auraient eu un effet juridique (et seraient opposables dans une poursuite civile ou fourniraient une défense dans une instance criminelle, relative à la réglementation ou autre). Ces droits et intérêts ne seront pas reconnus par la loi. Ils ne sont pas éteints par le présent accord et l'entente qu'il atteste. Ils restent assujettis aux principes du Traité de Waitangi et, selon le cas, entraînent des obligations pour la Couronne, aux termes de ce Traité. Ces questions peuvent aussi faire l'objet de demandes déposées par les Maoris auprès du gouvernement ou d'initiatives prises par le gouvernement après avoir consulté les Maoris, lesquelles initiatives visent à élaborer des politiques qui aideront à reconnaître les modes d'utilisation et de gestion des Maoris dans l'exercice de leurs droits traditionnels.

L'intention et l'effet de l'article 5.2 sont loin d'être clairs. En fait, dans des instances intentées par certains Maoris qui s'opposent à la *Sealord Agreement*, le président de la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande a fait mention des [TRADUCTION] "dispositions apparemment contradictoires sur les activités de récolte traditionnelles ou coutumières, où, dans certains cas, on invoque des règlements pour reconnaître ces activités alors que, dans d'autres cas, on affirme que ni la loi ni les règlements ne reconnaîtront plus ces activités et intérêts"; il a ensuite déclaré que l'accord est [TRADUCTION] "un document extrêmement inhabituel qui, peut-être même intentionnellement, est obscur pour ce qui est de certaines questions primordiales"^{xxxvi}.

L'intention et l'effet de l'article 5 de l'accord sont énoncés plus clairement dans la *Treaty of Waitangi (Fisheries Claims) Settlement Act* de 1972, qui sanctionne l'accord. L'article 9 de cette loi prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION]

9. Effet du règlement sur les droits et intérêts des Maoris à l'égard des

pêcheries commerciales

Par les présentes,

- a) Toute revendication (actuelle et future) d'un Maori relativement aux pêcheries commerciales,
 - i) qu'elle s'appuie sur des droits découlant de la common law (dont le droit coutumier et le titre ancestral), du Traité de Waitangi, d'une loi ou d'une autre source,
 - ii) qu'elle porte sur les pêcheries en mer, sur les côtes ou à l'intérieur des terres, y compris tout aspect commercial de la pêche traditionnelle,
 - iii) qu'elle ait ou non fait l'objet d'une décision par les tribunaux ou d'une recommandation par le Tribunal de Waitangi, ayant été reconnue et réglée par les avantages conférés aux Maoris par la Couronne aux termes de la *Maori Fisheries Act* de 1989, cette loi ainsi que l'accord dont il est question dans le préambule de cette loi sont par les présentes finalement complétés; par conséquent,
- b) Les obligations de la Couronne envers les Maoris pour ce qui est des pêches commerciales sont par les présentes complétées, satisfaites et abolies; aucune cour ni tribunal n'est compétent pour enquêter sur la validité des activités des Maoris dans le domaine de la pêche commerciale ou sur les quantités de poisson prescrites, la validité de l'accord dont il est question dans le préambule de cette loi ou le caractère approprié des avantages versés aux Maoris, dont il est fait mention au paragraphe a) ci-dessus;
- c) Toute revendication (actuelle et future) qui porte sur les droits et intérêts des Maoris à l'égard des pêcheries commerciales, ou qui est fondée directement ou indirectement sur ces droits et intérêts, est par les présentes entièrement et finalement réglée, satisfaite et annulée. (*Treaty of Waitangi (Fisheries Claims) Settlement Act*, 1992, article 9)

Bien que l'article 9 reconnaisse les revendications maories fondées sur les droits de pêche commerciale, il prévoit que ces revendications ainsi que les obligations de la Couronne envers les Maoris, au chapitre de ce type de pêche, sont satisfaites par les avantages stipulés dans la *Maori Fisheries Act* et l'accord, qu'elles sont "finalement réglée[s]" et que toute revendication maorie fondée sur des droits et intérêts à l'égard de la pêche commerciale ainsi que les obligations de la Couronne envers les Maoris, au chapitre de ce type de pêche, sont "par les présentes complétées, satisfaites et abolies". On remarquera plus particulièrement que la formulation qui figure à l'article 5.1 de l'accord, voulant que celui-ci "étei[gne] ces droits et intérêts [à l'égard des pêches commerciales]" n'est pas reprise dans la législation, en raison des objections formulées par les Maoris. Voilà qui laisse entendre qu'il n'est pas nécessaire, dans l'accord, de recourir à une disposition sur l'extinction des droits. De plus, on n'utilise ni dans l'accord ni dans la législation l'expression "cession des droits au profit de la Couronne", laquelle est traditionnellement employée en Amérique du Nord. Cet élément est important parce qu'il

démontre qu'il est possible de conclure un règlement final aux termes duquel on échange des droits de pêche commerciale ancestraux et issus de traités contre des droits définis par la loi sans devoir invoquer la cession ou l'extinction des droits ancestraux. Toutefois, étant donné que l'article 9, à l'instar des ententes conclues par le gouvernement du Canada dans les Territoires du Nord-Ouest, prévoit l'échange de droits ancestraux et de droits issus de traités contre des droits octroyés par l'État, on peut considérer qu'il s'agit d'une forme "plus douce et mesurée" d'extinction, ce qui est l'opinion de nombre de Maoris.

L'article 9, comme on l'a vu, traite des droits et des intérêts des Maoris à l'égard de la pêche commerciale. L'article 10 de la Loi portant règlement a trait à l'effet de l'accord sur les droits de pêche non commerciale. Il prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION]

10. Effet du règlement sur les droits et intérêts des Maoris à l'égard des pêcheries non commerciales

Par les présentes, les revendications des Maoris relatives à la pêche non commerciale des espèces ou classes de poisson, d'animaux ou plantes aquatiques ou d'algues visées par la *Fisheries Act* de 1983

- a) doivent, conformément aux principes du Traité de Waitangi, continuer à imposer à la Couronne les obligations prévues à ce Traité; à cette fin,
- b) le Ministre, agissant conformément aux principes du Traité de Waitangi, doit
 - i) consulter les *tangata whenua* [gens qui habitent un lieu donné] au sujet des modes d'utilisation et de gestion des Maoris dans l'exercice de leurs droits de pêche non commerciale;
 - ii) élaborer des politiques pour que soient reconnus les modes d'utilisation et de gestion des Maoris dans l'exercice de leurs droits de pêche non commerciale;
- c) le Ministre doit recommander au gouverneur général en conseil de créer des règlements conformément à l'article 89 de la *Fisheries Act* de 1983, de façon à ce que soient reconnues les activités de récolte coutumières des Maoris ainsi que la relation spéciale qui existe entre les *tangata whenua* et les lieux qui sont importants au chapitre de ces activités (y compris les *tauranga ika* et les *mahinga mataitai*), dans la mesure où celles-ci ne sont pas menées à des fins commerciales ni n'assurent d'avantages pécuniaires; toutefois,
- d) les droits et intérêts des Maoris à l'égard de la pêche non commerciale, droits et intérêts sur lesquels s'appuient les revendications des Maoris, que celles-ci soient fondées sur des droits découlant de la common law (dont le droit coutumier et le titre ancestral), du Traité de Waitangi, d'une loi ou d'une autre source, sont dorénavant dépourvus de toute effet juridique et, par conséquent,
 - i) ne sont pas opposables dans une poursuite civile;
 - ii) ne peuvent fournir de défense dans une instance criminelle, relative à la réglementation ou autre;

sauf dans la mesure où ces droits et intérêts sont prévus aux règlements créés en vertu de l'article 89 de la *Fisheries Act* de 1983. (*Treaty of Waitangi (Fisheries Claims) Settlement Act* 1992, article 10)

L'article 10 de la Loi portant règlement, à l'instar de l'article 5.2 de l'accord, vise à confirmer les droits de pêche non commerciale des Maoris. Comme tel, il fournit un modèle néo-zélandais d'une solution de rechange à l'extinction des droits ancestraux. Cependant, il faut reconnaître que la confirmation des droits de pêche non commerciale, à l'article 10 et dans l'accord, se fait dans un contexte où le gouvernement, par la législation et la réglementation, définit la portée et la teneur de ces droits ainsi que le régime de gestion en fonction duquel ils seraient exercés. Il est clair que, à l'article 10, le législateur, en rendant inopposables les droits et les intérêts à l'égard de la pêche non commerciale, sauf dans la mesure où ces droits et intérêts sont prévus aux règlements et à la législation, vise à éviter les litiges qui, avant que l'accord soit signé, ont caractérisé les différends en matière de pêche commerciale.

Il semble toutefois que les tribunaux peuvent toujours intervenir puisqu'on stipule que les droits de pêche non commerciale continuent à imposer à la Couronne les obligations prévues au Traité de Waitangi; par conséquent, si la Couronne ne tient pas suffisamment compte des principes qui figurent à ce Traité quand elle adopte des règlements, il pourrait y avoir un procès. De plus, le ministre des Pêches doit agir conformément aux principes du Traité lorsqu'il consulte les Maoris et qu'il élabore des politiques pour régir les droits de pêche non commerciale. Le non-respect de ces principes entraînerait aussi un recours aux tribunaux. En outre, bien que les droits de pêche non commerciale ne soient pas opposables (à moins qu'ils aient été prévus par les règlements), il semble qu'ils puissent faire l'objet de revendications devant le Tribunal de Waitangi. La situation diffère donc de celle qui existe dans le cas des droits de pêche commerciale parce que la Loi portant règlement prévoit expressément que ce tribunal n'a plus la compétence voulue pour prendre une décision ou faire une recommandation au sujet de la pêche commerciale.

Le règlement de la revendication sur les pêcheries maories porte la marque des divers éléments qui sont entrés en jeu en Nouvelle-Zélande, soit le Tribunal de Waitangi, les tribunaux et le Parlement ainsi que la revitalisation du Traité de Waitangi. Dans le contexte canadien, il est peu probable que les premières nations acceptent que le gouvernement définisse, au moyen de la réglementation, les droits de pêche et les droits aux autres ressources ainsi que le régime de gestion pertinent, ou qu'elles consentent à ce que tant de droits soient rendus inopposables. Le

Canada, dans le contexte des ententes de règlement des revendications territoriales globales signées jusqu'à maintenant, a pris de l'avant sur la Nouvelle-Zélande pour ce qui est de définir la teneur et le mode de gestion des droits de récolte. Qui plus est, aux termes de ce processus de règlement et du modèle que j'ai proposé, la reconnaissance et la définition des droits ancestraux se feront dans le contexte d'ententes de règlement des revendications territoriales négociées.

Finalement, il nous reste à nous pencher, dans notre recherche de solutions de rechange à l'extinction des droits ancestraux qui s'appliquent au Canada, sur l'expérience récente de la Nouvelle-Zélande au chapitre de la *Sealord Agreement*. Cette entente a causé énormément de dissensions au sein des Maoris. Cela est dû en partie à la célérité avec laquelle l'accord a été signé et ratifié parce que, principalement, des parts dans l'entreprise Sealord avaient été mises en vente et, si les Maoris ne les achetaient pas dans le cadre de l'accord, elles auraient probablement été vendues (ainsi que le quota de 26 % de toutes les espèces commerciales visées) à des acheteurs étrangers. Comme le président de la Cour d'appel l'a fait remarquer, [TRADUCTION] "l'occasion unique que représentait Sealord était une vague vers laquelle il fallait affluer"^{xxxvii}. Cependant, nombre de Maoris s'inquiétaient de la célérité avec laquelle l'entente avait été conclue et de la teneur de l'accord (en particulier, le fait que les droits des Maoris à l'égard des pêcheries commerciales, droits reconnus par le Traité de Waitangi, faisaient l'objet d'une entente finale et étaient réputés "satisfaits et annulés", ce qui signifiait que toute obligation additionnelle et opposable ne pouvait plus exister). On s'est rendu compte que c'était là une forme déguisée d'extinction et on craint maintenant que les générations futures de Maoris aient été privées, par la signature de l'acte scellé, de leurs droits issus de traités. En juillet 1993, à la onzième session du Groupe de travail des Nations Unies sur les populations autochtones, tenue à Genève, un représentant du *National Maori Congress* a expliqué en ces termes les effets de la *Sealord Agreement*, entente qui a causé la dissension parmi les Maoris.

[TRADUCTION] Au début de cette année, les tribus des îles du Sud se sont retirées du Congrès, indiquant (entre autres choses) qu'elles protestaient contre les commentaires du Congrès et dénonçant la "transaction des pêcheries Sealords" comme une violation du Traité de Waitangi. Certains soutiennent que cette transaction vise à conclure le règlement en masse des revendications relatives aux pêcheries, mais nombreux sont ceux qui estiment que le prix payé, pour ce qui est des traités, est trop élevé. Parmi les membres du Congrès, les avis étaient partagés. Toutefois, globalement, les membres du Congrès ne croyaient pas que l'accord était impartial ou que le processus retenu pour obtenir "le consentement libre et éclairé" des parties était équitable.

Le nom "Sealords" sera toujours lourd d'émotions dans notre vocabulaire. L'Entente

relative à Sealords a fixé, au chapitre du règlement des revendications, des normes qui doivent être examinées de très près. Elle suppose, entre autres, ce qui suit : [...] que la présente génération a le droit de lier les générations futures en ce qu'elles héritent de l'incapacité de faire valoir, en vertu d'un traité, des revendications relatives aux pêcheries. [...]

Ceux qui ont assisté à la signature de la Sealord Agreement ont vécu une expérience poignante, excitante et tragique. De tous les coins du pays, nos anciens *kaumatua* ont été transportés par autobus et avion à Wellington, où on les a fait attendre dans le hall du Parlement la journée entière; très tard dans l'après-midi, on leur a communiqué un compte rendu verbal du résultat final des négociations avec la Couronne. Sans qu'ils aient une copie de l'Entente, on leur a demandé de signer le document, et nombre d'entre eux l'ont fait, de sorte qu'ils ont ensuite dû faire face à leur communauté qui les accusait d'avoir agi sans consulter au préalable la population locale. La Sealord Agreement a tout simplement pour résultat de retirer au Tribunal de Waitangi la compétence voulue pour examiner les droits de pêche reconnus par les traités et les questions relatives aux droits de la personne qui en résultent, et d'habiliter les tribunaux à se pencher sur ces questions.

Le gouvernement entend maintenant mettre en oeuvre une méthode analogue de règlement en masse des revendications territoriales présentées en vertu des traités. Le Congrès craint que le processus causera encore plus de dissension parmi nos membres. (Déclaration du National Maori Congress devant le Comité international, juillet 1993, Genève)

Dans un autre commentaire, on décrit comment le fait que les Maoris ont renoncé à leur autonomie au chapitre des pêcheries a des effets désastreux :

[TRADUCTION] Les marches pour les revendications territoriales de ce siècle peuvent devenir des marches pour le contrôle des pêcheries si de nouvelles générations de Maoris exigent le retour de la *tino rangatiratanga* [autorité du chef] sur leurs mers [...].

La *tino rangatiratanga* sur les pêcheries signifie davantage qu'un simple droit de propriété. Elle renvoie au contrôle des pêcheries et à la bonne garde des ressources pour les générations à venir. Les *iwi* [tribus] dissidentes disent que tous ces principes sont menacés par la transaction Sealord, de sorte que la notion d'un "règlement final et complet" est absurde. ("Who are the Sea Lords Now?", *Mana*, n° 1 [janv.-fév. 1991], pp. 26-27)

Les premières nations du Canada sont déjà divisées quant au grave sujet des conséquences, pour les générations à venir, d'ententes de règlement qui prévoient la cession et l'extinction des droits ancestraux et des droits issus de traités. Dans les Territoires du Nord-Ouest, le gouvernement fédéral a insisté pour que les ententes de règlement des revendications territoriales contiennent des clauses sur l'extinction de ces droits, ce qui a entraîné la fragmentation de la position originale des Dénés, selon ce que reflète la "Déclaration des

Dénés" et l'Accord de principe proposé par la nation déné. Cela n'a pas seulement sapé la force de leur position à la table de négociations, mais a aussi eu des effets négatifs sur la lutte collective des Dénés en vue de la décolonisation.

L'un des hommes politiques les plus réfléchis et les plus influents du Canada, le regretté George Manuel, qui, en tant que premier président du Conseil mondial des peuples autochtones, avait un point de vue national et international, aurait sans doute soutenu que les événements qui se sont déroulés dans les Territoires du Nord-Ouest et la Nouvelle-Zélande (lesquels événements ont été provoqués par le fait que les gouvernements exigeaient la cession et l'extinction des droits ancestraux) démontrent sans équivoque le bien-fondé de la thèse qu'il a constamment soutenue, à savoir, qu'il vaut beaucoup mieux léguer à la génération suivante la lutte pour la reconnaissance de ses droits ancestraux qu'un règlement définitif qui lui ravit son patrimoine et son héritage.

Droit international et règlement des revendications territoriales

Il est approprié, dans la dernière section du présent document, que je me penche sur des faits nouveaux dans le domaine du droit international et que j'examine leur pertinence par rapport à un modèle de règlement des revendications territoriales qui se fonde sur la conservation des droits ancestraux. Les Nations Unies ont proclamé 1993 l'Année internationale des populations autochtones. Cette proclamation a suivi les célébrations qui ont marqué le cinq centième anniversaire du premier voyage de Christophe Colomb en Amérique (on comprendra que les peuples autochtones aient eux-mêmes renié ces activités). Fait révélateur, les premiers propos de nature juridique sur la relation entre le droit international et les droits des peuples autochtones peuvent être reliés à des événements qui ont suivi ce voyage.

La façon dont les peuples autochtones des Amériques ont été traités par les premiers colonisateurs espagnols a provoqué des débats soutenus sur la légitimité morale et légale de la colonisation. L'un des protagonistes de ce débat fut Francisco De Victoria. Dans son traité intitulé [TRADUCTION] "Des Indiens Dernièrement Découverts", publié en 1532, il a élaboré dans le cadre du droit international quelques-uns des principes fondamentaux à la base des droits des peuples autochtones. Francisco De Victoria a soutenu que les habitants originaux des Indes possédaient des droits naturels, reconnus par la loi, en tant que personnes libres et rationnelles. En vertu de ces droits naturels, ils [TRADUCTION] "exerçaient un véritable droit de propriété, en droit public et en droit privé, avant l'arrivée des Espagnols parmi eux". Qui plus est,

[TRADUCTION] "[t]out comme les chrétiens, [...] ni leurs princes ni leurs particuliers ne pouvaient être dépouillés de leurs biens" sans cause valable^{xxxviii}. Les principes élaborés par Francisco De Victoria (soit que les peuples autochtones ont des droits légaux sur leurs terres, que ces droits sont préexistants et qu'ils ne peuvent être abolis par une prétention à la souveraineté des États européens) ont été confirmés en tant que principes reconnus par la common law par la Cour suprême des États-Unis au XIX^e siècle (*Worcester v. Georgia*, 1832) ainsi que par le Conseil privé (*Amodu Tijani v. Southern Nigeria*, 1921) et la Cour suprême du Canada (*Guerin*, 1984), au XX^e siècle.

On voit donc que les droits ancestraux et les principes du droit international sont reliés depuis fort longtemps. Toutefois, il est juste de dire que, sous l'effet des répercussions économiques et idéologiques du colonialisme, l'évolution du droit international a été axée de plus en plus sur les relations entre les États colonisateurs, de sorte que les droits et les intérêts des autochtones ont été caractérisés comme relevant des "affaires internes". C'est seulement au cours des vingt dernières années que les droits des peuples autochtones ont de nouveau figuré au programme du droit international. En voyant comment cela s'est produit, on comprendra l'importance de ce fait nouveau dans l'élaboration de modèles qu'on peut appliquer aux ententes de règlement des revendications territoriales au Canada.

La question des droits ancestraux en tant que sujet du droit international a été soulevée de nouveau après la Deuxième Guerre mondiale lorsque les Nations Unies ont reçu le mandat de reconnaître et de protéger les droits de la personne. Toutefois, le fait que cette question a refait surface (ce qui découle du processus lui-même) répond, de façon fort importante, aux limites inhérentes de cette approche dans le cas des peuples autochtones. En effet, les textes qui, à l'échelle internationale, stipulent les normes applicables aux droits de la personne, notamment la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948), le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (tous deux de 1966) portent principalement sur les droits individuels, dans le contexte de la théorie occidentale, libérale et classique sur les droits. L'hypothèse qui étaye ces déclarations, c'est que les droits collectifs seraient protégés automatiquement du fait de la garantie accordée aux droits individuels. Bien que ces Pactes consacrent, en termes généraux, le droit à l'autodétermination des peuples et le droit de chaque personne qui appartient à une minorité ethnique, religieuse ou linguistique de jouir de sa propre culture, religion et langue, aux termes

du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la principale tribune pour la mise en application des Pactes, la Commission des droits de l'homme, ne peut entendre que les communications que lui font les particuliers.^{xxxix}

Le professeur Ian Brownlie a décrit comme suit les limites des formulations classiques sur les normes applicables aux droits de la personne, qui se fondent sur la protection des droits individuels, lorsqu'il s'agit de protéger des droits collectifs.

[TRADUCTION] Certaines revendications collectives, si on les prend au pied de la lettre, ne sont pas excessives, mais comportent des éléments que nous couvrent pas de façon suffisante la prescription applicable aux particuliers. [...] [Un] type de revendication qui porte sur les droits collectifs est celle aux termes de laquelle on demande la protection suffisante des droits à l'égard des territoires traditionnels. L'opinion selon laquelle il y a, dans certaines sociétés, un lien spécial entre le peuple, les terres et les eaux d'une région a été articulée dans le cours de l'Enquête sur le pipeline de la vallée du Mackenzie par les collectivités touchées, et acceptée dans le Rapport de 1977 compilé par le juge Thomas R. Berger, le Commissaire compétent. La question, bien entendu, ne s'arrête pas là, parce que le problème des droits au territoire peut renvoyer au titre, à la justice historique et à la restitution (et que c'est d'habitude le cas). Le point essentiel, toutefois, vise la revendication de droits directs et exclusifs sur certaines régions. C'est pour cette raison que les droits au territoire et le concept de la propriété traditionnelle d'un groupe sont distincts des éléments visés par la prescription habituelle qui est prévue dans le cas des droits de la personne et qui est fondée sur la protection de l'individu. (Ian Brownlie, *Treaties and Indigenous Peoples* [Oxford : Clarendon Press, 1992], p. 39)

Le professeur Brownlie cite l'expérience australienne pour démontrer comment la législation sur les droits fonciers des autochtones risque peut-être d'entrer en conflit avec les obligations prévues aux termes des conventions internationales les plus importantes sur les droits de la personne. Dans *Gerhardy v. Brown*^{xl}, il s'agissait de définir le terme "discrimination" au sens de la *Commonwealth Racial Discrimination Act* de 1975, qui met en application la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, de 1966. L'article 8 de cette loi déclare que celle-ci ne vise pas les "mesures spéciales" prévues à l'article premier, paragraphe 4, de la Convention. Cet article se lit ainsi :

4. Les mesures spéciales prises à seule fin d'assurer comme il convient le progrès de certains groupes raciaux ou ethniques ou d'individus ayant besoin de la protection qui peut être nécessaire pour leur garantir la jouissance et l'exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans des conditions d'égalité ne sont pas considérées comme des mesures de discrimination raciale, à condition toutefois qu'elles n'aient pas pour effet le maintien des droits distincts pour des groupes raciaux différents et qu'elles ne soient pas maintenues en vigueur une fois atteints les objectifs auxquels elles répondaient."

Dans la décision *Gerhardy v. Brown*, il s'agissait de déterminer si les dispositions sur

l'accès aux terres de la *Pitjantjatjara Land Rights Act* de 1978 étaient discriminatoires au chapitre de la race, aux termes de la *Commonwealth Act* et de la Convention. Les dispositions en cause interdisaient à toute personne non pitjantjatjara d'entrer sur le territoire pitjantjatjara du Sud de l'Australie, sans une autorisation satisfaisante. La Haute Cour de ce pays a statué qu'il n'y avait aucun conflit entre la *Land Rights Act* et la *Commonwealth Act* parce que la première loi, et les dispositions sur l'autorisation satisfaisante, était une "mesure spéciale" au sens de l'article premier, paragraphe 4, de la Convention et de l'article 8 de cette deuxième loi. Toutefois, le tribunal a déclaré que, n'eût été de l'article premier, paragraphe 4 de la Convention, ces dispositions auraient été discriminatoires parce qu'elles faisaient une distinction entre Pitjantjatjara et non-Pitjantjatjara en fonction de l'appartenance à une race. Le tribunal a rejeté l'argument selon lequel la Loi reconnaissait principalement la propriété autochtone traditionnelle et la mettait en application dans le système juridique général, et qu'il ne s'agissait donc pas de discrimination fondée sur la race.

La décision *Gerhardy* a été critiquée en raison de l'approche adoptée pour définir le terme "discrimination" et du fait que le tribunal n'a pas considéré si la distinction entre Pitjantjatjara et non-Pitjantjatjara était fondée juridiquement, c'est-à-dire si elle renvoyait à un traitement différentiel légitime, à savoir, la reconnaissance des droits de propriété traditionnels d'un groupe tribal précis^{xli}. Même si on a reconnu que la législation sur les droits fonciers était une "mesure spéciale", cette approche à l'égard des droits fonciers autochtones part du principe qu'on doit "assurer comme il convient le progrès de certains groupes [...] ayant besoin de la protection qui peut être nécessaire"; ces mesures sont considérées comme favorisant la promotion sociale d'un groupe précis et elles doivent être maintenues uniquement tant que ce groupe ne peut avoir ou exercer les droits de la personne reconnus à tous les autres groupes. On reconnaît à peine, dans ce concept, le fait que les droits ancestraux constituent une forme de droits de la personne qui est propre aux peuples autochtones en raison de la relation économique, culturelle et historique qu'ils ont à l'endroit de leurs territoires.

Depuis 1971, on comprend de plus en plus les préoccupations distinctives des peuples autochtones et les approches qu'il faut adopter au chapitre des droits de la personne. Cette année-là, la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et la protection des minorités, qui relève de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, a nommé un rapporteur spécial pour étudier le problème de la discrimination à l'encontre des peuples

autochtones. Ce rapporteur spécial, M. Martinèz Cobo, a présenté son rapport en 1983 et souligné qu'il fallait examiner la question des droits ancestraux en fonction des droits collectifs et non des droits individuels; il a également signalé qu'il était important de reconnaître les droits politiques en matière d'autonomie gouvernementale ainsi que les droits fonciers. Selon le rapporteur spécial,

[TRADUCTION] Il faut reconnaître le droit des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale, dans toutes ses formes, comme le prérequis fondamental pour que ces peuples puissent jouir de leurs droits essentiels et décider de leur propre avenir. [...] Nous devons reconnaître que les peuples autochtones ont le droit naturel et inaliénable de conserver les territoires qu'ils possèdent, de demander qu'on leur remette les terres dont on les a privés, et d'être libres de décider de l'utilisation et de la mise en valeur de ces terres. (J.M. Cobo, *Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, Doc. N.U. E/CN 4/sous 2/1986/Annexes 1 à 4)

En 1982, le Conseil économique et social des Nations Unies a autorisé la Sous-Commission à mettre sur pied un groupe de travail sur les populations autochtones. Ce groupe de travail se compose de cinq membres de la Sous-Commission. Son mandat est double :

1. Passer en revue les faits nouveaux concernant la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones, [...] analyser cette documentation et présenter ses conclusions à la Sous-Commission [...];
2. Accorder une attention spéciale à l'évolution des normes concernant les droits des peuples autochtones, en tenant compte à la fois des similitudes et des différences dans les situations et les aspirations des peuples autochtones à travers le monde.

En 1987, M^{me} Erica Dias, de Grèce, professeur de droit international et président-rapporteur du Groupe de travail, a été autorisée à rédiger un projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones. Ce projet a été déposé par madame Dias en 1988; depuis, le Groupe de travail l'a révisé et réécrit. Chose singulière pour une institution internationale, des délégués des peuples autochtones du monde entier participent aux sessions annuelles du Groupe de travail, qui durent deux semaines, à part égale avec les représentants des gouvernements. À sa onzième session, en 1993, le Groupe de travail a approuvé une version définitive de la Déclaration qui a été renvoyée à la Sous-Commission.

Étant donné que l'objectif essentiel du Projet de déclaration est de stipuler des normes universelles minimales qui portent explicitement sur les droits de la personne des peuples autochtones, il fournit un cadre de référence à partir duquel on peut et doit mesurer les politiques et les lois nationales. Plusieurs dispositions du Projet de déclaration universelle sur les droits des

populations autochtones renvoient directement à l'objet du présent document. Elles sont énoncées ci-dessous :

Reconnaissant la nécessité urgente de respecter et de promouvoir les droits et caractéristiques intrinsèques des peuples autochtones, en particulier leurs droits à leurs terres, à leurs territoires et à leurs ressources, qui découlent de leurs structures politiques, économiques et sociales et de leurs cultures, de leurs traditions spirituelles, de leur histoire et de leur conception de la vie, [...]

Considérant que les traités, accords et autres arrangements entre États et peuples autochtones sont un sujet légitime de préoccupation et de responsabilité internationales, [...]

Convaincue que la présente Déclaration est une nouvelle étape importante dans la voie de la reconnaissance, de la promotion et de la protection des droits et libertés des peuples autochtones et dans le développement des activités pertinentes du système des Nations Unies dans ce domaine, [...]

Proclame solennellement la Déclaration des droits des peuples autochtones dont le texte suit.

Article 25

Les peuples autochtones ont le droit de conserver et de renforcer les liens particuliers, spirituels et matériels, qui les unissent à leurs terres, à leurs territoires, à leurs eaux fluviales et côtières, et aux autres ressources qui constituent leur patrimoine, ou qu'ils occupent ou exploitent traditionnellement, et d'assumer leurs responsabilités en la matière à l'égard des générations futures.

Article 26

Les peuples autochtones ont le droit de posséder, de mettre en valeur, de gérer et d'utiliser leurs terres et territoires, c'est-à-dire l'ensemble de leur environnement comprenant les terres, l'air, les eaux, fluviales et côtières, la banquise, la flore, la faune et autres ressources qu'ils possèdent ou qu'ils occupent ou qu'ils exploitent traditionnellement. Cela inclut le droit à la pleine reconnaissance de leurs lois, traditions et coutumes, de leur régime foncier et des institutions d'exploitation et de gestion de leurs ressources, ainsi que le droit à des mesures de protection efficaces de la part des États contre toute ingérence ou toute aliénation ou limitation de ces droits.

Article 33

Les peuples autochtones ont le droit de promouvoir, de développer et de conserver leurs structures institutionnelles ainsi que leurs propres coutumes, traditions, procédures et pratiques juridiques en conformité avec les normes internationalement reconnues dans le domaine des droits de l'homme. ("Projet de déclaration sur les droits des populations autochtones" dans *Discrimination à l'encontre des populations autochtones : Rapport sur les travaux de la onzième session du Groupe de travail sur les populations autochtones*,

E. Daez, président-rapporteur, E/CN.4/sous.2/1993/29, 23 août 1993)

Ces dispositions reflètent la façon dont les autochtones conçoivent leurs droits : il s'agit, en l'occurrence, du "droit de conserver et de renforcer les liens particuliers, spirituels et matériels, qui les unissent" à leurs territoires, lié à la reconnaissance de leurs propres lois, systèmes de tenure et institutions destinées à la gestion de leurs terres et ressources. C'est précisément ce modèle que j'ai recommandé d'adopter dans la partie deux du présent document. De façon frappante, il est clair qu'une politique de revendications territoriales qui préconise l'extinction des droits essentiels au maintien et au renforcement des "liens particuliers, spirituels et matériels" qu'ont les peuples autochtones avec leurs territoires va à l'encontre des normes minimales universellement reconnues dans le Projet de déclaration. En élaborant un modèle qui permet de reconnaître les droits ancestraux, le Canada s'engagera dans une voie préconisée par le droit international et fournira en même temps l'étalon aux termes duquel d'autres peuples autochtones pourront faire appel à leurs gouvernements et exiger qu'on reconnaisse leurs droits.

Une autre initiative d'importance des Nations Unies reprend et complète à de nombreux égards le travail effectué au chapitre de la Déclaration universelle des droits des peuples autochtones. En 1988, le Conseil économique et social, sur la recommandation de la Commission des droits de l'homme, a nommé Miguel Alfonso Martínez (l'un des membres du Groupe de travail) rapporteur spécial de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et la protection des minorités et lui a confié le mandat de préparer l'esquisse d'une étude sur l'utilité potentielle des traités, accords et autres arrangements constructifs entre les États et les populations autochtones, afin d'assurer le progrès et la protection des droits de la personne et des libertés fondamentales des populations autochtones. M. Martínez, en préparant cette esquisse, a déclaré ce qui suit au sujet de l'objectif et de l'utilité d'une telle étude :

[TRADUCTION] L'objectif ultime de cette étude est d'offrir des éléments qui permettent, de façon pratique, d'assurer au maximum le développement et la protection des droits des populations autochtones, tant sur le plan national qu'international, en accordant une importance particulière aux droits de la personne et aux libertés fondamentales de ces populations.

Pour plus de précision, le rapporteur spécial considère que la présente étude peut être une contribution à un processus fort important, qui comporte de nombreuses facettes et qui a cours dans le monde contemporain, tant au niveau national qu'international (accords bilatéraux ou multilatéraux). Ce processus consiste à élaborer des normes juridiques négociées et approuvées par les parties intéressées et visant à développer et à protéger plus efficacement tous les droits et libertés des populations autochtones, afin d'assurer des

bases solides, équitables et durables sur lesquelles s'appuieront les relations actuelles, et plus particulièrement les relations futures, entre ces populations et les États^{xlii}.

En 1989, M. Martinéz a reçu le mandat d'entreprendre l'étude. Le premier rapport d'étape qu'il a déposé, le 25 août 1992, porte, selon le rapporteur spécial, sur un certain nombre de considérations cruciales pertinentes à l'étude entreprise. Étant donné que ces considérations sont aussi cruciales pour les questions soulevées dans le présent document, étudions-les de près.

Au tout début du rapport d'étape, M. Martinéz souligne qu'il est important de comprendre comment se déroule la conclusion de traités dans un cadre bilatéral et biculturel, et qu'il faut aussi savoir quels obstacles peuvent se dresser lorsqu'un tel processus est développé, compte tenu des préjudices inhérents aux analyses unidimensionnelles qui sont le produit de la colonisation et qui sont axées sur une perspective européenne.

[TRADUCTION] Ce produit de la colonisation est toujours très présent dans nombre d'études du domaine; c'est le problème fondamental de l'anthropologie, qui dépend des conditions historiques qui ont vu naître cette discipline ainsi que de la tradition intellectuelle et de l'idéologie occidentales. À cet égard, on remarquera que le paradoxe le plus frappant de l'anthropologie scientifique, telle qu'elle est enseignée dans les universités, réside précisément dans le fait qu'elle se veut universelle alors qu'en réalité, elle est partielle. Cela est dû à la nature essentiellement biaisée de tout discours anthropologique conçu par une société afin de conceptualiser sa propre vision du monde, de l'humanité, de la vie sociale et de la spiritualité ainsi que la façon dont elle voit la place de l'homme dans la nature. [...]

Pour cette raison, toute tentative visant à étudier et à comprendre les motivations, les aspirations et les modes de pensée des peuples autochtones, pour ce qui est d'arrangements juridiques comme les traités, les accords et autres ententes consensuelles, doit tenir compte de ce qu'on a appelé la "conscience épistémologique contemporaine", aux termes de laquelle l'histoire, le droit, l'organisation sociale et la culture sont envisagés objectivement.

Il faut également que les études scientifiques aient comme prémisse que chaque société et culture a sa propre rationalité et sa propre cohérence, en fonction desquelles ses modes de pensée et d'action doivent être interprétés.

Il va sans dire que cette conscience épistémologique contemporaine est un prérequis si on veut accéder aux dimensions pluralistes qui, selon le rapporteur spécial, sont inhérentes à la présente étude. (Miguel Alfonso Martinéz, *First Progress Report*, E/CN. 4/Sous. 2/1992/32, 25 août 1992, par. 32-40)

En particulier, le rapporteur spécial signale qu'il faut analyser les traités et les ententes conclus avec les peuples autochtones dans un cadre où l'on reconnaît l'existence de systèmes juridiques et sociaux autres que ceux de l'État moderne.

[TRADUCTION] À la lumière des objectifs de la présente étude, le défi considérable à relever consiste à comprendre le système juridique d'une entité qui n'est pas l'État moderne.

Bien que l'anthropologie politique ait favorisé l'étude de l'évolution et du sort de l'État, l'anthropologie juridique a mis en question le fait que l'état du droit soit réduit en loi de l'État. On voit donc l'importance de ces questions pour des sujets particulièrement pertinents à l'étude et pour le travail du rapporteur spécial en vue de mieux comprendre les systèmes politiques et juridiques des autochtones; plus particulièrement, leur importance pour ce qui est de la façon traditionnelle d'assumer des obligations, d'exercer le pouvoir et d'interpréter les normes sociales et les coutumes ainsi que les dispositions des traités et d'autres documents juridiques. [...] À partir de cette prémisse, et compte tenu de l'importance accordée aux connaissances sur le système dominant fondé sur l'État, il est tout à fait approprié d'examiner très sérieusement la façon précise dont les autochtones voient le temps et l'espace, l'individu et le groupe, leur lien avec la terre et, ce qui n'est pas moins important, l'importance et le rôle de l'autorité et du droit. (Martinez, *Premier rapport d'étape*, par. 77, 80)

Dans le rapport d'étape, M. Martinèz étudie quelques différences essentielles entre le discours autochtone sur ces questions et le discours des sociétés modernes, occidentales et fondées sur l'État. J'ai déjà, dans le présent document, signalé quelques-unes de ces différences. L'importance de l'exposé de M. Martinèz réside dans le fait que celui-ci démontre qu'il faut élaborer des normes juridiques internationales et des ententes nationales qui sont conçues pour refléter ces normes, qui reconnaissent et respectent les différentes façons dont les peuples autochtones voient leur place dans le monde. Il vaut la peine qu'on cite les propos de M. Martinèz sur les différentes origines du droit, la notion du temps et le lien des autochtones avec la terre.

[TRADUCTION] La société moderne peut envisager l'individu comme l'auteur du droit, ce qui confirme le pouvoir de l'humanité sur le droit. [...] Toutefois, les sociétés traditionnelles ont tendance à se voir comme hétéronomes [...], concevant qu'il existe un ordre idéal mis en place par un pouvoir non humain (dieu ou être spirituel), elles affirment que leur fondement se trouve à l'extérieur d'elles-mêmes, de sorte qu'il est impossible de diviser le mode visible et le monde invisible, et que la coutume, au sens où elle communique des prescriptions, prévaut (d'une génération à l'autre, on refait les gestes qu'on considère justes parce qu'ils ont subi avec succès l'épreuve du temps).

La notion de temps est par conséquent un autre élément important qui distingue le discours moderne du discours traditionnel, pour ce qui est de la place de l'humanité; le mythe, qui permet de comprendre le monde (en le "préfigurant") à l'aide de classifications fondées sur les métaphores et les analogies, joue un rôle spécial à ce chapitre. Dans ce cas-ci, le respect de la tradition renvoie à la notion d'un temps qui n'est pas divisé. En fait, le concept de progrès, hérité de la philosophie des Lumières, est fondé sur l'affirmation

qui veut que le passé soit différent du présent et de l'avenir, et que l'avenir soit intrinsèquement mieux que le passé et le présent. Toutefois, et cela saute aux yeux, ces notions sont loin d'être évidentes et nombre de peuples autochtones ne les ont pas encore acceptées. [...]

On a souvent déclaré que les peuples autochtones ne connaissent pas, pour ce qui est des terres, l'appropriation et l'aliénation. En fait, il faut tenir compte du principe fondamental de la bonne garde des terres (qui l'emporte sur celui de la propriété des terres, au sens où la loi l'entend) lorsqu'on discute des formes autochtones d'occupation et d'utilisation des terres, sans tomber toutefois dans des références vagues à un "communisme primitif".

Bien que les sociétés et les cultures traditionnelles aient tendance à consacrer et à socialiser la terre (alors que la société moderne voit cette terre uniquement comme une marchandise), il faut souligner que le fait qu'il n'existe aucun système aux termes duquel les terres sont détenues ne signifie pas pour autant qu'il règne un genre de collectivisme primitif. Ce terme est trop peu précis (et trop marqué par les premières formulations évolutionnistes) pour rendre compte de la complexité des modes autochtones d'utilisation des terres. [...]

Contrairement aux notions occidentales qui ont trait à la propriété foncière, les sociétés traditionnelles ont tendance à modeler leurs formes d'utilisation des terres sur leurs relations sociales. Par conséquent, elles ne voient pas (contrairement à la législation occidentale moderne) de lien objectif entre le propriétaire et le bien. De plus, la plupart des peuples autochtones considèrent que les êtres humains, la nature et le monde surnaturel sont liés spirituellement, ce qui entre en contradiction avec l'approche occidentale.

Finalement, dans ce contexte, il faudrait aussi tenir compte du principe de la réciprocité [...] en raison de la nature bilatérale des documents juridiques étudiés. (Martínez, *Premier rapport d'étape*, par. 83-84, 90-91, 94-95)

Pour comprendre le discours autochtone sur les traités et les autres arrangements, le rapporteur spécial attire l'attention sur les questions de protocole indigène pour ce qui est des rencontres et des transactions avec des étrangers, de la façon dont les autochtones accommodent les étrangers ou les nouveaux venus ainsi que de l'importance de la transmission orale de l'histoire qui nous permet de comprendre les objectifs et l'interprétation des traités d'après une perspective autochtone. Enfin, de façon connexe, le rapporteur spécial nous signale qu'il faut [TRADUCTION] "attester la façon dont les peuples autochtones voient leur propre histoire ainsi que le rôle fondamental des anciens et des chefs traditionnels dans la transmission et l'interprétation de ces connaissances historiques". (par. 106 et 113)

L'exposé de Miguel Alfonso Martínez sur l'importance cruciale de l'élaboration d'un cadre de référence pour l'analyse des traités et des ententes qui intègre l'expérience et le point de

vue des peuples autochtones reflète l'enquête critique que j'ai proposée comme modèle pour établir un rapprochement au chapitre des revendications territoriales globales au Canada. Si, dans le cadre d'ententes de règlement global, on atteste la façon dont les peuples autochtones voient leur propre histoire, si on définit les droits ancestraux à l'égard de la terre d'une façon qui respecte le lien de ces peuples avec leurs territoires, si on confirme des formes contemporaines de réciprocité et de partage des terres et des ressources, et si, enfin, on prévoit l'exercice d'activités protocolaires et diplomatiques typiquement autochtones, on assurera que le Canada, lorsqu'il signe, en tant que traités modernes, des ententes de règlement des revendications territoriales, s'engage dans la voie que commencent à indiquer les normes actuelles en matière de droit international.

Conclusion

La notion d'extinction, contrepartie juridique d'un ensemble de théories sociales et intellectuelles discréditées, qu'on a invoquées pour agir de façon discriminatoire envers les peuples autochtones, a joué un rôle central dans la dépossession de ces peuples, au Canada comme ailleurs dans le monde. En raison du caractère inexorable de cette notion (sur les plans historique et juridique), on a trop longtemps presque écarté toute solution de rechange à partir de laquelle on aurait pu créer de nouvelles relations entre les peuples autochtones et les gouvernements non autochtones. Il est cependant possible de trouver de telles solutions de rechange qui permettent de reconnaître et de respecter les droits ancestraux, si on admet que ces droits ne sont pas les vestiges de cultures disparues mais qu'ils sont essentiels à la façon dont les peuples autochtones voient leur place dans le monde; ces droits renvoient à une histoire millénaire mais ils ont un sens dans le monde d'aujourd'hui et sont l'héritage des générations futures. Ce n'est pas seulement pour des raisons morales qu'il faut passer de l'extinction des droits ancestraux à la reconnaissance et au respect de ces droits. En effet, l'article 35 de la *Loi constitutionnelle* reconnaît et confirme les droits des peuples autochtones, ce qui est l'antithèse de leur extinction. Les normes adoptées en droit international au sujet des droits de la personne, dont rend compte le projet de Déclaration des droits des populations autochtones, indiquent clairement qu'il faut reconnaître les droits ancestraux et condamnent expressément les politiques qui visent l'extinction et tout ce qu'elles représentent.

Dans la présente étude, j'ai tenté de broser le tableau d'un nouveau modèle juridique aux termes duquel on reconnaîtrait les droits ancestraux dans les ententes de règlement des revendications territoriales et les traités modernes; ce modèle écarterait toute extinction des droits, que ce soit à la table de négociations ou dans le texte final de l'accord. J'ai laissé entendre qu'il faut établir un rapprochement afin de définir fermement et mutuellement une vaste gamme de droits ancestraux, dont la teneur reflétera le lien entre les autochtones et leurs territoires ainsi que les divers droits et responsabilités que les peuples autochtones continueront à avoir dans différentes parties de ces territoires. J'ai signalé que ce rapprochement doit tenir compte des réalités contemporaines et historiques que sont la colonisation et le développement non autochtone, de la mise en place d'une base économique solide pour les premières nations et de la nécessité de créer de nouveaux liens entre autochtones et gouvernements non autochtones, afin de gérer et de conserver les terres et les ressources pour les générations à venir. J'ai soutenu que le fait que les gouvernements non autochtones n'acceptent d'apporter que des changements minimes au modèle de l'extinction, que ce soit en raison de considérations juridiques qui découlent de l'inaliénabilité du titre ancestral, si ce n'est à la Couronne, ou de questions de politiques sur la certitude des transactions passées et futures, n'est pas un obstacle insurmontable à l'élaboration d'un nouveau modèle fondé sur la reconnaissance des droits ancestraux. Les restrictions imposées à l'aliénabilité des terres autochtones, qui caractérisent depuis longtemps le titre ancestral au sens de la common law, proviennent d'une multitude de circonstances historiques qui n'existent plus. Les ententes de règlement modernes pourraient donc prévoir, à la place, des dispositions rédigées avec soin qui sont conçues pour protéger les intérêts des générations futures et garantir à celles-ci la place qui leur revient au sein de leurs territoires, ce qui assurerait une certitude bien plus grande que celle associée aux doctrines en vertu desquelles la Couronne se voit octroyer un monopole sur l'acquisition des terres autochtones. Bien entendu, il faut que les titres soient assurés et les autochtones sont de cet avis; pour eux, comme pour tous ceux qui voient dans la terre et les ressources qu'elle contient le fondement de leur sécurité personnelle et économique, les ententes qui prévoient des droits clairement définis touchant des terres précises garantiront une certitude bien plus grande que celle promise dans des clauses d'extinction globale.

J'ai ensuite examiné l'expérience récente de trois autres pays, les États-Unis, l'Australie et la Nouvelle-Zélande, qui ont affronté la tâche de signer des ententes avec des peuples

autochtones, et j'ai indiqué qu'on ne pouvait tirer de ces expériences aucun modèle sur lequel le Canada pourrait s'appuyer pour élaborer un régime prévoyant la reconnaissance des droits ancestraux; toutefois, d'importantes leçons, tant négatives que positives, peuvent être tirées de ces expériences. Aux États-Unis, l'*Alaska Native Claims Settlement Act* visait à éteindre tous les droits ancestraux et prévoyait d'accorder aux peuples autochtones de l'Alaska les droits aux terres et aux ressources et les structures pour administrer ces droits qui étaient reconnus à tous les citoyens, afin de faciliter et d'accélérer la participation des peuples autochtones à l'économie générale de l'Alaska et des États-Unis. Cependant, au cours des vingt dernières années, ce règlement n'a pas répondu aux aspirations de nombre de communautés autochtones de l'Alaska et a entraîné un nombre accru de demandes visant la restauration de certains droits ancestraux et de formes tribales de gouvernement. L'expérience menée en Alaska démontre bien que, quel que soit l'effet d'une disposition, l'extinction des aspirations des peuples autochtones, qui veulent conserver les droits qui rendent compte de façon unique de leur caractère distinctif, ne peut être accomplie si facilement.

L'expérience de l'Australie, avant que la décision *Mabo* soit rendue et même avant que les tribunaux de ce pays aient reconnu le titre ancestral au sens de la common law, démontre qu'il est possible de concevoir des arrangements législatifs qui reconnaissent les droits fonciers des autochtones (ce qui comprend la formulation des ententes, en ce sens qu'on tente de respecter et de refléter les relations traditionnelles des autochtones avec la terre, même lorsque les droits reconnus sont exprimés en fonction d'un mode de tenure non autochtone) et qui tentent d'incorporer des éléments d'une prise de décision autochtone à la façon dont le titre foncier est détenu. Le modèle que j'ai proposé comporte, en tant que parties intégrantes, le respect explicite de la façon dont les peuples autochtones perçoivent leur relation avec la terre ainsi que la reconnaissance du processus et des formes de prise de décision qui s'appliquent à ces terres.

Après que la décision *Mabo* a été rendue, le gouvernement fédéral de l'Australie a rédigé une réponse législative qui, dans les termes du premier ministre Keating, vise la [TRADUCTION] "[r]econnaissance sincère et non équivoque du titre ancestral dans le droit de l'Australie" et la "[c]ertitude complète des octrois de terres qui ont été accordés aux tiers par le gouvernement". Bien que ces dispositions s'appuient sur l'extinction en tant qu'élément critique de la validation des transactions passées, elles limiteraient l'abolition du titre ancestral aux seules situations où le gouvernement fédéral et le gouvernement de l'État peuvent exproprier à des fins publiques les

terres qui appartiennent à des Australiens non autochtones. Ainsi, après deux cents ans de non-reconnaissance du titre ancestral, le gouvernement fédéral de l'Australie a démontré, en un an, qu'il s'est engagé beaucoup plus à reconnaître les droits ancestraux (du moins à l'égard des octrois futurs de terres et de ressources) que le gouvernement du Canada (si on en juge par ce que celui-ci a accompli jusqu'à maintenant). Ce qui manque aux propositions australiennes, c'est une approche plus large où chaque partie traite en tant que gouvernement autonome et où, en réconciliant des compétences coexistantes, pour ce qui est de l'administration des terres et des ressources, on respecte les droits coexistants des parties.

L'examen des événements nouveaux en Nouvelle-Zélande révèle que, contrairement à ce qui s'est passé en Australie, on a adopté un traité dès les débuts de l'histoire coloniale de ce pays; dans la version maorie de ce traité, on reconnaît explicitement le partage des compétences, les droits ancestraux des maoris à l'égard de leurs terres et de leurs ressources ainsi que [TRADUCTION] "toutes les choses auxquelles les ancêtres attachaient une grande valeur". Toutefois, au cours du siècle qui suivit, les droits ancestraux furent de moins en moins reconnus en raison des nombreuses ententes signées avec les Pakehas, de la révision judiciaire et de la suppression des droits par la loi. J'ai décrit comment, ces dernières années, les principes énoncés au Traité de Waitangi, qui veulent la reconnaissance des droits ancestraux, ont refait surface grâce au travail effectué par le Tribunal de Waitangi, et comment ces principes sont maintenant une partie essentielle des relations entre Maoris et Pakehas. La *Sealord Agreement*, conclue récemment, est la première expérience, en Nouvelle-Zélande, pour ce qui est d'un règlement des revendications sur une grande échelle; dans cette entente, bien qu'on reconnaisse aux Maoris des droits de pêche non commerciale, on stipule que les obligations de la Couronne envers les Maoris, au sujet des droits de pêche commerciale prévus dans le Traité de Waitangi sont [TRADUCTION] "complétées, satisfaites et abolies". J'ai laissé entendre que cette formulation est une façon déguisée de parler d'extinction et que la force des voix maories qui s'opposent à l'Entente relative à Sealord démontre hors de tout doute qu'en signant des règlements définitifs et complets fondés sur l'extinction des droits ancestraux, on peut amener les générations futures d'autochtones à faire valoir de nouveau des revendications.

L'examen comparé de l'expérience de ces trois autres pays dont l'origine coloniale est commune révèle que les ententes de règlement modernes sur les droits ancestraux conclues au Canada sont les plus importantes au niveau de l'ampleur du territoire couvert, de la gamme de

sujets abordés et des éléments proposés pour en arriver à des ententes négociées (plutôt qu'à des accords conclus par les voies législatives). Le Canada est aussi le seul pays qui ait constitutionnalisé les droits ancestraux et les droits issus de traités. Il jouit donc d'une position unique pour forger de nouveaux liens avec les peuples autochtones et il peut fournir un modèle de la justice qui doit être dispensée aux peuples autochtones s'il adopte carrément le principe de la reconnaissance des droits ancestraux et s'il rejette une fois pour toutes l'extinction de ces droits comme moyen nécessaire d'en arriver à des règlements justes et permanents.

En négociant des accords descriptifs et normatifs où l'on confirme les droits ancestraux, d'après le modèle que j'ai esquissé, le Canada a l'occasion incomparable d'être le premier État dont les origines sont coloniales à reconnaître les obligations liées à cet héritage; à cette fin, il doit intégrer aux traités modernes les principes du projet de Déclaration universelle des droits des populations autochtones et, pour reprendre les termes de la résolution de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies établissant l'étude sur les traités, [TRADUCTION] "de façon pratique, [...] assurer au maximum le développement et la protection des droits des populations autochtones". Puisque ces traités modernes seraient confirmés en vertu du paragraphe 35(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le Canada démontrerait, dans le contexte de son droit national, qu'il s'engage au chapitre de la décolonisation et il fournirait un précédent de taille dans la mise en place d'un nouvel ordre mondial pour tous les peuples autochtones, qui continuent à lutter pour échapper à l'ombre terrible jetée par les cinq cents dernières années.

Notes

- i L'équipe est constituée de Paul Joffe, Dick Spaulding, Chris Tennant et Mary Ellen Turpel.
- ii *Black's Law Dictionary*, 8^e éd. (St. Paul : West Publishing Co., 1990).
- iii *R. c. Sparrow* [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1099.
- iv *Delgam Uukw v. A.G. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97 (B.C.C.A.), p. 48.
- v *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones*, Affaires indiennes et du Nord canadien, 1993, p. i.
- vi Voir, par exemple, la décision de la Cour suprême du Vermont dans *Vermont v. Elliott*, 616 A. 2d 210 (1992).
- vii John Hurley, "Children or Brethren: Aboriginal Rights in Colonial Iroquoia", thèse de doctorat, Université Cambridge, 1985; Paul C. Williams, "The Chain", mémoire de maîtrise en droit, Osgoode Hall, Université York, 1982; Francis Jennings, *The Ambiguous Iroquois Empire: The Covenant Chain Confederation of Indian Tribes with English Colonies* (New York/Londres : W.W. Norton & Co., 1984); Francis Jennings, William N. Fenton, Mary A. Druke et David Miller (dir.), *The History and Culture of Iroquois Diplomacy* (Syracuse, New York : Syracuse University Press, 1985).
- viii Jack Stagg, *Anglo-Indian Relations in North America to 1763 and an Analysis of the Royal Proclamation of 7 October 1763* (Ottawa : Affaires indiennes et du Nord canadien, 1981).
- ix [1973] S.C.R. 313.
- x Voir aussi la *Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois*, L.C. 1976-77, ch. 32, par. 3 (3).
- xi Voir aussi la *Loi sur le règlement des revendications des Inuvialuit de la région ouest de l'Arctique*, L.C. 1984, ch. 24, par. 3 (3).
- xii *Politique des revendications territoriales globales*, (Ottawa : Affaires indiennes et du Nord canadien, 1987), pp. 6 et 7.
- xiii *U.S. v. Shoshone Tribe* 304 U.S. 111 (1938); *Miami Tribe of Oklahoma v. United States* 175 F. Supp. 926 (1959).
- xiv *R. v. Van der Peet*; *R. v. Gladstone* et *R. v. N.T.C. Smokehouse*, [1993] 5 W.W.R. 459 (C.A.C.-B.).
- xv *Re Paulette* [1973] 42 D.L.R. (3d), p. 8.
- xvi *R. c. Sparrow* [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1119.
- xvii *Sparrow*, p. 1105.
- xviii Mary Mackenzie (le chef Gyolugyet), transcription du procès relatif à la décision *Delgam Uukw v. A.G.B.C.*, vol. 5, p. 334.
- xix Groupe d'étude de la politique des revendications territoriales globales, *Traités en vigueur : ententes durables* (Ottawa : Affaires indiennes et du Nord canadien, 1985), p. 48.
- xx *Ibid.*, p. 49.
- xxi Entente définitive de la revendication territoriale globale des Vuntut Gwich'in, article 5.10.2, précédemment citée.
- xxii *Traités en vigueur : ententes durables*, p. 75.
- xxiii Entente définitive des Gwich'in, article 18.1.2, p. 75.
- xxiv Berger, *Village Journey*, chapitre sept.
- xxv *Mabo v. State of Queensland*, p. 101.
- xxvi *Pitjantjatjara Land Rights Act*, 1981, n^o 20 (S.A.) 54.
- xxvii *Delgam Uukw v. A.G.B.C.*, [1993] 5 W.W.R. 97 (C.A.C.-B.), pp. 166-172.
- xxviii R. Bartlett, *The Mabo Decision* (Butterworths, 1993), pp. xx-xxii.
- xxix *Ibid.*
- xxx *Mabo: Outline of Proposed Legislation on Native Title*, p. 10.
- xxxi *Mabo: Outline of Proposed Legislation on Native Title*, p. 25.
- xxxii *Wi Parata v. The Bishop of Wellington* [1877] 3 N.Z. Jur. (N.S.) 72.
- xxxiii [1987] 2 N.Z.L.R. 188, p. 223.
- xxxiv [1961] 1 N.Z.L.R. 535.
- xxxv A. Frame, "A State Servant Looks At The Treaty" (1990) N.Z.L.R. 82, p. 92.
- xxxvi *Te Runanga o Wharekauri Rekohu v. Attorney General*, Motifs du jugement, N.Z.C.A., le 3 novembre 1992, p. 11.
- xxxvii *Ibid.*, p. 13.

xxxviii Robert Williams, *The Medieval Renaissance Origins of the Status of the American Indian in Western Legal Thought*, 57 *Southern California Law Review* 1, p. 71.

xxxix D. Sanders, "Remembering Deskaheh: Indigenous Peoples and International Law", dans Cotler et Eliadis (dir.), *International Human Rights Law: Theory and Practice*, 1992, p. 496.

xl (1985) 57 ALR 472.

xli Voir Brownlie, *Treaties and Indigenous Peoples*, pp. 43-45.

xlii Sixième rapport du Groupe de travail sur les populations autochtones, E/CN. 4/Sous. 2/1988/24, 24 août 1988, Annexe III, p. 3.