

# ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

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

*Les Éditions Thémis*

*Faculté de droit, Université de Montréal*

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

*Montréal, Québec*

*H3C 3J7*

*Téléphone : (514)343-6627*

*Télécopieur : (514)343-6779*

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

© Éditions Thémis inc.

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

# *Chroniques sectorielles*



# Droits autochtones

## Les conceptions canadiennes des droits ancestraux

### **Éric GELINEAU-ASSERAY**

Agent de recherche au Centre de recherche en droit public de la Faculté de droit de l'Université de Montréal

### **Andrée LAJOIE**

Professeure au Centre de recherche en droit public de la Faculté de droit de l'Université de Montréal

Les exposés compétents du droit canadien relatif aux Autochtones – entendu au sens d'une lecture intégrée des normes découlant des sources traditionnelles : constitution et lois fédérales et provinciales interprétées par les tribunaux sous l'égide de la Cour suprême – abondent. Il ne s'agit pas de reprendre ici ces analyses, souvent critiques mais basées au moins implicite-

ment sur le postulat positiviste selon lequel le législateur canadien détient, au sein de cette hiérarchie des normes, le monopole de la normativité sur le territoire de l'État canadien.

Nous procédons au contraire à partir d'une approche pluraliste extra-étatique maintes fois exposée<sup>1</sup>, qui reconnaît la présence sur le territoire canadien d'ordres juri-

---

<sup>1</sup> Georges GURVITCH, *L'idée du droit social*, Paris, Sirey, 1932; John GRIFFITH, « What is legal pluralism? », (1986) 24 *Journal of Legal Pluralism* 1; Roderick A. MACDONALD, « Recognizing and Legitimizing Aboriginal Justice: Implications for a Reconstruction of Non-Aboriginal Legal Systems in Canada », dans COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Aboriginal Peoples and the Justice System*, Ottawa, Commission royale sur les peuples autochtones, 1993, p. 232; Jacques VANDERLINDEN, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », (1993) 2 *Revue de la recherche juridique Droit Prospectif* 573. Ces études sont commentées notamment dans Andrée : LAJOIE, Jean-Maurice BRISSON, Sylvio NORMAND et Alain BISSONNETTE, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, coll. « Le droit aussi... », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996.

diques autochtones parallèles en compétition avec l'État pour le pouvoir normatif, dans tous les cas où des Nations autochtones, préexistantes au contact avec le colonisateur, n'ont pas été conquises par lui et ne s'y sont pas soumises. Tel est le cas au moins au Québec et en Colombie Britannique<sup>2</sup> de même que, dans d'autres provinces, pour toute Nation autochtone qui n'aurait pas valablement signé une renonciation à ses droits. Dans cette perspective, et même dans celle d'une lecture pluraliste intra-étatique de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui reconnaît et affirme les droits ancestraux préexistants, c'est aux Nations autochtones concernées de définir leurs droits. Nous avons ainsi entrepris une vaste recherche qui vise à recueillir le sens et le contenu qu'attribue à ces droits chacune des Premières Nations vivant sur le territoire du Québec, et c'est à des fins comparatives que nous avons voulu cerner, à titre descriptif et sans juger de leur portée normative, les conceptions québécoises<sup>3</sup> et canadiennes de ces mêmes droits.

Ce sont donc les résultats de cette dernière analyse que nous livrons ici. Puisqu'il ne s'agit pas, nous l'avons souligné, d'établir le droit actuel selon la méthode positiviste, mais d'y lire les conceptions des droits ancestraux qu'entretiennent les Canadiens hors Québec,

nous avons distingué les conceptions issues du discours judiciaire de celles que l'on peut induire du processus législatif. Nous situant dans la tradition canadienne de common law, qui prévaut dans l'ordre juridique canadien hors Québec, nous commencerons tout naturellement par les tribunaux, en analysant les mentions des droits ancestraux retrouvées dans les jugements et arrêts émanant tant de la Cour suprême et de la Cour fédérale que des tribunaux des provinces hors Québec<sup>4</sup> (I). Puis, nous aborderons les mentions relevées dans le discours politique, à partir des *Hansard* du Parlement fédéral d'une part, et des journaux des débats des différentes législatures provinciales d'autre part (II).

### I. Dans le discours judiciaire

Depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, les tribunaux canadiens ont eu de nombreuses occasions de se pencher sur la question des droits ancestraux. Leur bilan diffère selon qu'il s'agit, d'une part, du contenu de ces droits, cerné avec une certaine assurance mais de manière négative à partir surtout de leurs limites (A) ou, d'autre part, de leurs fondements et de leur qualification, abordés avec un certain malaise et débouchant sur une imprécision qui frôle la confusion (B). Bref, quelques certitudes nécessaires à la souveraineté canadienne, fondées sur

<sup>2</sup> Sauf en ce qui concerne la partie nord du territoire couverte par le Traité numéro 8. Voir : *Traité n° 8*, conclu le 21 juin 1899, en ligne : Site du ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada [http://www.ainc-inac.gc.ca].

<sup>3</sup> Andrée LAJOIE, Hugues MELANÇON, Guy ROCHER et Richard JANDA, « Québec's Conceptions of Aboriginal Rights », (1998) 13(1) *R.C.D.S.* 63.

<sup>4</sup> Compte tenu que le discours judiciaire québécois a déjà été analysé : voir *id.*

des divergences et des imprécisions conséquemment inévitables...

**A. Quelques certitudes nécessaires à la souveraineté canadienne : objet et limites des droits ancestraux**

Si, comme nous le verrons, les tribunaux ont éprouvé quelques difficultés à cerner le fondement et les caractéristiques des droits ancestraux, deux éléments relevant, de l'aveu même de la jurisprudence, d'un système de droit qu'elle connaît peu, ils sont plus à l'aise en ce qui concerne l'objet et les limites de ces droits. En effet, ces derniers éléments sont liés à l'intégration des droits ancestraux au système juridique canadien, que les juges ont moins d'hésitations à définir, à la fois parce que ce système leur est naturellement mieux connu et parce qu'il y va de l'affirmation de la souveraineté canadienne, qu'ils ont pour mission institutionnelle de protéger.

Aussi, les juges vont-ils circonscrire les droits ancestraux à leurs objets les moins problématiques en leur imposant par ailleurs de sérieuses limites, même s'ils affirment l'importance de ces droits devant lesquels même la volonté souveraine du Parlement a dû s'incliner à compter de 1982<sup>5</sup>.

**1. L'objet des droits ancestraux**

Si évolution il y a dans la réception, par la jurisprudence canadienne, des diverses formes des droits ancestraux ou issus de traités, elle relève sans doute davantage d'un changement dans les revendications judiciaires des Autochtones que d'une véritable variation de la mentalité judiciaire. L'attitude des juges face à l'objet des droits ancestraux va en effet se montrer assez stable. Quatre catégories peuvent être conceptualisées à partir du degré d'acceptation de ces diverses réclamations par les juges<sup>6</sup> : les droits de chasse et de pêche, les

<sup>5</sup> Ainsi, plusieurs décisions vont affirmer que les droits ancestraux ne doivent pas être déterminés en fonction de principes généraux, mais plutôt en fonction des faits particuliers de chaque affaire : *R. c. Hare and Debassige*, [1985] 3 C.N.L.R. 139 (Ont. C.A.); *R. c. Riley*, [1984] 3 C.N.L.R. 154 (Ont. Prov. Ct.); *Sparrow c. La Reine*, [1987] 1 C.N.L.R. 145 (B.C.C.A.). D'autres décisions ont statué que cette question était trop sérieuse pour être examinée lors d'une procédure interlocutoire : *MacMillan Bloedel Ltd. c. Mullin*, [1985] 2 C.N.L.R. 58 (B.C.C.A.); *Hunt c. Halcan Log Services Ltd.*, [1987] 4 C.N.L.R. 145 (B.C.C.A.). Enfin, il faut mentionner l'arrêt de la Cour suprême *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, où les droits issus de traités sont déclarés importants même dans le cas où ils ne constituent qu'une nouvelle formulation d'anciens droits ancestraux. Dans le même sens : *R. c. Hare and Debassige* où il est dit que les droits issus de traités sont aussi importants que les droits ancestraux et ne peuvent être éteints que dans les mêmes conditions. *A contrario*, deux décisions semblent ridiculiser les droits ancestraux : *R. c. Curley*, [1982] 2 C.N.L.R. 171 (N.W.T. Terr. Ct.), où on les considère comme n'importe quel droit de common law et *R. c. Perley and Perley*, [1983] 1 C.N.L.R. 82 (N.B. Prov. Ct.), où le juge les traite d'anachronismes qu'il serait dangereux de perpétuer et qu'il ne faut pas approcher en fonction de « qui était ici en premier » mais plutôt de « qui est ici maintenant ».

<sup>6</sup> Voir dans le même sens : Andrée LAJOIE, Éric GELINEAU, Isabelle DUPLESSIS et Guy ROCHER, « L'intégration des valeurs et des intérêts autochtones dans le discours judiciaire et normatif canadien », (2000) 38 *Osgoode Hall L.J.*143.

droits économiques, le titre aborigène et les droits politiques.

### a. Droits de chasse et pêche

Limités dans leur portée, reconnus par des traités et par les *Conventions sur le transfert des ressources naturelles*<sup>7</sup>, et surtout correspondant à l'image traditionnelle de l'activité de base des Autochtones, les droits de chasse, de pêche et de piégeage<sup>8</sup> à des fins de rituels religieux<sup>9</sup>, mais surtout à des fins de subsistance, ont d'emblée fait l'objet de reconnaissance judiciaire, une reconnaissance qui sera même étendue aux droits qui leur sont accessibles<sup>10</sup>. Toutefois, cette réception

en droit canadien des droits ancestraux de chasse et de pêche n'a été facile qu'en autant qu'il s'agissait de droits exercés à des fins de subsistance et de célébration religieuse, alors que les tribunaux se sont montrés beaucoup plus réticents à leur conférer une portée commerciale.

### b. Droits économiques

On peut regrouper tous les droits qui ont une portée économique dans une seconde catégorie, dont la réception, même théorique, a longuement tardé en droit judiciaire canadien, témoignant d'une profonde réticence à cet égard. En effet, toutes les revendications de

<sup>7</sup> Annexe 1 de la *Loi constitutionnelle de 1930*, L.R.C. (1985), App. II, n° 26.

<sup>8</sup> Mentionnons que dans les provinces maritimes, certains jugements considéreront que les droits ancestraux ne peuvent porter que sur la chasse, à l'exclusion de tout autre objet, et qu'ils n'existent que sur les réserves de ces provinces. Ces décisions seront cependant renversées : R. c. *Nicholas and Bear*, [1989] 2 C.N.L.R. 131 (N.B.Q.B.); R. c. *Denny*, [1990] 2 C.N.L.R. 115 (N.S.S.C.).

<sup>9</sup> Bien que moins souvent revendiqués, ils semblent au moins acceptés dans leur principe, voire, plus récemment, en pratique. En effet, seules trois décisions semblent porter sur de tels droits, deux les rejetant – *Jack and Charlie c. La Reine*, (1985) 4 D.L.R. (4th) 96 (C.S.C.), où cependant c'est la liberté de religion et non la protection des droits ancestraux qui était invoquée, et *Thomas c. Norris*, [1992] 2 C.N.L.R. 139 (B.C.S.C.), qui rejette un droit ancestral au *spirit dancing* – mais la dernière l'acceptant : R. c. *Siouï*, [1990] 1 R.C.S. 1025.

<sup>10</sup> Ainsi seront acceptés le droit de posséder la carcasse d'un animal : R. c. *Paul & Copage*, (1977) 24 N.S.R. (2d) 313 (N.S.S.C.); R. c. *Atwin & Sabobie*, [1981] 2 C.N.L.R. 99 (N.B. Prov. Ct.); le droit de posséder une arme à feu : *Simon c. La Reine*, précité, note 5; R. c. *Paul & Copage*, *id.*; R. c. *Atwin & Sabobie*, *id.*; le droit de construire un abri permanent dans un parc : R. c. *Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393; et même le droit d'enseigner la manière traditionnelle d'exercer la chasse ou la pêche : R. c. *Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139. Mais c'est surtout sur le droit d'accès que la jurisprudence va se pencher et de manière assez extensive. En effet, dans les *Prairies*, les *Conventions sur le transfert des ressources naturelles*, précitées, note 7, vont accorder une protection aux droits de chasse, de pêche et de piégeage exercés sur les terres inoccupées de la Couronne et sur toutes les terres où les Autochtones ont accès. Interprété comme une exigence d'un accès pour chasser seulement (R. c. *Mousseau*, [1980] 2 R.C.S. 89), le droit de chasse peut donc être exercé sur les terres où les Autochtones ont obtenu le consentement du propriétaire : R. c. *Cardinal*, (1977) 3 Alta. L.R. (2d) 108 (C.A.); sur les terres auxquelles les autres chasseurs ont accès : R. c. *Thomas*, [1978] 4 C.N.L.R. 21 (Sask. Prov. Ct.); R. c. *Fiddler (n° 2)*, [1981] 2 C.N.L.R. 104 (Sask. Prov. Ct.); R. c. *Tobacco*, [1981] 1 W.W.R. 545 (Sask. C.A.); et sur les terres sur lesquelles il y a un droit d'accès coutumier : R. c. *McKinney*, [1979] 2 W.W.R. 545 (Man. C.A.); ou légal : R. c. *Fiddler (n° 2)* pour tous.

droits équivalant à des avantages commerciaux ont été refusées<sup>11</sup>, à deux exceptions près<sup>12</sup>. Même l'exercice sur une échelle commerciale de droits traditionnels, comme ceux de chasse et surtout de pêche, s'est heurté à la résistance de l'ensemble des juges, malgré le vœu de la Cour suprême d'adopter une vision moderne et évolutive des droits ancestraux<sup>13</sup>. La jurisprudence des tribunaux inférieurs refuse en effet obstinément l'idée que des droits exercés dans le passé pour des fins de subsistance puissent, dans un contexte moderne, équivaloir à un droit de faire le commerce, par exemple, des produits de la chasse

ou de la pêche, ce qui conférerait un avantage commercial constitutionnel aux Autochtones<sup>14</sup>. Les juges préfèrent exiger, pour la valider, que cette pratique commerciale ait fait partie de la culture autochtone avant l'arrivée des Européens<sup>15</sup>.

### c. Titre aborigène

À l'opposé, le titre aborigène a été reconnu très tôt dans son principe<sup>16</sup>, sans que jamais pourtant on ne lui confère, en pratique, la portée d'un véritable titre<sup>17</sup>. Défini dès le XIX<sup>e</sup> siècle comme un droit d'occupation et d'usage de la nature d'un usufruit – excluant toute forme de droit ancestral de propriété<sup>18</sup> –, son acceptation théorique ne vient sans

<sup>11</sup> Principalement parce qu'il n'a pas été prouvé que ces activités étaient une pratique traditionnelle des Autochtones avant l'arrivée des Européens : le droit d'organiser des jeux de hasard : *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821; le droit d'importer ou d'exporter du tabac : *R. c. Johnson*, [1996] N.S.J. (Quicklaw) n° 333 (C.A.); le droit de traverser les frontières afin de commercer : *R. c. Lincoln Gordon McBride*, [1990] 2 C.N.L.R. 158 (Ont. Div. Ct.), avec un argument de poids : les frontières n'existaient pas avant l'arrivée des Européens; un droit ancestral de ne pas payer de taxes sur les biens importés des U.S.A. : *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911.

<sup>12</sup> *R. c. Jacobs*, [1999] 3 C.N.L.R. 239 (B.C.S.C.) qui confirme le droit ancestral d'utiliser le tabac à des fins rituelles et crée une exemption à l'égard des taxes qui s'y appliquent; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723 où la Cour suprême reconnaît l'existence d'un droit ancestral de vendre de la roque de hareng sur varech.

<sup>13</sup> *Infra*, p. 508.

<sup>14</sup> *R. c. Dick*, [1989] 1 C.N.L.R. 132 (B.C. Prov. Ct.).

<sup>15</sup> *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672. Une telle condition ne sera remplie que dans *R. c. Gladstone*, précité, note 12 et *R. c. Jones*, (1993) 4 O.R. (3d) 421 (Prov. Ct.).

<sup>16</sup> *Fegan c. McLean*, (1869) 20 U.C.Q.B. 202 (Ont. Q.B.); *Church c. Fenton*, (1878) 28 U.C.C.P. 384 (Ont. C.P.); *St. Catharines Milling and Lumber Company c. The Queen*, (1886) 13 O.A.R. 148.

<sup>17</sup> Sauf quelques rares exceptions dans les territoires, telle la décision *The Hamlet of Baker Lake c. Ministre des Affaires Indiennes et du Nord canadien (n° 1)*, [1980] C.F. 518.

<sup>18</sup> À l'exception de *Isaac c. Davey*, (1973) 38 D.L.R. (3d) 23 (Ont. H.C.), où cependant il est bien précisé que ce droit n'existe que pour la bande en cause en vertu d'un traité. Ce jugement sera infirmé par la Cour d'appel : *Isaac c. Davey*, (1974) 51 D.L.R. (3d) 170 (Ont. C.A.). Sur le rejet des droits de propriété, voir : *Wallace c. Fraser Companies*, (1973) 8 N.B.R. (2d) 455 (Q.B.); *Squamish Indian Band c. Findlay*, [1981] B.C.J. (Quicklaw) n° 366 (C.A.); *Re Paulete et al. and Registrar of Land Titles*, (1975) 63 D.L.R. (3d) 1 (N.W.T.C.A.), confirmée en Cour suprême : *Paulete c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 628, et infirmant la décision du juge de première instance.

doute que de la confusion que les tribunaux ont entretenue entre ce titre et les droits ancestraux en général, n'y rattachant que des droits de chasse ou de pêche<sup>19</sup>. En effet, si dans les années '90<sup>20</sup>, la Cour suprême a précisé la distinction entre ces deux notions, en définissant le titre aborigène comme un droit d'occupation et d'usage exclusif<sup>21</sup>, elle en a aussi limité considérablement la portée en interdisant que les terres visées par ce titre soient utilisées par les Autochtones à des fins incompatibles avec leur destination traditionnelle<sup>22</sup>.

#### d. Droits politiques

Enfin, les juges vont faire preuve d'une réticence encore plus grande à l'égard des droits à consonance politique, leur fermant la porte non seulement dans les circonstances spécifiques des affaires qui se présentent devant eux, mais aussi

dans leur principe même<sup>23</sup>. Rien de surprenant à cela en ce qui concerne la souveraineté ou l'autodétermination puisque, pour les juges canadiens, il n'existe au Canada que deux ordres de gouvernement – fédéral et provinciaux – en vertu de la Constitution<sup>24</sup>. Pour eux, les Autochtones sont donc forcément des sujets de l'autorité législative canadienne<sup>25</sup>. C'est dans *Pamajewon*<sup>26</sup> que la Cour s'est montrée la plus ouverte à l'autodétermination, se limitant à affirmer que concéder un droit général de gérer l'utilisation des terres des réserves assujettirait la Cour à un trop grand degré de généralité. Mais lorsque des revendications plus spécifiques ont été présentées aux tribunaux dans le passé, elles n'ont pas connu plus de succès<sup>27</sup>, non plus même que certains droits politiques restreints, pourtant distincts de l'autodétermination ou de la souve-

<sup>19</sup> Par exemple, le juge parle de titre aborigène de chasse dans la décision *R. c. Rocher*, [1982] 3 C.N.L.R. 122 (N.W.T. Terr. Ct.).

<sup>20</sup> Avec les arrêts *R. c. Van der Peet*, précité, note 15; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; *R. c. Côté*, précité, note 10 et, surtout, *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.

<sup>21</sup> *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 20.

<sup>22</sup> *Id.* Par contre, il est loisible au gouvernement d'utiliser le territoire pour de telles fins incompatibles, moyennant certaines conditions dont un dédommagement.

<sup>23</sup> *R. c. Siliboy*, [1929] 1 D.L.R. 307 (N.S.C.C.); *Re Family and Child Service Act of British Columbia*, [1990] 2 C.N.L.R. 135 (B.C. Prov. Ct.); *R. c. Nikal*, [1991] 1 C.N.L.R. 162 (B.C.S.C.); *R. c. Williams*, [1994] B.C.J. (Quicklaw) n° 2745 (C.A.); *Delgamuukw c. British-Columbia*, [1990] 1 C.N.L.R. 20 (B.C.S.C.); *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 20.

<sup>24</sup> *Re Family and Child Service Act of British Columbia*, précité, note 23; *R. c. Nikal*, précité, note 23; *R. c. Williams*, précité, note 23; *Delgamuukw c. British-Columbia* (B.C.S.C.), précité, note 23; *Delgamuukw c. British-Columbia*, (1993) 104 D.L.R. (4th) 470 (B.C.C.A.).

<sup>25</sup> *Delgamuukw c. British-Columbia* (B.C.C.A.), précité, note 24.

<sup>26</sup> *R. c. Pamajewon*, précité, note 11.

<sup>27</sup> Ainsi, ont été rejetés le droit ancestral d'élever des enfants sans subir l'application de la loi provinciale : *Re Family and Child Service Act of British Columbia*, précité, note 23; le droit d'autoréglementation de la pêche nonobstant les lois et règlements fédéraux : *R. c. Nikal*, précité, note 23 et, enfin, une compétence juridictionnelle exclusive rendant incompétente

raineté<sup>28</sup>. Enfin, à défaut de céder le pouvoir politique, un certain pluralisme juridique intra-étatique va être toléré, quoiqu'il s'agisse d'un phénomène circonscrit aux Ter-

ritoires du Nord-Ouest<sup>29</sup>. Dans ces régions, plusieurs décisions ont en effet reconnu l'existence de droits coutumiers, en matière de mariage<sup>30</sup>, d'adoption<sup>31</sup> et de succes-

---

la Cour provinciale sur les terres indiennes non cédées à la Couronne : *R. c. Williams*, précité, note 23. Dans *Mitchell c. M.R.N.*, précité, note 11, la Cour suprême rejette également le droit d'importer des biens des États-Unis sans payer de taxes douanières, que l'intimé mohawk revendiquait en tant que citoyen d'Haudenosaunee (la Confédération iroquoise). Alors que la majorité base son opinion sur l'absence de preuve de pratiques équivalentes antérieures à l'arrivée des Européens, on ne peut passer sous silence les motifs du juge Binnie, auquel se joint le juge Major pour former une opinion minoritaire concurrente, qui analyse la revendication en termes de souveraineté. Il parle ainsi d'une souveraineté canadienne partagée entre les Autochtones et les non-Autochtones, idée reprise à la Commission royale sur les peuples autochtones. Néanmoins, cette souveraineté commune s'oppose aux revendications de droits ancestraux qui lui seraient incompatibles, tels que le droit de se livrer à des activités militaires sur le territoire canadien ou, encore, celui qui est revendiqué en l'espèce et qui nie les frontières établies en vertu de cette souveraineté. Mais le juge Binnie prend soin d'ajouter que son opinion n'écarte ou n'appuie aucunement « un point de vue quelconque quant à la compatibilité ou l'incompatibilité d'institutions autonomes internes des Premières Nations avec la souveraineté de la Couronne, dans le passé ou dans le présent. [Il] souligne à cet égard que le principe de l'incompatibilité avec la souveraineté n'a pas empêché les États-Unis (malgré leur cadre constitutionnel très différent) de continuer de reconnaître certaines formes d'autonomie gouvernementale interne des autochtones [sic] qui, à leur avis, sont des expressions de la souveraineté autochtone résiduelle » (par. 165, italiques dans le texte).

<sup>28</sup> Tels le droit de manifester en érigeant des barricades sur une route : *R. c. Colford*, [1993] N.B.J. (Quicklaw) n° 485 (Prov. Ct.); le droit pour les femmes autochtones de participer aux discussions constitutionnelles : *Association des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627; ou même le droit, certes moins politique, de subir un procès devant un jury composé entre autres de personnes autochtones : *R. c. Kent, Sinclair and Gode*, [1986] 4 C.N.L.R. 93 (Man. C.A.), qui précise que les droits ancestraux ne sont pas équivalents à des droits linguistiques.

<sup>29</sup> Et d'une manière plus hésitante en Colombie-Britannique où ils furent d'abord acceptés par la Cour supérieure : *R. c. Williams*, (1921) 20 B.C.R. 303 (B.C.S.C.); puis rejetés par cette même Cour : *Mitchell c. Dennis and Dennis*, [1984] 2 W.W.R. 449 (B.C.S.C.); *Casimel c. Insurance Corp. of British Columbia*, [1992] 1 C.N.L.R. 84 (B.C.S.C.), jusqu'à ce que la Cour d'appel les accepte dans *Casimel c. Insurance Corp. of British Columbia*, [1994] 2 C.N.L.R. 22 (B.C.C.A.), en se fondant sur les décisions des Territoires du Nord-Ouest et sur le fait qu'aucune loi provinciale ou fédérale ne s'y opposait.

<sup>30</sup> *R. c. Nan-E-Quis-A-Ka*, (1889) 1 Terr. L.R. 211 (N.W.T.S.C.); *R. c. Bear's Shin Bone*, (1899) 4 Terr. L.R. 173 (N.W.T.S.C.); *Re Noah Estate*, (1961) 32 D.L.R. (2d) 185 (N.W.T. Terr. Ct.). Les deux premières décisions reconnaissent cependant le mariage coutumier afin d'obtenir une meilleure application du droit anglais, puisque cette reconnaissance concernait respectivement l'admissibilité d'une épouse à témoigner contre son mari et une accusation de bigamie.

<sup>31</sup> *Re Katie's Adoption Petition*, (1961) 38 W.W.R. 100 (N.W.T. Terr. Ct.); *Re Beaulieu's Petition*, (1969) 67 W.W.R. 669 (N.W.T. Terr. Ct.); *Re Deborah*, [1972] 5 W.W.R. 203 (N.W.T. Terr. Ct.); *Re Wah-Shee*, (1975) 57 D.L.R. (3d) 743 (N.W.T.S.C.); *Re Tagornak*, [1984] 1 C.N.L.R. 185 (N.W.T.S.C.). Si les deux premiers jugements sont très pluralistes, estimant la reconnaissance nécessaire compte tenu de l'incapacité des Inuits à remplir les conditions de l'adoption selon le droit anglais, *Re Deborah* tempère ce constat en se basant plutôt sur le fait que l'adoption coutumière remplit les conditions fixées par le droit anglais pour l'acceptation d'une coutume.

sion<sup>32</sup>, auxquels on a même parfois expressément attribué le caractère de droits ancestraux<sup>33</sup>.

## 2. Les limites apportées aux droits ancestraux

Autant les juges ont tardé à définir le contenu des droits ancestraux, autant ils en ont rapidement cerné les limites en termes d'extinction ou de soumission à la loi, limites qui resteront inchangées (ou presque) jusqu'à la constitutionnalisation de ces droits en 1982, et même au delà.

### a. De la Confédération à la Charte

À la suite d'une courte période qui couvre les vingt premières années de la Confédération durant laquelle la protection des droits ancestraux, purement théorique, était confiée au bon plaisir du souverain, ces droits étant révocables en tout temps<sup>34</sup> et pouvant au surplus être éteints par traité ou par l'abandon de la terre<sup>35</sup>, les limites

établies à partir de 1888, sinon les motifs qui les sous-tendent, vont rester largement les mêmes.

Dès lors, à mesure que la *Proclamation Royale* est invoquée pour soutenir la reconnaissance juridique de ces droits, les juges, considérant que ce texte a force de loi<sup>36</sup>, vont s'attacher à déterminer dans quelle mesure les autres lois, fédérales ou provinciales, peuvent aller à son encontre. Par conséquent, partout où la *Proclamation* s'applique<sup>37</sup>, elle restreint la marge de manœuvre du Parlement et des législatures provinciales à l'égard de l'ensemble des droits ancestraux, y inclus et malgré les apparences, ceux qui sont protégés par les *Conventions sur le transfert des ressources naturelles*<sup>38</sup>.

Ainsi, de manière générale, le Parlement ne pourra dès lors plus limiter, ni surtout éteindre, un droit ancestral qu'en le faisant de manière expresse ou par implication nécessaire<sup>39</sup>. Ces droits sont donc à l'abri

<sup>32</sup> *Re Noah Estate*, précité, note 30, accepte l'application du droit successoral coutumier pour les Inuit ayant vécu un mode de vie traditionnel, mais l'écarte pour ceux qui ont intégré un mode de vie moderne, le droit coutumier ne prévoyant rien quant à la dévolution des biens acquis dans un contexte économique moderne.

<sup>33</sup> *Re Noah Estate*, précité, note 30, et *Re Deborah*, précité, note 31, parlent de « *vested rights* » et les comparent aux droits de chasse et de pêche.

<sup>34</sup> *Church c. Fenton*, précité, note 16.

<sup>35</sup> *Id.*; *St. Catharines Milling and Lumber Company c. The Queen*, précité, note 16.

<sup>36</sup> *R. c. McMaster*, [1926] Ex. C.R. 68. Dans *R. c. Georges*, [1964] 1 O.R. 24 (H.C.), on considère même que ce texte pourrait avoir un statut supérieur à la loi.

<sup>37</sup> *Sikyea c. The Queen*, [1965] 2 C.C.C. 129 (C.S.C.); *R. c. George*, (1966) 55 D.L.R. 386 (C.S.C.); *R. c. Daniels*, (1966) 49 C.R. 1 (Man. C.A.); *Sigearak E1-53 c. La Reine*, [1966] R.C.S. 645.

<sup>38</sup> Précitées, note 7.

<sup>39</sup> *R. c. Georges*, précité, note 36; *R. c. McMaster*, précité, note 36; *R. c. White & Bob*, (1965) 52 W.W.R. 193 (B.C.C.A.); *R. c. White and Bob*, (1965) 50 D.L.R. (2d) 481 (C.S.C.); *R. c. Cooper*, (1968) 1 D.L.R. (3d) 113 (B.C.S.C.); *R. c. Moses*, [1970] 3 O.R. 314 (Dist. Ct.); *R. c. Penasse et McLord*, (1971) 8 C.C.C. (2d) 569 (Ont. Prov. Ct.); *Francis c. La Reine*, (1969) 1 N.B.R. (2d) 886 (N.B.C.C.).

d'une loi fédérale trop générale pour démontrer une intention claire de les limiter<sup>40</sup>. De même, la Constitution canadienne octroyant au Parlement fédéral la compétence sur les Autochtones<sup>41</sup>, une loi provinciale ne peut viser spécifiquement le statut ou les droits des Indiens sans être *ultra vires*<sup>42</sup>, sauf en ce qui concerne les lois provinciales générales, visant tous les citoyens et non les Autochtones en particulier, que les tribunaux, d'abord défavorables, à une exception près<sup>43</sup>, ont ensuite validées<sup>44</sup> à partir de l'adoption de l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*<sup>45</sup>.

Par ailleurs, en 1929, les gouvernements des provinces des Prairies avaient négocié avec le gouvernement fédéral les *Conventions sur le transfert des ressources naturelles*<sup>46</sup>, protégeant les droits de chasse des Indiens exercés à des fins de subsistance sur toutes les terres ino-

cupées de la Couronne ou sur toutes autres terres auxquelles ils ont accès dans ces provinces. Les droits que visent ces accords, constitutionnalisés en 1930, bénéficiaient donc en principe d'un statut particulier, un statut constitutionnel qui leur accorde une protection alors apparemment supérieure à celle dont jouissaient à l'époque les droits ancestraux dans les autres provinces. Mais, durant cette première période de leur interprétation, les juges vont en limiter la portée, prévoyant que même si ces droits prévalent face à la loi provinciale<sup>47</sup>, ils doivent cependant être interprétés restrictivement puisqu'ils sont des exceptions à son application<sup>48</sup>. Qui plus est, ces droits doivent s'incliner devant les lois fédérales aux mêmes conditions que les autres droits ancestraux<sup>49</sup>. Malgré le fait qu'ils soient reconnus par un texte constitu-

<sup>40</sup> Bien que ce ne soit pas très clair dans la jurisprudence, mentionnons cependant que cette immunité semble moins étendue pour les droits issus de traités à l'égard desquels les juges paraissent donner plus de liberté au Parlement fédéral. Voir notamment : R. c. *Georges*, précité, note 36; R. c. *Penasse et McLord*, précité, note 39; R. c. *Daniels*, précité, note 37; *Daniel c. White*, [1968] R.C.S. 517.

<sup>41</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3.

<sup>42</sup> R. c. *White & Bob* (B.C.C.A.), précité, note 39; R. c. *White and Bob* (C.S.C.), précité, note 39.

<sup>43</sup> R. c. *Siliboy*, précité, note 23.

<sup>44</sup> R. c. *Atwin & Sacobie*, précité, note 10. D'ailleurs, la Cour suprême, dans l'arrêt *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, va plus loin encore puisqu'elle y restreint l'« indianité », que les lois provinciales générales ne peuvent affecter sans être *ultra vires*, aux droits ancestraux ou issus de traités qui ont été judiciairement établis. Sur cette question, voir : Jean LECLAIR, « The Kitkatla Decision : Finding Jurisdictional Room to Justify Provincial Regulation of Aboriginal Matters », (2003) 21 S.C.L.R. (2d) 73.

<sup>45</sup> *Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, c. 29, art. 87, aujourd'hui art. 88, L.R.C. (1985), c. I-5.

<sup>46</sup> Précitées, note 7.

<sup>47</sup> *Prince & Myron c. La Reine*, [1964] R.C.S. 81; R. c. *Daniels*, précité, note 37; *Clinton c. Strongquill*, (1953) 105 C.C.C. 262 (Sask. C.A.).

<sup>48</sup> *Cardinal c. Procureur général de l'Alberta*, [1974] R.C.S. 695.

<sup>49</sup> *Elk c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 166.

tionnel, ces droits ne bénéficient donc pas, en définitive, d'une meilleure protection que les autres, du moins jusqu'aux années '70.

À partir de cette date toutefois, les limites des droits ancestraux, tout en restant les mêmes, vont être motivées autrement. Plutôt que de déterminer quand un droit doit s'incliner ou prévaloir face à une loi, provinciale ou fédérale, les juges commencent à se pencher sur les objectifs poursuivis par ces lois, pour souvent conclure que c'est la poursuite de certains de ces buts qui permet d'écarter ou d'éteindre les droits ancestraux. D'une vision mécanique des limites, on passe donc à l'idée qu'il existe certains motifs impérieux rendant nécessaires ces limites pourtant inchangées à une exception près, mais désormais expressément justifiées par la sécurité du public<sup>50</sup> et surtout la gestion et la conservation des ressources<sup>51</sup>, qui sous-tendaient déjà de toutes façons les limites antérieurement validées à partir du test mécanique. D'ailleurs, la Cour

suprême va établir une priorité, qu'elle reprendra plus tard dans *Sparrow*<sup>52</sup>, favorisant les mesures de conservation de la faune et de la flore par rapport au respect des droits ancestraux et issus de traités, mais donnant par contre à ces derniers la priorité par rapport aux activités commerciales ou sportives<sup>53</sup>.

L'exception, ce sont les droits protégés par les *Conventions sur le transfert des ressources naturelles*<sup>54</sup>, auxquels ces motifs prédominants ne permettent pas, selon la jurisprudence, de porter atteinte. Ils bénéficient donc d'un véritable statut distinct, à partir des années '70, mais pour une courte période, puisque la constitutionnalisation en 1982 de tous les droits ancestraux et issus de traités existant au 17 avril 1982<sup>55</sup> va effacer toute distinction à cet égard<sup>56</sup>.

### **b. À partir de 1982**

Outre le fait que les droits ancestraux ne peuvent plus être éteints et qu'ils ne peuvent pas non plus être « ressuscités »<sup>57</sup>, la constitu-

<sup>50</sup> *Myran, Meeches c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 137; *R. c. Mousseau*, précité, note 10, et plus tard encore *R. c. Alphonse*, [1989] 1 C.N.L.R. 121 (B.C.C.C.).

<sup>51</sup> *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294, et plus tard *Sparrow c. La Reine*, précité, note 5.

<sup>52</sup> *Sparrow c. La Reine*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

<sup>53</sup> *Jack c. La Reine*, précité, note 51.

<sup>54</sup> *Prince & Myron c. La Reine*, précité, note 47; *R. c. Mousseau*, précité, note 10; *R. c. Sutherland, Wilson & Wilson*, [1980] 2 R.C.S. 451; *R. c. Frank*, (1975) 24 C.C.C. (2d) 321 (Alta. S.C.); *R. c. Sutherland et al.*, [1979] 2 W.W.R. 552 (Man. C.A.); *R. c. Tobacco*, précité, note 10; *R. c. Mooswa*, [1981] 3 C.N.L.R. 112 (Sask. C.A.).

<sup>55</sup> *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (1982, R.-U., c. 11).

<sup>56</sup> *R. c. Netmaker*, [1985] 3 C.N.L.R. 181 (Sask. Prov. Ct.).

<sup>57</sup> *R. c. Hare and Debassige*, précité, note 5; *R. c. Riley*, précité, note 5; *Ontario (A.G.) c. Bear Island Foundation*, [1985] 1 C.N.L.R. 1 (Ont. S.C.); *Ontario (A.G.) c. Bear Island Foundation*, [1989] 2 C.N.L.R. 73 (Ont. C.A.); *R. c. Lincoln Gordon McBride*, précité, note 11; *Palmer c. Nova Scotia Forest Industries*, [1984] 3 C.N.L.R. 107 (N.S.S.C.); *Canadian Pacific Ltd. c. Paul*, [1984] 3 C.N.L.R. 42 (N.B.C.A.); *R. c. Nicholas and Bear*, précité, note 8; *R. c. Eninew*, [1984] 2 C.N.L.R. 122 (Sask. Q.B.).

tionnalisation n'apporte pas, avant les années '90, de véritables changements aux principes déjà établis quant à la portée de ces droits. Là encore, c'est plutôt dans la façon d'aborder la question qu'il y a une évolution. Les tribunaux se basent davantage sur le fait que ces droits ne sont pas devenus absolus et peuvent encore être limités, en autant que ce soit de manière raisonnable<sup>58</sup>. En fait, on assiste à un clivage entre les tribunaux de l'ouest et ceux de l'est du pays. Un premier groupe de juges, surtout localisés en Colombie-Britannique et dans les Prairies, cachent mal leur désir de voir cesser les pratiques gouvernementales passées et insistent sur le fait que les limitations aux droits ancestraux doivent être désormais justifiées de manière raisonnable, et vont d'ailleurs souvent conclure qu'elles ne le sont pas<sup>59</sup>. Par contraste, d'autres juges, provenant surtout de l'Ontario et des Maritimes, préfèrent limiter au

maximum les effets de la constitutionnalisation. Avançant à maintes reprises l'extinction préalable du droit invoqué<sup>60</sup>, ils établiront au surplus que les droits constitutionnalisés le sont dans la forme qu'ils avaient à cette date, incluant donc les limitations qui y avaient été antérieurement apportées par la loi ou le règlement<sup>61</sup>.

L'impact de la constitutionnalisation va donc être relativement limité jusqu'à ce que la Cour suprême en précise la portée au cours des années '90, en fixant les conditions à remplir pour déterminer si une atteinte aux droits ancestraux est raisonnable et donc valide<sup>62</sup>. Imposant aux Autochtones de prouver qu'il y a eu une atteinte *prima facie* à leurs droits, la Cour demande par ailleurs au gouvernement de démontrer qu'il existe, d'une part, une raison valide d'adopter cette loi ou ce règlement – comme la conservation de la ressource, la sécurité et l'intérêt des

<sup>58</sup> *Sparrow c. La Reine*, précité, note 5; *R. c. Ernie Edwards Archie*, [1989] 4 C.N.L.R. 114 (B.C.C.A.); *R. c. Sam*, [1989] 3 C.N.L.R. 162 (B.C.C.C.); *R. c. Watts*, [1989] 3 C.N.L.R. 176 (B.C.C.A.); *R. c. Dick*, précité, note 14; *R. c. Alphonse*, précité, note 50; *R. c. Agawa*, (1988) 28 O.A.C. 201; *Henderson and Bird c. The Queen*, [1988] 3 C.N.L.R. 131 (Sask. Q.B.); *R. c. Eninew*, précité, note 57; *R. c. Netmaker*, précité, note 56; *R. c. Flett*, [1987] 3 C.N.L.R. 70 (Man. Prov. Ct).

<sup>59</sup> *Sparrow c. La Reine*, précité, note 5; *R. c. Ernie Edwards Archie*, précité, note 58; *R. c. Sam*, précité, note 58; *R. c. Watts*, précité, note 58; *R. c. Dick*, précité, note 14; *Henderson and Bird c. The Queen*, précité, note 58; *R. c. Baptiste*, [1985] 2 C.N.L.R. 101 (Sask. Q.B.); *R. c. Flett*, précité, note 58.

<sup>60</sup> *R. c. Hare and Debassige*, précité, note 5; *R. c. Riley*, précité, note 5; *Ontario (A.G.) c. Bear Island Foundation*, précités, note 57 (Ont. S.C. et C.A.), qui exigent cependant que l'extinction fasse l'objet d'une compensation; *R. c. Lincoln Gordon McBride*, précité, note 10; *Canadian Pacific Ltd. c. Paul*, précité, note 57.

<sup>61</sup> *Sparrow c. La Reine*, précité, note 5; *R. c. Nicholas and Bear*, précité, note 8; *R. c. Riley*, précité, note 5.

<sup>62</sup> *Sparrow c. La Reine*, précité, note 52, pour les droits ancestraux, dont les conditions sont étendues aux atteintes aux droits issus de traités par *Badger, Kiyawasew & Ominayak c. La Reine*, [1996] 1 R.C.S. 771, et au titre aborigène par *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 20.

Autochtones ou des Canadiens dans leur ensemble, ou tout autre objectif réel et impérieux – et, d'autre part, que cette mesure préserve l'honneur de la Couronne et est conforme aux rapports contemporains uniques qui la lie aux peuples autochtones – ce qui équivaut à respecter la priorité des droits ancestraux. Enfin, le gouvernement devra répondre à certaines exigences telles l'atteinte minimale, la compensation équitable et la consultation préalable des Autochtones affectés.

Bien que ce test soit en apparence favorable aux Autochtones – d'autant plus que la Cour suprême reviendra sur la jurisprudence passée de l'Ontario et des provinces maritimes, en refusant non seulement de définir les droits en fonction des limitations qu'ils ont subies avant l'entrée en vigueur de l'article 35(1), mais aussi de les limiter par implication nécessaire<sup>63</sup> –, les tribunaux vont interpréter avec beaucoup de souplesse les différentes conditions ainsi imposées aux gouvernements, au point, là encore, de rendre presque théorique la protection accordée aux droits.

D'une part, la liste des objectifs permettant de les limiter valablement sera considérablement allongée par la Cour suprême. Dans *Gladstone*<sup>64</sup>, elle mentionne que le pouvoir de réglementation s'étend à d'autres objectifs d'intérêt public

réels et impérieux que la conservation des ressources comme, par exemple, la poursuite de l'équité sur les plans économique et régional ainsi que la reconnaissance du fait qu'historiquement, des groupes non autochtones comptent sur les ressources halieutiques et participent à leur exploitation. La plupart de ces objectifs peuvent être rattachés à la conciliation de l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par les peuples autochtones avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, ce qui nécessite la reconnaissance du fait que les « sociétés autochtones distinctives existent au sein d'une communauté sociale, politique et économique plus large, communauté dont elles font partie »<sup>65</sup>. Dans *Delgamuukw*<sup>66</sup>, elle ajoute aussi l'extension de l'agriculture, de la foresterie, de l'exploitation minière et de l'énergie hydroélectrique, le développement économique général de l'intérieur de la Colombie-Britannique, la protection de l'environnement et des espèces menacées d'extinction, ainsi que la construction des infrastructures et l'implantation des populations requises par ces fins. Dans le deuxième arrêt *Marshall*<sup>67</sup>, la Cour limite encore plus cette protection dans le cas des droits ancestraux exercés à des fins commerciales, précisant que les Autochtones ne sont qu'un des groupes participants et que la prise en compte des

<sup>63</sup> *Sparrow c. La Reine*, précité, note 52.

<sup>64</sup> *R. c. Gladstone*, précité, note 12.

<sup>65</sup> *Id.*, par. 73 (j. Lamer).

<sup>66</sup> *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 20.

<sup>67</sup> *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533.

intérêts des non autochtones peut constituer un objectif tout à fait légitime lorsque les circonstances le justifient, même si la conservation reste l'objectif prépondérant en matière de réglementation. D'autre part, l'obligation de consultation est prise dans son sens le plus strict, excluant l'exigence d'un consentement des Autochtones – sauf peut-être, dans certains cas non précisés encore, pour les atteintes à un titre aborigène<sup>68</sup> – et ne demandant, tout au plus, qu'un effort allant au-delà de la simple information.

Enfin, le respect de la priorité accordée aux droits ancestraux est écarté lorsque ces droits sont, par leur nature même, illimités ou exclusifs. Les juges visent ici les droits de nature commerciale, à propos desquels on a vu leur réticence<sup>69</sup>. Ainsi, dans *Gladstone*<sup>70</sup>, la Cour suprême exclut l'application du test de priorité établi par l'arrêt *Sparrow* dans ces cas, exigeant simplement que le gouvernement démontre que, dans la répartition de la ressource, il a tenu compte de l'existence des droits ancestraux. Cette priorité donne préséance aux droits ancestraux, mais ne saurait équivaloir à une exclusivité.

La protection des droits ancestraux se résume donc surtout, en fin de compte, à l'exigence d'une atteinte minimale, condition acceptée sans difficulté par les juges. Ainsi, le fait de prescrire des quotas n'y satisfait pas<sup>71</sup>, alors qu'au contraire l'imposition d'un permis est vue comme une atteinte minimale<sup>72</sup>.

### **B. Quelques divergences et imprécisions conséquemment inévitables**

Chargés d'arbitrer des conflits impliquant la réception dans le droit canadien de droits découlant d'une situation politique et juridique antérieure non seulement à la Confédération, mais à l'affirmation de la souveraineté canadienne sur le territoire, les juges se trouvent dans une position inconfortable : comment décrire l'origine et la spécificité de ces droits, comment les qualifier sans porter atteinte justement à la souveraineté canadienne et aux intérêts dominants<sup>73</sup>? Ce malaise, perçu par les juges eux-mêmes<sup>74</sup>, va les amener à prendre sur ces questions des positions diversifiées sinon divergentes, qui évolueront, en ce qui concerne les fondements des droits ancestraux, au gré de la conjoncture et des auditoires auxquels ils s'adressent (1)

<sup>68</sup> *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 20.

<sup>69</sup> *Supra*, p. 493.

<sup>70</sup> *R. c. Gladstone*, précité, note 12.

<sup>71</sup> *Regina c. Joseph*, [1992] 2 C.N.L.R. 128 (Yukon Terr. Ct.).

<sup>72</sup> *R. c. Nikal*, précité, note 23; *R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921; *R. c. Côté*, précité, note 10; *R. c. Little*, [1993] C.N.L.R. 214 (B.C.S.C.); *R. c. Denny*, précité, note 8.

<sup>73</sup> On sait qu'il s'agit là du facteur qui pèse le plus lourdement sur les décisions judiciaires. Voir : Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs*, coll. « Les voies du droit », Paris, P.U.F., 1997.

<sup>74</sup> Entre autres : *R. c. Perley and Perley*, précité, note 5; *Simon c. La Reine*, [1982] 1 C.N.L.R. 118 (N.S.S.C.); *R. c. Riley*, précité, note 5; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Mullin*, précité, note 5.

et qui resteront longtemps confuses, sinon contradictoires, lorsqu'il s'agira de qualifier ces droits (2).

### 1. Les fondements des droits ancestraux

Pas moins de cinq fondements différents vont ainsi être avancés successivement afin de justifier l'existence des droits ancestraux dans le droit canadien : le bon plaisir du Souverain, la *Proclamation royale*, le principe d'égalité devant la loi, la common law et l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

#### a. Le bon plaisir du Souverain

Durant les vingt premières années de la Confédération, les droits ancestraux sont perçus comme de simples émanations de la volonté du Souverain, des faveurs unilatérales, et donc révocables en tout temps<sup>75</sup>. Les tribunaux canadiens qui, à cette époque, n'ont pas encore le dernier mot sur les litiges dont ils sont saisis<sup>76</sup>, reflètent pourtant déjà les valeurs dominantes de l'auditoire<sup>77</sup> qui est le leur, celui d'une société de colons britanniques en train d'affirmer la

souveraineté du pays qu'ils ont récemment conquis, et qui n'ont aucun intérêt à reconnaître les droits des occupants antérieurs du territoire. Reflétant bien ces intérêts dominants et les conceptions paternalistes envers les « pupilles de la nation »<sup>78</sup> qui en découlent, la Cour suprême va, dans l'affaire *St. Catharine's Milling*<sup>79</sup>, fonder les droits ancestraux sur le « bon plaisir du souverain », bref, les soumettre à la discrétion totale du gouvernement du jour.

#### b. La Proclamation royale

C'était sans compter sur le Comité judiciaire du Conseil privé qui, à cette époque, siégeait encore en appel final des décisions de la Cour suprême du Canada. Ce tribunal ne répondait visiblement pas au même auditoire que la Cour suprême. Indépendants à l'égard du pouvoir colonial canadien, ses membres étaient nommés par les autorités britanniques qui, contrairement aux autorités coloniales canadiennes, ne perdaient pas les pouvoirs que les Lords reconnaissaient aux provinces<sup>80</sup>, ni, non plus,

<sup>75</sup> *Church c. Fenton*, précité, note 16; *St. Catharines Milling and Lumber Company c. The Queen*, précité, note 16.

<sup>76</sup> Les appels finals relèvent du Comité judiciaire du Conseil privé de Londres jusqu'en 1933 pour les affaires criminelles : *Loi modifiant le Code criminel*, S.C. 1932-33, c. 53, art. 17; et 1949 pour les autres : *Loi modifiant la Loi sur la Cour suprême*, S.C. 1949, c. 37, art. 3.

<sup>77</sup> Voir : Chaïm PERELMAN, *Traité de l'argumentation*, 5<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Éditions de l'Institut de sociologie, U.L.B., 1988; Chaïm PERELMAN et Paul FORIERS, *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978.

<sup>78</sup> *R. c. Bonhomme*, (1918) D.L.R. 690 (C.S.C.)

<sup>79</sup> *St. Catharine's Milling and Lumber Co. c. The Queen*, [1887] S.C.R. 577

<sup>80</sup> D'où l'interprétation décentralisatrice que ce tribunal a donnée du partage des compétences dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 41. Voir : André TREMBLAY, « L'interprétation judiciaire et les dilemmes de la réforme constitutionnelle au Canada », (1991-1992) 1 *N.J.C.L.* 179.

aux Autochtones. Il a donc rejeté les motifs donnés par la Cour suprême dans *St. Catharine's Milling*<sup>81</sup>, pour y substituer la *Proclamation royale de 1763*<sup>82</sup> comme fondement des droits ancestraux, un texte où le souverain britannique affirmait unilatéralement sa protection à l'égard des Autochtones, en échange de l'acquiescement tacite de ces derniers à la présence britannique sur le territoire, dont le colonisateur faisait ainsi l'économie de la conquête. Cette approche, bien qu'elle perdurera près d'un siècle, n'obtiendra qu'une acceptation bien relative. Certains jugements montreront, même longtemps après, leur attachement à la théorie du bon vouloir de la Couronne<sup>83</sup>.

### c. L'égalité devant la loi

Autre contexte, autre époque : autre auditoire, autre conjoncture. Vers les années '60, dans les Territoires du Nord-Ouest, où le rapport de force joue en faveur d'une population autochtone plus nombreuse et moins dispersée dans un territoire où les intérêts des non-

autochtones sont marginaux, plusieurs juges vont ignorer la *Proclamation royale* pour apporter une troisième explication justifiant la protection juridique des droits ancestraux<sup>84</sup> : la protection de l'égalité devant la loi, quelle que soit la race, prévue par la *Déclaration canadienne des droits*<sup>85</sup>. Dans *Re Katie's Adoption Petition*<sup>86</sup>, le juge Sissons déclare en effet que « [t]he Canadian Bill of Rights prevents Eskimo rights, freedoms laws and customs from being abrogated [...] »<sup>87</sup>. Cette nouvelle approche ne sera présente que dans les jugements des Territoires et sera plus tard écartée par la Cour fédérale dans *Hamlet of Baker Lake*<sup>88</sup>.

### d. La common law

Par ailleurs, l'approche du Conseil privé posait plus de problèmes qu'elle n'en résolvait dans les provinces de l'Ouest, qui ne faisaient pas partie du Canada lors de la *Proclamation royale* en 1763. Les cas respectifs du Manitoba, de la Saskatchewan et de l'Alberta avaient été réglés à partir de 1929, alors

<sup>81</sup> *St. Catharine's Milling and Lumber Co. c. The Queen*, précité, note 79.

<sup>82</sup> *Proclamation royale du 7 octobre 1763*, S.R.C. 1970, App. II, n° 1.

<sup>83</sup> Même après *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, qui en consacre pourtant l'abandon, la décision *R. c. Jacques*, [1978] 4 C.N.L.B. 61 (N.B. Prov. Ct.), en est un bon exemple puisque le juge y déclare que les droits ancestraux sont une décision politique et morale du gouvernement fédéral qui a le droit d'octroyer des privilèges additionnels aux Indiens du fait de leur statut particulier dans la société.

<sup>84</sup> *Re Katie's Adoption Petition*, précitée, note 31 et *R. c. Koonungnak*, (1963) 42 C.R. 143 (N.W.T. Terr. Ct.), notamment.

<sup>85</sup> 8-9 Eliz. II, c. 44; L.R.C. (1985), App. III.

<sup>86</sup> Précité, note 31.

<sup>87</sup> *Id.*, 101 (j. Sissons).

<sup>88</sup> *The Hamlet of Baker Lake c. Ministre des Affaires Indiennes et du Nord canadien (n° 1)*, précité, note 17, selon lequel la Déclaration ne fait pas du titre aborigène une exception à la règle générale.

que leurs gouvernements respectifs avaient négocié avec le gouvernement fédéral les *Conventions sur le transfert des ressources naturelles*<sup>89</sup>, qui seront constitutionnalisées en 1930. Ces documents protègent dès lors partiellement les droits ancestraux, en leur attribuant, comme nous l'avons mentionné, un statut constitutionnel mitigé.

Mais ces accords, rendus possibles dans ces provinces notamment parce que plusieurs Nations autochtones y avaient parallèlement signé des « traités numérotés », ne s'appliquaient pas à la Colombie-Britannique, dont seule la partie nord était soumise à un tel traité<sup>90</sup>. Dans cette province, en l'absence d'application de la *Proclamation royale* comme des *Conventions sur le transfert des ressources naturelles*, les tribunaux, dans l'impossibilité de reconnaître une évidence incompatible avec la souveraineté canadienne, savoir la

survivance des ordres juridiques autochtones faute de conquête ou de soumission, se devaient de trouver un autre fondement pour l'existence des droits ancestraux en Colombie-Britannique, autrement compromise<sup>91</sup>.

C'est ainsi que, pour régler cette question, la Cour suprême a décidé en 1973, dans l'arrêt *Calder*<sup>92</sup>, que c'est la common law qui reconnaît les droits ancestraux partout au Canada, y compris là où la *Proclamation* ne s'applique pas. Également reprise par la Cour fédérale dans la décision *Hamlet of Baker Lake*<sup>93</sup>, cette approche va s'imposer comme un utile consensus jusqu'à ce qu'elle devienne périmée en 1982.

#### e. **L'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982**

La question du fondement des droits ancestraux disparaît, en effet, du discours judiciaire en 1982 avec leur constitutionnalisation en

<sup>89</sup> Précitées, note 7.

<sup>90</sup> *Traité n° 8*, précité, note 2.

<sup>91</sup> Ainsi, la *Proclamation* ne pouvait justifier une protection des droits ancestraux sur la terre de Rupert : *Sigereak E1-53 c. La Reine*, précité, note 37, ni surtout en Colombie-Britannique – exception faite de l'Île de Vancouver : *R. c. White & Bob* (B.C.C.A.), précité, note 39 –, où la Cour d'appel va conclure, dans *Calder c. A.G. British-Columbia*, (1970) 13 D.L.R. (3d) 64 (B.C.C.A.), qu'il n'y existe aucun droit ancestral. La décision de la Cour suprême dans la même affaire, précitée, note 83, va d'ailleurs jeter la confusion parmi les juges de cette province puisque trois juges, menés par le juge Judson, vont conclure que tous les droits ont été éteints par une série d'actes adoptés entre 1858 et 1870 alors que trois autres, sous la plume du juge Hall, vont être de l'avis contraire. Jusqu'aux arrêts *Sparrow c. La Reine*, précité, note 5, et *Delgamuukw c. British-Columbia* de la Cour d'appel (précité, note 24) qui vont confirmer que les droits ancestraux n'ont pas été éteints dans cette province faute d'intention claire à cet effet, les juges britanno-colombiens seront donc divisés entre ceux se sentant liés par la décision *Calder* de leur Cour d'appel et ceux qui, à l'opposé, pensaient qu'il leur appartenait encore de décider de cette question (optant le plus souvent pour la solution proposée par le juge Hall).

<sup>92</sup> *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, note 91.

<sup>93</sup> *The Hamlet of Baker Lake c. Ministre des Affaires Indiennes et du Nord canadien* (n° 1), précité, note 17.

échange de l'appui des Autochtones au rapatriement de la constitution, lors de l'adoption de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>94</sup>, dans un contexte où les autorités fédérales ne voulaient pas défendre sur deux fronts à la fois cette modification constitutionnelle déjà contestée par le Québec. Dès lors, à compter de son entrée en vigueur le 17 avril 1982, ce texte servira de base à la reconnaissance judiciaire des droits ancestraux et issus de traités.

Il faut pourtant constater que, malgré ces quelques ajustements de la jurisprudence en cours de route, il existe toutefois une constante dans l'approche judiciaire du fondement des droits ancestraux : ils ne sont que reconnus par le droit canadien, et non pas créés par lui. Dans *Calder*<sup>95</sup> et, plus tard, dans *Van der Peet*<sup>96</sup>, la Cour suprême a expliqué que ces droits découlent de l'occupation originale du territoire par les Autochtones, reprenant ce qu'elle avait déjà dit pour les droits issus de traités<sup>97</sup>. Ils sont les réminiscences du droit qu'avaient les Autochtones sur leurs terres avant l'arrivée des Européens.

## 2. Les qualifications des droits ancestraux

En matière de qualification des droits ancestraux, le tableau est moins clair, où le silence judiciaire domine. En effet, jusqu'à la fin des années '80, les juges ne se penchent pas vraiment sur la question de savoir ce qu'est un droit ancestral. Tout au plus mentionnent-ils qu'il s'agit de droits *sui generis*, comme d'une évidence découlant des fondements retenus.

Au départ en effet, coincés dans une confusion durable entre le titre aborigène et les droits ancestraux<sup>98</sup>, les juges se contentent souvent, pour les seconds, de la définition donnée par la Cour suprême pour le premier : droit d'usage et d'occupation de la nature d'un usufruit. Le lien avec la terre est donc considéré comme un élément essentiel d'un droit ancestral<sup>99</sup>, ce qui transparaît notamment dans le fait que, pendant longtemps, les seuls droits reconnus seront ceux qui impliquent l'usage de cette terre, tels les droits de chasse ou de pêche<sup>100</sup>. Mais ce ne sont pas des droits réels pour autant. Ce sont plutôt des droits personnels, appartenant aux

<sup>94</sup> Précitée, note 55, art. 35(1)

<sup>95</sup> *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, note 83.

<sup>96</sup> *R. c. Van der Peet*, précité, note 15.

<sup>97</sup> *Sikyee c. The Queen*, précité, note 37.

<sup>98</sup> Jusqu'aux précisions apportées par la Cour suprême dans *R. c. Van der Peet*, précité, note 15; *R. c. Adams*, précité, note 20 et surtout *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 20. Ainsi mentionnons simplement la décision *R. c. Rocher*, précitée, note 19, où le juge parle indistinctement de titre aborigène et de droit ancestral.

<sup>99</sup> *Sikyee c. The Queen*, précité, note 37; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, note 83.

<sup>100</sup> *Supra*, p. 492.

Autochtones de par leur statut, parce qu'ils descendent de leurs ancêtres qui occupaient la terre avant l'arrivée des Européens, et non des droits réels dérivés de l'occupation actuelle du territoire<sup>101</sup>. Il semble cependant que l'affirmation de ce caractère personnel n'ait d'autre but que de fermer la porte aux revendications éventuelles d'un droit de propriété<sup>102</sup>.

Il faut attendre l'affaire *Hamlet of Baker Lake*<sup>103</sup> en 1980 pour qu'enfin on s'aperçoive qu'il y a plus que ce lien à la terre dans la notion de droit ancestral, à savoir un aspect socioculturel. La Cour fédérale exige donc que les revendicateurs d'un droit ancestral, en l'occurrence un titre aborigène, prouvent que ce droit était exercé dans le cadre d'une société organisée. Avec l'arrêt *Sparrow*<sup>104</sup> de la Cour d'appel de Colombie-Britannique et la trilogie *Van der Peet/Gladstone/N.T.C. Smokehouse*<sup>105</sup> de la Cour suprême, l'évolution vers une conception plus socioculturelle des droits ancestraux, moins basée sur le rapport au territoire, va se concrétiser. La

Cour d'appel énonce, en effet, que le droit ancestral doit faire partie intégrante de la culture autochtone en cause (et complète ainsi, avec *Hamlet of Baker Lake*<sup>106</sup>, le test qui sera plus tard fixé par la Cour suprême). Cet aspect culturel, alors implicite dans les exigences de preuve, sera expressément affirmé par la Cour suprême dans *Van der Peet*<sup>107</sup> quand, dans un effort d'élimination de la confusion entre le titre aborigène et les droits ancestraux, elle avancera que les rapports avec le territoire ne sont pas tout dans l'analyse de ces droits et qu'il importe de prendre aussi en considération la place de l'activité dans la structure socioculturelle de la communauté autochtone. D'ailleurs, reprenant ce qu'elle avait déjà dit dans *Sparrow*<sup>108</sup>, elle affirmera que le droit ancestral doit être d'une importance fondamentale pour la société autochtone concernée au point de la rendre distinctive.

Étrangement, au cours de ce siècle de jurisprudence, la nature collective des droits ancestraux va être passée sous silence<sup>109</sup>, exception

<sup>101</sup> *St. Catharine's Milling and Lumber Co. c. The Queen*, précité, note 79, qui sera bien plus tard réaffirmée dans *Davey c. Isaac*, [1977] 2 R.C.S. 897; *R. c. Sundown*, précité, note 10; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 20.

<sup>102</sup> Ce qui est particulièrement visible dans *R. c. Sundown*, précité, note 10.

<sup>103</sup> *The Hamlet of Baker Lake c. Ministre des Affaires Indiennes et du Nord canadien (n° 1)*, précité, note 17.

<sup>104</sup> *Sparrow c. La Reine*, précité, note 5.

<sup>105</sup> *R. c. Van der Peet*, précité, note 15; *R. c. Gladstone*, précité, note 12; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, précité, note 15.

<sup>106</sup> *The Hamlet of Baker Lake c. Ministre des Affaires Indiennes et du Nord canadien (n° 1)*, précité, note 17.

<sup>107</sup> *R. c. Van der Peet*, précité, note 15.

<sup>108</sup> *Sparrow c. La Reine*, précité, note 52.

<sup>109</sup> Cette acceptation presque tacite surprend d'autant plus que les parlementaires montrent plus de réticences à ce sujet : voir la deuxième partie de ce texte, *infra*, p. 508 et suiv.

faite de quelques tardives mentions au cours des années '90 alors que certaines décisions affirmeront ce caractère collectif de droits qui n'appartiennent pas à une personne précise ni à une entité – bande, conseil ou chef – mais à un ensemble d'individus descendants de ceux qui possédaient ce droit à l'origine<sup>110</sup>. Par contre, ce sont aussi des droits individuels, dans le sens où il suffit d'affecter la jouissance qu'un seul individu a de ces droits pour qu'on considère qu'il est violé<sup>111</sup>.

Malgré les précisions tardives qu'elle a apportées à la notion de droits ancestraux, la Cour recon-

naît pourtant leur caractère évolutif dès l'arrêt *Van der Peet*<sup>112</sup>, même si c'est d'une manière très restrictive. Affirmant, en effet, que les droits ancestraux doivent correspondre à des activités exercées avant l'arrivée des Européens – ce qui exclut toute activité propre aux Autochtones mais apparue après leur arrivée, voire en réaction à cette arrivée<sup>113</sup> –, la Cour ajoute que la *Loi constitutionnelle de 1982* ne rétablit aucun droit et ne fait que reconnaître ceux qui existaient le 17 avril 1982. Dès lors, les rapports avec les Européens peuvent avoir éteint des droits ancestraux, mais non en avoir créés. Pour cette rai-

<sup>110</sup> *Oregon Jack Creek Indian Band c. C.N.R.*, [1990] 2 C.N.L.R. 85 (B.C.C.A.); *Delgamuukw c. British-Columbia*, précité, note 24.

<sup>111</sup> *Id.* Les jugements *R. c. Sampson and Elliot*, [1992] 3 C.N.L.R. 146 (B.C.S.C.) et *R. c. Little*, précité, note 72 diffèrent cependant sur ce point puisque les juges y avancent que pour être violé, un droit ancestral doit être restreint pour toute la collectivité autochtone en cause, et non pour un seul de ses membres. Mais ces jugements ne semblent pas refléter l'attitude des juges sur les droits collectifs de manière générale, notamment ceux de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Delgamuukw c. British-Columbia*, précité, note 24.

<sup>112</sup> *R. c. Van der Peet*, précité, note 15.

<sup>113</sup> D'où la question de l'existence de droits ancestraux appartenant aux Métis. Bien que la Cour suprême ne se soit prononcée que récemment en leur faveur, dans *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207, la jurisprudence se montrait déjà ouverte à reconnaître que les Métis puissent posséder des droits ancestraux qui leur soient propres. Voir ainsi : *Manitoba Métis Federation Inc. c. A.G. Canada*, [1988] 3 C.N.L.R. 39 (Man. C.A.); *R. c. Muswagon*, [1992] 4 C.N.L.R. 159 (Man. Q.B.) et surtout *R. c. McPherson*, [1992] 4 C.N.L.R. 144 (Man. Prov. Ct.), conf. (1994) 111 D.L.R. (4th) 278 (Man. C.A.), où le juge estime que ces droits peuvent exister même s'ils ne satisfont pas à toutes les conditions normalement exigées pour reconnaître un droit ancestral, notamment le territoire et l'antériorité par rapport à l'arrivée des Européens. D'ailleurs, en *obiter* dans *R. c. Van der Peet*, précité, note 15, le juge Lamer semblait être en faveur d'une approche équivalente, que la Cour suprême concrétisera finalement dans *R. c. Powley*, où elle explique que la preuve par les Métis d'une pratique correspondant au droit ancestral revendiqué doit être faite pour la période suivant la naissance de la communauté métisse concernée et son assujettissement aux lois et coutumes européennes.

Par contre, la jurisprudence se montrait plus divisée sur la possibilité d'étendre aux Métis la protection offerte aux droits de chasse des Indiens par les *Conventions sur le transfert des ressources naturelles*, précitées, note 7, comme le montre Shin IMAL, *Aboriginal Law Handbook*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, 1999, note 30, p. 93. Aussi, le jour même où elle a reconnu des droits ancestraux aux Métis, la Cour suprême a conclu dans un autre arrêt que la preuve historique empêche de leur accorder la protection de ces accords : *R. c. Blais*, [2003] 2 R.C.S. 236.

son, des pratiques comme le *Spirit Dancing* sont exclues de la définition des droits ancestraux<sup>114</sup>. Plus encore, même si les Autochtones avaient sans doute la possibilité de se déplacer sans contraintes de frontières auparavant, un juge refusera de considérer qu'il puisse y avoir un droit ancestral de traverser ses frontières... puisqu'elles n'existaient pas avant l'arrivée des Européens<sup>115</sup>.

Néanmoins, la Cour énonce que la protection des droits ancestraux ne vise toutefois pas la manière de les exercer, car sinon ils seraient figés dans le temps. Ils peuvent donc être exercés de manière contemporaine et moderne. Mais lorsque l'on regarde les formes reconnues et acceptées des droits ancestraux et issus de traités, on se rend compte que la jurisprudence va au contraire trop souvent les cantonner à des pratiques quasi-folkloriques, faisant de ce souhait une affirmation de principe non appliquée.

En partie complémentaire au discours judiciaire, le discours politique fédéral et provincial, comme on le verra à l'instant, aborde peu les droits visant des activités tradi-

tionnelles autochtones. Par contre, il fait preuve d'un accueil plus favorable que celui des tribunaux aux dimensions socioculturelle et politique de droits dont il limite par ailleurs les effets économiques ou territoriaux.

## II. Dans le discours politique

C'est à partir des débats parlementaires fédéraux et de ceux des législatures provinciales autour de l'adoption des lois relatives aux « Indiens » que nous avons procédé à l'analyse du discours politique canadien pour y repérer les conceptions des droits ancestraux. En ce qui concerne le Parlement, nous avons centré d'abord nos recherches sur les années-clés de cette législation telles qu'identifiées par la Commission Dussault-Erasmus (1876, 1927-1933, 1951, 1969 et 1985)<sup>116</sup>, auxquelles nous avons ajouté deux périodes plus récentes, choisies pour tenir compte de la crise d'Oka et à partir des mêmes critères (1989-1993 et depuis 1997). Pour les législatures provinciales qui ne jouissent pas de la compétence de base sur les Autochtones, la période étudiée est plus res-

<sup>114</sup> *Thomas c. Norris*, précité, note 9.

<sup>115</sup> *R. c. Lincoln Gordon McBride*, précité, note 11. Toutefois, dans *Mitchell c. M.R.N.*, précité, note 11, la Cour suprême, face à une revendication semblable, préférera qualifier le droit comme étant celui de traverser la région en cause à des fins de commerce, le fait qu'il s'agisse d'une frontière ne devant être pris en compte que lors de l'étude de l'atteinte au droit ancestral, en tant que limite imposée à son exercice. Ceci dit, elle rejettera la revendication de ce droit, faute de preuve d'une pratique, antérieure à l'arrivée des Européens, d'un commerce s'exerçant dans l'axe aujourd'hui transfrontalier.

<sup>116</sup> Voir : *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 1, « Un passé, un avenir », Ottawa, La Commission, 1996, p. 273-345.

treinte<sup>117</sup> et, pour des raisons techniques, certaines provinces ont dû être écartées<sup>118</sup>. C'est avec ces réserves méthodologiques que nous livrons le résultat de nos recherches sur le discours politique fédéral (A) et surtout de certaines provinces (B).

### **A. De la théorie ... : le discours fédéral**

Comme on pouvait s'y attendre, les mentions des droits ancestraux dans le discours des députés fédéraux relèvent surtout des grandes déclarations de principes, au degré de généralisation si élevé qu'il est souvent difficile d'y trouver de quelconques applications pratiques. Mais leur discours, qui évolue dans le temps au gré de la conjoncture, diffère selon les partis qui n'attribuent pas tous la même intensité au caractère collectif des droits ancestraux, ni non plus le même sens ou contenu à leurs différents éléments : socioculturels, économiques ni, surtout, politiques.

### **1. Les variations dans le temps**

Si l'on compare les variations dans les conceptions entre les différentes périodes soumises à notre étude, on constate une lente évolution suivant les mentalités de chaque période plutôt que des changements brusques.

Ainsi, en 1876, les « Sauvages » sont perçus comme des enfants qu'il faut éduquer, qu'il faut civiliser afin de les faire parvenir à la dignité de citoyens canadiens<sup>119</sup>. Autant dire qu'à cette époque, les Autochtones ne sont titulaires d'aucun droit particulier si ce n'est celui de recevoir des annuités<sup>120</sup>. En 1927 et 1933, le paternalisme fait place à un désir plus actif d'assimilation des Autochtones alors qu'une série de mesures législatives sont initiées dans cet esprit (interdiction des *pow wow*, affranchissement obligatoire, etc.). Au cours de ces années, les députés parlent moins de droits que de privilèges découlant du statut indien,

<sup>117</sup> Faute de fonds pour procéder sur place dans chaque province à une analyse des rapports parlementaires, il a fallu recourir aux sites Internet des diverses législatures, disponibles à partir des années '90. Ces sites sont tous accessibles via le site de *Lexum* à l'adresse [www.lexum.umontreal.ca]. Par souci d'uniformiser nos références, nous ne renverrons qu'à la date précise du journal des débats concernés sans préciser la page, non disponible via Internet.

<sup>118</sup> Le Québec, d'abord, pour les raisons évoquées plus haut (Voir *supra*, note 4). Par ailleurs, la Saskatchewan, la Nouvelle-Écosse, Terre-Neuve et les Territoires du Nord-Ouest ne nous étaient pas accessibles. En outre, compte tenu de sa création récente et de son statut de gouvernement autochtone, nous n'avons pas non plus abordé le Nunavut.

<sup>119</sup> David Laird, libéral, Surintendant général aux affaires indiennes, 2 mars 1876; William Paterson, libéral, 21 mars 1876; Sir John A. Macdonald, libéral-conservateur, 2 mars 1876; Hector Langevin, conservateur, 21 mars 1876.

<sup>120</sup> David Laird, libéral, Surintendant général aux affaires indiennes, 2 mars 1876; Sir John A. Macdonald, libéral-conservateur, 28 mars 1876.

à moins qu'il ne s'agisse de droits détenus par tous les Canadiens. Par exemple, on parlera du *droit* des Indiens de conduire une voiture en dehors de la réserve, mais du *privilege* de chasser et de pêcher en tout temps<sup>121</sup>. Le même constat peut être fait en 1951 alors que l'assimilation des Autochtones reste l'objectif désiré. Même le droit à l'autodétermination, qui commence à faire son apparition, est perçu comme un moyen d'éduquer les Indiens dans l'art de la démocratie (que seuls les Occidentaux maîtrisent, semblent penser les députés)<sup>122</sup>. Cependant, si l'assimilation est poursuivie, elle paraît devenir un but moins louable en soi, le mot lui-même ne devant plus être prononcé. Ainsi, s'il faut préparer les Indiens à devenir de véritables citoyens qui jouissent des mêmes droits et responsabilités que les autres, ce n'est pas de l'assimilation pour autant. Il s'agirait plutôt de la création d'un statut spécial comportant des droits et privilèges de même ordre que ceux des autres membres de la société canadienne<sup>123</sup>.

Cette tendance se poursuit en 1969 puisque cette année-là, encore, on cherche à traiter les Autochtones comme des citoyens ordinaires tout en niant toute velléité d'assi-

milation<sup>124</sup>. L'attention des députés des différents partis se porte alors sur les conditions de vie des Autochtones que l'on veut hausser au niveau de celles des autres Canadiens. Mais paradoxalement, les députés s'intéressent moins aux droits reliés au statut juridique des Autochtones qu'à ceux reliés à leur identité autochtone, tant au plan culturel que politique. Cette année voit donc les députés prendre conscience de l'existence de droits appartenant aux Autochtones, droits spéciaux garantis par traité ou appartenant aux Indiens de par leur rôle de premiers fondateurs du pays<sup>125</sup>. Le N.P.D. ira même jusqu'à réclamer la constitutionnalisation de ces droits<sup>126</sup>, ce à quoi le gouvernement libéral de l'époque répondra qu'il s'agirait d'une erreur, la Constitution devant protéger les droits de tous les Canadiens et non pas conférer un statut spécial à quiconque en faisant des Autochtones autre chose que des citoyens à part entière<sup>127</sup>. Donc, si changement il y a en 1969, il se situe certainement dans le fait que les députés canadiens commencent à prendre beaucoup plus au sérieux la question autochtone. Ainsi, non seulement le nombre de mentions des droits ancestraux et issus de traités y est-il beaucoup

<sup>121</sup> Respectivement mentionnés par Thomas Murphy, conservateur, Surintendant général aux affaires indiennes, 14 févr. 1933 et George Nicholson, conservateur, 21 févr. 1933.

<sup>122</sup> Walter Harris, P.L.C., ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, 15 mai 1951.

<sup>123</sup> Walter Harris, P.L.C., ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, 16 mars 1951.

<sup>124</sup> Jean Chrétien, P.L.C., ministre des Affaires indiennes et du Nord Canada, 11 juill. 1969.

<sup>125</sup> Jean Chrétien, P.L.C., ministre des Affaires indiennes et du Nord Canada, 26 juin et 11 juill. 1969; Don Mazankowski, P.C., 19 juin 1969.

<sup>126</sup> Frank Howard, 11 juill. 1969.

<sup>127</sup> Jean Chrétien, P.L.C., ministre des Affaires indiennes et du Nord Canada, 11 juill. 1969.

plus élevé que par le passé (ce que l'on peut aussi attribuer d'ailleurs au caractère ambitieux du projet de réforme proposé dans le Livre blanc<sup>128</sup>), mais au surplus les députés avancent beaucoup plus souvent qu'il s'agit là d'une question fondamentale<sup>129</sup>.

L'année 1985 consacre l'évolution vers l'attitude actuelle des députés qui déclarent désormais rechercher plus une intégration respectant l'identité autochtone qu'une assimilation uniformisante. On parlera ainsi de leur intégrité culturelle, de leur droit à gérer leurs affaires locales et identitaires, tout comme on vantera les qualités des sociétés qu'ils formaient avant l'arrivée des Européens sur ce continent<sup>130</sup>. Mais c'est principalement le droit à l'autonomie politique qui retiendra l'attention cette année-là<sup>131</sup>.

Enfin, il est intéressant de constater qu'entre 1997 et 2001, la façon dont les partis fédéraux abordent la question des droits ancestraux va évoluer. À l'exception du Parti réformiste/Alliance canadienne, ils vont en effet calquer leur discours sur celui de la Cour suprême, citant ses décisions à maintes occasions. D'ailleurs, le

P.L.C., revenu au pouvoir, expliquera cette attitude – chacun de ses députés reprenant ce credo tour à tour, souvent en des termes rigoureusement identiques<sup>132</sup> – de la manière suivante : si la Constitution reconnaît et protège les droits ancestraux, on n'en connaît pas précisément la nature, la portée ni l'ampleur; l'expression « droits ancestraux » n'est définie nulle part et se prête donc à toutes les interprétations; or, les revendications non résolues ont souvent freiné le développement économique; aussi, afin de mieux définir ces droits, un certain nombre d'affaires sont portées devant les tribunaux, mais chaque droit ancestral est spécifique au groupe et à la région en cause, et même si l'on apprend beaucoup de ces décisions, il faut continuer de recourir aux tribunaux. Le P.L.C. n'hésite donc pas à se décharger de la question sur les tribunaux<sup>133</sup>.

Par contre, à partir de l'année 2001, les discours des partis politiques fédéraux s'écartent sensiblement du discours judiciaire. Non seulement font-ils rarement mention des « droits ancestraux », mais chacun fait de l'autonomie gouvernementale l'objectif ultime à

<sup>128</sup> MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, *La politique indienne du gouvernement du Canada, 1969*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969.

<sup>129</sup> Par exemple : Martin O'Connell, P.L.C., 6 mars 1969; Walter Dinsdale, P.C., 6 oct. 1969; Thomas Barnett, N.P.D., 19 juin 1969.

<sup>130</sup> David Crombie, P.C., ministre des Affaires indiennes et du Nord Canada, 1<sup>er</sup> mars 1985; John Gormley, P.C., 11 oct. 1985; Keith Penner, P.L.C., 10 juin 1985; Warren Allmann, P.L.C., 10 mai 1985; Jim Manly, N.P.D., 1<sup>er</sup> mars 1985.

<sup>131</sup> Voir, notamment, les débats sur cette question les 22 janv. et 15 févr. 1985.

<sup>132</sup> Voir, par exemple : Guy St-Julien, 1<sup>er</sup> nov. 1999 et Lynn Myers, 6 déc. 1999.

<sup>133</sup> Alors même que ceux-ci renvoient les parties aux négociations, comme la Cour suprême le fit dans *Delgamuikw c. Colombie-Britannique*, précité, note 20.

atteindre<sup>134</sup>. Pour ce faire, tous s'entendent pour dire qu'il faut au préalable pallier les problèmes posés par la situation économique et sociale des Autochtones, en leur donnant les outils pour se développer<sup>135</sup>. Principalement, ces outils comprennent le règlement des reven-

dications particulières<sup>136</sup> et l'imposition d'une obligation de rendre compte<sup>137</sup>. Là s'arrête cependant l'unanimité car, sur les moyens concrets de poursuivre ces objectifs, les partis ne s'entendent pas. Alors que le P.L.C. dépose une série de projets de loi dans cet esprit<sup>138</sup>,

<sup>134</sup> **P.L.C.** : Don Boudria, 19 mars 2001; Robert Nault, ministre des Affaires indiennes et du Nord Canada, 2 mars 2001, 3 déc. 2001 et 18 juin 2002; Larry Bagnell, 3 déc. 2001; Stephen Owen, 30 janv. 2003. **Alliance canadienne** : Reed Elley et Werner Schmidt, 19 mars 2001; Betty Hinton, 2 mai 2001. **Bloc québécois** : Richard Marceau, 19 mars 2001, 2 mai 2001, 3 déc. 2001, 18 juin 2002 et 20 juin 2002. **N.P.D.** : Pat Martin, 19 mars 2001, 2 mai 2001 et 30 janv. 2003; Wendy Lill, 28 févr. 2003. **P.C.** : Rick Borotsik, 19 mars 2001, 2 mai 2001; Inky Mark, 18 juin 2002; Gerald Keddy, 30 janv. 2003.

<sup>135</sup> **P.L.C.** : Don Boudria, Yvon Charbonneau, Sue Barnes et Nancy Karetak-Lyndell, 19 mars 2001; Stephen Owen et Mark Harb, 30 janv. 2003. **Alliance canadienne** : Reed Elley, Diane Ablonczy, Philip Mayfield et Andy Burton, 19 mars 2001; Betty Hinton, 2 mai 2001 et 28 févr. 2003; Jay Hill, 17 juin 2002; Myron Thompson, 18 et 20 juin 2002; Gurmont Grewal, 30 janv. 2003; Brian Pallister, 18 juin 2002 et 30 janv. 2003. **Bloc québécois** : Richard Marceau, 19 mars 2001. **N.P.D.** : Pat Martin, 30 janv. 2003. **P.C.** : Rick Borotsik, 19 mars 2001, 2 mai 2001; Inky Mark, 18 juin 2002; Gerald Keddy, 30 janv. 2003.

<sup>136</sup> **P.L.C.** : Paul DeVilliers, 3 déc. 2001; Stephen Owen, 30 janv. 2003. **Alliance canadienne** : Brian Pallister, 18 juin 2002; Ken Epp, 30 janv. 2003. **Bloc québécois** : Richard Marceau, 3 déc. 2001. **N.P.D.** : Pat Martin, 7 févr. 2003. **P.C.** : Rex Barnes, 7 févr. 2003; Rick Borotsik, 28 févr. 2003.

<sup>137</sup> **P.L.C.** : Don Boudria et John Bryden, 19 mars 2001; Stephen Owen, 30 janv. 2003. **Alliance canadienne** : Reed Elley, Deepak Obhrai et Werner Schmidt, 19 mars 2001; Chuck Strahl, 17 juin 2002; Stockwell Day, 20 juin 2002. **Bloc québécois** : Richard Marceau, 19 mars 2001. **N.P.D.** : Pat Martin, 19 mars 2001. **P.C.** : Rick Norotsik, 19 mars 2001.

<sup>138</sup> *Loi constituant le Centre canadien du règlement indépendant des revendications particulières des premières nations en vue de permettre le dépôt, la négociation et le règlement des revendications particulières, et modifiant certaines lois en conséquence*, Projet de loi C-60 (1<sup>re</sup> lecture le 13 juin 2002), 1<sup>re</sup> session, 37<sup>e</sup> législature (Can.), devenu Projet de loi C-6 (adopté le 18 mars 2003), 2<sup>e</sup> session, 37<sup>e</sup> législature (Can.); *Loi concernant le choix des dirigeants, le gouvernement et l'obligation de rendre compte des bandes indiennes et modifiant certaines lois*, Projet de loi C-61 (1<sup>re</sup> lecture le 14 juin 2002), 1<sup>re</sup> session, 37<sup>e</sup> législature (Can.) devenu Projet de loi C-7, (1<sup>re</sup> lecture le 9 octobre 2002), 2<sup>e</sup> session, 37<sup>e</sup> législature (Can.); *Loi prévoyant les pouvoirs en matière d'imposition foncière des premières nations, constituant la Commission de la fiscalité des premières nations, le Conseil de gestion financière des premières nations, l'Administration financière des premières nations ainsi que l'Institut de la statistique des premières nations et apportant des modifications corrélatives à certaines lois*, Projet de loi C-19, (1<sup>re</sup> lecture le 2 déc. 2002), 2<sup>e</sup> session, 37<sup>e</sup> législature (Can.). Selon Stephen Owen, secrétaire d'État à la Diversification économique de l'Ouest canadien pour les Affaires indiennes et le Nord Canada, 30 janv. 2003, ces projets visent 4 étapes nécessaires à l'établissement de l'autonomie gouvernementale des Premières Nations : création d'un processus permettant de résoudre rapidement les revendications et les griefs historiques et d'abolir ainsi un important obstacle au développement économique des Autochtones; accession aux outils fondamentaux de gouvernance, nécessaires au développement économique et à l'édification de collectivités saines; renforcement de l'obligation de rendre des comptes et amélioration consécutive des conditions nécessaires au

l'Alliance canadienne lui reproche d'agir trop vite, les Autochtones eux-mêmes ne s'estimant pas encore prêts pour exercer une autonomie gouvernementale qui ne pourrait que leur nuire dans l'état actuel des choses<sup>139</sup>. À l'opposé, le Bloc québécois et le N.P.D. estiment ces efforts insuffisants, le premier parlant d'attitude paternaliste qui ignore le désir des Premières Nations de prendre en main le contrôle de leur destinée<sup>140</sup>, le second avançant que ce n'est pas à la Chambre des communes de dire aux Autochtones de quelle manière ils devraient gérer leurs affaires, mais à eux de le faire sans subir une vision coloniale et eurocentrique<sup>141</sup>.

## 2. Les variations selon les partis

Abordant maintenant le même discours à travers la grille des partis politiques, on pourrait vouloir les placer sur une échelle qui irait des moins favorables aux Autochtones (Parti réformiste/Alliance canadienne et, dans une moindre mesure, Parti conservateur) aux plus favorables (N.P.D., Bloc québécois et Crédit social), en passant par les modérés (le P.L.C., qui est aussi le plus équivoque sur ces questions). Toutefois, il devient alors nécessaire d'apporter quelques nuances.

D'une part, libéraux et conservateurs ont eu des positions variables sur la question autochtone au cours du siècle, selon qu'ils étaient au pouvoir ou non : personne ne se surprendra, en effet, d'apprendre que les députés revendiquent plus en faveur des Autochtones lorsqu'ils sont dans l'opposition que lorsqu'ils appartiennent à la majorité parlementaire. D'autre part, outre ces variations dues au statut majorité/opposition d'un parti, on constate qu'avant la constitutionnalisation en 1982 et surtout depuis le début des années '90, libéraux et conservateurs n'avaient pas de véritables divergences dans leur façon d'aborder la question autochtone, contrairement au N.P.D. ou au Crédit social (et, plus récemment, au Parti réformiste/Alliance canadienne) dont les positions étaient plus fermes et plus « typées ».

### a. Caractère spécifique et collectif

L'idée que les Autochtones puissent détenir des droits spéciaux a été acceptée très tôt par l'ensemble des partis au cours des différentes périodes examinées, à l'exception du Parti réformiste/Alliance canadienne et, dans une moindre mesure, du Parti conservateur. Le P.L.C. en parle en 1969 de manière timide à propos des droits issus de traités, envisageant leur dispari-

---

développement économique et social; rétablissement des pouvoirs financiers et statistiques qui aident au lancement de projets de développement économique et social au niveau des collectivités autochtones.

<sup>139</sup> Léon Benoit, 17 juin 2002; Brian Pallister, 18 juin 2002 et 30 janv. 2003.

<sup>140</sup> Richard Marceau, 20 juin 2002.

<sup>141</sup> Pat Martin, 30 janv. 2003.

tion avec la suppression de la *Loi sur les indiens*<sup>142</sup>. Car s'ils acceptent que les Autochtones possèdent des droits particuliers que les autres citoyens n'ont pas, ce n'est pas avec enthousiasme, compte tenu de leur désir de les assimiler<sup>143</sup>. Quant au N.P.D. et au Crédit social, ils n'ont aucune objection aux droits collectifs, le second estimant d'ailleurs qu'ils sont basés sur le fait que l'Amérique était la « terre promise » des Autochtones<sup>144</sup>.

Cette position rappelle celle du Parti conservateur en 1969, quand il était dans l'opposition, alors qu'il parlait des droits collectifs<sup>145</sup> comme d'un moyen de réparer les injustices subies par les Autochtones lors de la perte de leurs territoires<sup>146</sup>. Mais par la suite, une fois au pouvoir, le P.C. a montré beaucoup de réticences à l'égard des droits ancestraux, refusant de leur accorder un quelconque statut spécial au sein du Canada. D'ailleurs, n'évoquait-il jamais le sujet de sa propre initiative, mais uniquement

lorsque confronté par l'opposition. Aussi, les droits ancestraux mentionnés par ce parti étaient souvent, à cette époque, des droits appartenant à tous les Canadiens tels que le droit à l'égalité<sup>147</sup>, la liberté de religion<sup>148</sup>, le droit de vote<sup>149</sup>, le droit d'être représenté par un avocat<sup>150</sup>, le droit de s'occuper de leurs enfants<sup>151</sup> et le droit à la même qualité de services que les autres Canadiens<sup>152</sup>.

Cependant, le P.C. admettra volontiers la nécessité de faire preuve de souplesse dans la reconnaissance des besoins, des traditions et de la culture des Premières Nations. Pour ce faire, il reconnaît même que les Autochtones possèdent certains droits spéciaux, des privilèges hérités de leurs ancêtres<sup>153</sup>. Mais ce n'est qu'au cours des débats entourant l'Accord du Lac Meech que le Parti conservateur acceptera de parler de droits collectifs pour désigner les droits ancestraux, ces droits devant être discutés dans le cadre d'un processus constitutionnel consacré à la question autoch-

<sup>142</sup> Toujours en vigueur : L.R.C. (1985), c. I-5.

<sup>143</sup> Voir, notamment : Len Marchand, 6 mars 1969.

<sup>144</sup> John Blackmore, 15 mai 1951.

<sup>145</sup> Walter Dinsdale, 6 oct. 1970.

<sup>146</sup> Intelligemment expliquée par le fait que pour les Autochtones, la propriété est collective, et non exclusive comme dans la conception occidentale, et que, dès lors, ils ne pensaient pas perdre leurs droits en signant les traités mais plutôt donner les mêmes droits aux Blancs : Gérard Baldwin, 19 juin 1969.

<sup>147</sup> Rob Nicholson, 1<sup>er</sup> mai 1990; Kim Campbell, 31 janv. 1991.

<sup>148</sup> Willie Littlechild, 1<sup>er</sup> mai 1990.

<sup>149</sup> Rob Nicholson, 1<sup>er</sup> mai 1990.

<sup>150</sup> *Id.*

<sup>151</sup> Dorothy Dobbie, 27 nov. 1989.

<sup>152</sup> Maurice Tremblay, 1<sup>er</sup> mai 1990.

<sup>153</sup> Peter McCreath, 1<sup>er</sup> mai 1990.

tone<sup>154</sup>. En 2002, cette acceptation ne semble plus poser de problème, le P.C. estimant que les droits collectifs ne sont pas contraires à l'égalité<sup>155</sup>.

Le Parti réformiste/Alliance canadienne, quant à lui, considère que la reconnaissance des droits ancestraux, notamment par la Cour suprême, est une des causes du chaos de l'industrie primaire canadienne<sup>156</sup>, puisqu'ils confèrent aux Autochtones des avantages commerciaux constitutionnellement protégés au détriment de leurs compétiteurs non autochtones. Selon ce parti, l'égalité de tous les Canadiens s'oppose donc à l'octroi de droits spéciaux aux Premières Nations<sup>157</sup>. Ironiquement, le Parti réformiste ira même jusqu'à parler au nom des intérêts des Autochtones, affirmant que leurs droits individuels seraient menacés par l'affirmation de droits collectifs<sup>158</sup>. Devenu l'Alliance canadienne, le parti garde la même opposition aux droits collectifs car, si un de ses députés déclare que les Autochtones détiennent « probablement »

des droits ancestraux<sup>159</sup>, les autres tendront à parler surtout d'égalité des droits et à s'opposer à toute institution distincte<sup>160</sup>. Le parti se défend bien toutefois de rechercher l'assimilation des Premières Nations, préférant dire qu'il faut plutôt transcender les différences afin d'édifier un pays commun, ces différences s'estompant quoiqu'il arrive et ce, notamment, à cause des mariages mixtes<sup>161</sup>.

Si les autres partis fédéraux sont plus ouverts aux droits collectifs des Autochtones, les formes spécifiques de droits ancestraux qu'ils mentionnent se limiteront le plus souvent à des droits individuels appartenant à tous les Canadiens, à la rigueur « particularisés » afin de les adapter à la réalité autochtone. Ainsi, le Parti libéral du Canada mentionnera des droits linguistiques et culturels (sans préciser)<sup>162</sup>, un droit à des installations médicales spéciales<sup>163</sup>, un droit à des services de police sensibles à leur culture<sup>164</sup>, un droit au logement<sup>165</sup> et le droit de vote<sup>166</sup>. De la même manière, le Parti néo-

<sup>154</sup> Brian Mulroney, 26 juin 1990.

<sup>155</sup> Inky Mark, 18 juin 2002, exposant la position du parti.

<sup>156</sup> John Cummins, 17 sept. 1999 et 13 oct. 1999.

<sup>157</sup> Derek Conrad, 5 nov. 1998.

<sup>158</sup> *Id.*, et surtout David Chatters, 2 déc. 1999. On peut y rajouter, quoique ce soit implicite, Maurice Vellacott, 7 févr. 2003.

<sup>159</sup> Ken Epp, 30 janv. 2003

<sup>160</sup> Brian Pallister et Gurmont Grewal, 30 janv. 2003; Maurice Vellacott, 30 janv. 2003 et 7 févr. 2003.

<sup>161</sup> Brian Pallister, 30 janv. 2003.

<sup>162</sup> Mary Clancy, 1<sup>er</sup> mai 1990.

<sup>163</sup> Gilbert Parent, 24 avr. 1990.

<sup>164</sup> David Walker, 1<sup>er</sup> mai 1990.

<sup>165</sup> Robert Nault, 10 mars 1993, qui voit là un droit issu de traité.

<sup>166</sup> Robert Nault, 2 mai 2001.

démocrate parlera du droit à la dignité<sup>167</sup>, de droits linguistiques et culturels<sup>168</sup>, du droit à la santé<sup>169</sup> et du droit à l'enseignement post-secondaire<sup>170</sup>. Si les députés ne passent pas non plus totalement sous silence les droits véritablement spécifiques aux Autochtones<sup>171</sup>, ceux-ci semblent donc noyés au sein des droits plus « universels ».

### **b. Dimension socioculturelle**

On pourrait donc croire que l'acceptation du caractère collectif des droits ancestraux est démentie dans le discours implicite des députés par les formes de ces droits qu'ils reconnaissent. Cependant, il conviendrait alors de nuancer : les députés fédéraux ne vont, de manière générale, débattre de la réalité autochtone que dans ses aspects socioculturel et politique. Aussi n'auront-ils que rarement l'occasion de mentionner des droits « traditionnels » ou économiques. Ainsi, le Bloc québécois, qui appuie la cause autochtone en partie pour

ses liens avec celle des Québécois, se contentera de faire sien le contenu de la *Déclaration du 20 mars 1985* de l'Assemblée nationale du Québec qui fait état des droits suivants : droit à l'autonomie au sein du Québec; droit à leur culture, leur langue et leurs traditions; droit de posséder et de contrôler leurs terres; droit de chasser, de pêcher, de piéger et de récolter et de participer à la gestion des ressources fauniques; droit de participer au développement économique du Québec et d'en bénéficier de façon à se développer en tant que nations distinctes ayant leur propre identité et exerçant leurs droits au sein du Québec<sup>172</sup>.

### **c. Dimension politique**

Dès lors, outre les droits socioculturels déjà mentionnés, l'attention des députés sera largement, sinon exclusivement, concentrée sur des droits de nature politique, dont le droit à l'autonomie gouvernementale à partir de 1985<sup>173</sup> et,

<sup>167</sup> Edward Broadbent, 21 avr. 1989.

<sup>168</sup> Robert Skelly, 3 avr. 1990.

<sup>169</sup> Id.

<sup>170</sup> Robert Skelly, 4 avr. 1989 et 24 avr. 1989; Ray Funk et Howard McCurdy, 21 avr. 1989. Le N.P.D. sera d'ailleurs, lors des débats entourant ce droit en 1990, le seul parti à l'accepter, considérant qu'il s'agit d'un droit garanti par traité, alors que le P.C. comme le P.L.C. le rejetteront pour des raisons budgétaires.

<sup>171</sup> En règle générale, les droits de chasse et de pêche, mais parfois aussi des droits à consonance politique ou culturelle, ou des droits territoriaux. C'est particulièrement le cas dans le discours du N.P.D. en 1969 et dans celui du Crédit social en 1951.

<sup>172</sup> Gilles Duceppe, 25 sept. 1990 et 9 sept. 1992.

<sup>173</sup> Avant cette date, on parle plutôt d'un droit à l'autodétermination sous la forme d'une plus grande administration par les Autochtones de leurs propres affaires (Edmund Fulton, P.C., 27 févr. 1951, John Blackmore, C.S., 27 févr. 1951; Walter Harris, P.L.C., 15 mai 1951; Jean Chrétien, P.L.C., 23 janv. 1969; John Burton, N.P.D., 6 mars 1969) alors qu'après 1985, un droit à un gouvernement autonome, constitutionnellement reconnu, retient l'attention des députés (voir 22 janv. et 15 févr. 1985). Notons en outre que dès 1951, le Crédit

surtout, de 2001<sup>174</sup>. Et, dans ce cadre, ils parleront vraiment de droits collectifs spécifiques aux Autochtones, à l'exception, là encore, du Parti conservateur avant Meech, qui mentionne un droit général de tous les Canadiens à leur autonomie politique<sup>175</sup>, et du Parti réformiste/Alliance canadienne qui refuse le concept même d'autonomie gouvernementale, puisqu'il s'agirait d'un abandon de ses compétences par le gouvernement fédéral incompatible avec le fait que la Constitution ne prévoit que deux ordres de gouvernements<sup>176</sup>. Par contre, à partir de 2001, ce parti acceptera l'idée de l'autonomie gouvernementale autochtone<sup>177</sup>, mais avec d'importantes réserves : outre le fait que la plupart des Nations autochtones ne sont pas prêtes à exercer ce droit<sup>178</sup>, s'il faut aider les Premières Nations à prendre en main leur destinée, cela doit se

faire dans l'objectif de les intégrer à la « mosaïque multiculturelle » canadienne<sup>179</sup>. L'Alliance canadienne se déclare donc fermement opposée à un Canada constitué de plusieurs Nations souveraines concurrentes et, donc, à l'idée d'un troisième ordre de gouvernement<sup>180</sup>.

Par contre, les autres partis acceptent l'existence de ce droit. Daniel Turp, du Bloc Québécois, mentionne ainsi que la constitution d'un Québec souverain reconnaîtrait aux Autochtones le droit de se gouverner sur des terres leur appartenant et de participer au développement du Québec<sup>181</sup>. De même, le P.L.C. admettra très tôt que droits ancestraux et autonomie gouvernementale vont de pair<sup>182</sup>, affirmant que les Autochtones doivent être maîtres de leur législation et de leur politique afin de permettre la survie et le développement de leurs communautés<sup>183</sup>. Par contre,

---

social reconnaissait certains droits découlant de l'autodétermination aux Autochtones, tel le droit de ne pas participer aux guerres des Blancs : John Blackmore, 15 mai 1951.

<sup>174</sup> *Supra*, note 134.

<sup>175</sup> Frank Oberle, 22 janv. 1985; David Crombie, 1<sup>er</sup> mars 1985; Joe Clark, 1<sup>er</sup> mars 1985; Dorothy Dobbie, 27 nov. 1989; Kim Campbell, 24 avr. 1989. Pourtant, 2 députés mentionnaient une autonomie gouvernementale en 1985 : Marcel Masse, 10 mai 1985 et John Gormley, 11 oct. 1985.

<sup>176</sup> Derek Conrad, 5 nov. 1998, qui précise que « le Parti réformiste souscrit vigoureusement aux expressions d'autonomie gouvernementale des autochtones [sic] qui permettent aux membres de leurs communautés de participer pleinement et équitablement à la société canadienne et qui se fondent sur la règle du droit canadien et la suprématie de la Constitution du Canada. En revanche, le Parti réformiste s'oppose à l'adoption de toute loi, autochtone ou non, qui créerait un palier de gouvernement que ne prévoit pas la Constitution du Canada ».

<sup>177</sup> *Supra*, note 134.

<sup>178</sup> *Supra*, note 139.

<sup>179</sup> Deepak Obhrai, 19 mars 2001.

<sup>180</sup> Brian Pallister, 30 janv. 2003.

<sup>181</sup> Daniel Turp, 13 oct. 1999.

<sup>182</sup> Ethel Blondin, 8 nov. 1989.

<sup>183</sup> Robert Nault, 25 sept. 1990.

le P.L.C. reste muet sur la forme que l'autonomie gouvernementale pourrait prendre, sauf pour un député, cri, favorisant l'application d'une recommandation de la *Commission royale sur les peuples autochtones* visant la création d'une troisième chambre au Parlement, où siègeraient des représentants des Premières Nations<sup>184</sup>.

Le P.C. va d'ailleurs finir par s'aligner sur cette conception. Renonçant à promouvoir le droit de chaque citoyen à son autonomie politique, il parlera, durant les négociations de l'Accord du Lac Meech, d'autonomie administrative constitutionnalisée, sorte de surplus d'autorité accordé aux Bandes, qui n'impliquerait toutefois aucunement le pouvoir d'adopter des lois dans des champs de compétences propres<sup>185</sup>. Puis, après Oka, le P.C. parlera enfin d'une véritable autonomie gouvernementale, qu'il va considérer comme un droit exclusif aux Autochtones<sup>186</sup> et qui pourrait être inséré dans la Constitution. Dans le cadre de Charlottetown, le P.C. essaiera même d'insérer ce droit dans la « clause Canada », en

tant que caractéristique fondamentale de l'union canadienne, tant au niveau économique que politique<sup>187</sup>. Plus tard, acceptant un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale vers l'application duquel toutes les Premières Nations devraient tendre<sup>188</sup>, il s'opposera par contre, tout comme l'Alliance canadienne, à la création d'un troisième ordre de gouvernement, estimant que l'autonomie gouvernementale pourrait mieux s'épanouir à l'intérieur du système de gouvernement actuel<sup>189</sup>.

C'est par ailleurs le N.P.D. qui va le plus loin sur la question. Premier parti<sup>190</sup> à envisager l'autonomie gouvernementale comme un droit inhérent devant être reconnu dans la Constitution<sup>191</sup>, il sera aussi le seul à tenter d'en définir le contenu : le droit pour les Autochtones d'avoir un gouvernement propre, le droit de faire des lois, le droit de faire des échanges avec les autres peuples et le droit de faire la guerre ou la paix<sup>192</sup>. Mais après la crise d'Oka, les néo-démocrates vont adopter une position authentiquement pluraliste, en affirmant que

<sup>184</sup> Rick Laliberté, 19 mars 2001.

<sup>185</sup> Thomas Siddon, 10 mai 1990.

<sup>186</sup> Brian Mulroney, 24 sept. 1991.

<sup>187</sup> Brian Mulroney, 8 sept. 1992. C'est d'ailleurs la première fois qu'on en parlera comme d'un droit inhérent.

<sup>188</sup> Rick Borotsik, 19 mars 2001 et 2 mai 2001.

<sup>189</sup> Rick Borotsik, 2 mai 2001.

<sup>190</sup> Un député libéral lui en donne d'ailleurs tout le crédit en 1969, quoiqu'en des termes peu flatteurs (une « rengaine du Nouveau parti démocratique »): Ray Perrault, 11 juill. 1969.

<sup>191</sup> Ray Skeely, 22 janv. 1985; Jim Fulton, 10 mai 1985 (qui insiste sur le fait qu'il ne faut pas implanter notre système parlementaire sur les terres autochtones mais plutôt leur permettre d'avoir des systèmes qui leur soient propres); Robert Skelly, 1<sup>er</sup> mai 1990 et 20 juin 1990; Ian Waddell, 25 sept. 1990.

<sup>192</sup> Robert Skelly, 1<sup>er</sup> oct. 1991.

les Autochtones ont droit de disposer d'un État souverain<sup>193</sup>. Les nombreux traités signés avec les Autochtones seraient d'ailleurs une forme de reconnaissance de cette souveraineté<sup>194</sup>. Ce n'est pas un droit qu'il appartient au Parlement ou au gouvernement de reconnaître ou de conférer : les Autochtones en jouissent depuis des temps immémoriaux et il ne leur a jamais été repris<sup>195</sup>. Cet élan pluraliste va cependant être nuancé par le N.P.D., qui déclarera que le gouvernement ne peut reconnaître une souveraineté complète aux Autochtones et qu'il importe donc de trouver un intermédiaire entre celle-ci et le *statu quo*. L'autonomie gouvernementale serait ce milieu souhaitable<sup>196</sup>.

À compter de 1990, les débats de la Chambre des communes vont aussi porter sur le caractère inhérent des droits ancestraux, en particulier du droit à l'autonomie gouvernementale. Le Parti conservateur hésitera longuement avant d'admettre que les droits ancestraux puissent prendre leur source

ailleurs que dans les lois ou la Constitution canadiennes, afin de ne pas permettre aux Autochtones de choisir leurs champs de compétence et de déterminer quelles lois s'appliquent à eux<sup>197</sup>. Cette position changera après Charlottetown, quand le P.C. finira par fonder le droit des Autochtones à leur autonomie gouvernementale sur la propriété initiale du territoire canadien<sup>198</sup>.

Le Parti libéral du Canada aura une évolution plus chaotique sur cette question. Alors qu'il parlait jusqu'en 1990 de droits innés précédant l'arrivée des Européens sur ce continent<sup>199</sup>, sa position va devenir plus équivoque après la crise d'Oka, alors qu'il dira que ces droits trouvent leur fondement dans les assises multiculturelles de la Constitution<sup>200</sup>. Ce n'est qu'après Charlottetown que le P.L.C. optera pour des droits inhérents, notamment pour l'autonomie gouvernementale<sup>201</sup>.

Il faut mentionner deux députés autochtones qui s'écartent de la ligne générale de ce parti : Blondin

<sup>193</sup> Id.

<sup>194</sup> Robert Skelly, 1<sup>er</sup> mai 1990.

<sup>195</sup> Robert Skelly, 1<sup>er</sup> oct. 1991 et Ian Waddell, 8 janv. 1992.

<sup>196</sup> Ian Waddell, 25 sept. 1990.

<sup>197</sup> John Tait, 23 oct. 1991. Pourtant, en 1969, un député conservateur déclarait que les Autochtones possédaient certains droits du fait qu'ils étaient les membres fondateurs du pays : Don Mazankowski, 19 juin 1969.

<sup>198</sup> Brian Mulroney, 8 sept. 1992; Ross Reid, 7 déc. 1992.

<sup>199</sup> John Turner, 5 et 24 avr. 1989.

<sup>200</sup> Jean Chrétien, 24 sept. 1991.

<sup>201</sup> Sauf pour ses deux députés autochtones, plus « précoces » : Ethel Blondin, 25 sept. 1990; Jack Anawak, 25 sept. 1991. Les autres députés du parti suivront plus tard : André Ouellette, 9 sept. 1992; Paul Martin, 9 sept. 1992; Sheila Finestone, 9 sept. 1992; John Turner, 10 sept. 1992; Reginald Belair, 10 sept. 1992.

et Anawak<sup>202</sup>. Bien qu'affirmant eux aussi leur volonté que la question autochtone soit réglée au sein du cadre juridique canadien<sup>203</sup>, ils diront à quelques reprises que, puisque les droits ancestraux viennent d'ailleurs, ils doivent être mis en œuvre ailleurs<sup>204</sup>. Anawak, lui-même Autochtone, ira même jusqu'à dire que ce sont les Autochtones qui font une faveur au gouvernement en négociant avec lui et que ce dernier devrait leur demander la permission d'occuper leurs terres et d'utiliser leurs ressources<sup>205</sup>. Il ajoute qu'on ne saurait leur accorder des droits qu'ils possèdent déjà<sup>206</sup>.

Les autres partis s'impliqueront moins dans ce débat. Le N.P.D. voit dès le départ dans les droits ancestraux des droits inhérents<sup>207</sup> qui doivent cependant être exercés au sein du Canada, leur reconnaissance étant nécessaire pour compléter le cercle de la Confédération<sup>208</sup>. Le Bloc québécois (jusqu'en 2001 seulement) et le Parti réformiste/Alliance canadienne seront, quant à eux, muets sur la question. Dans le cas

du premier, qui parlera expressément de droits inhérents à partir de 2001<sup>209</sup>, le silence préalable valait sans doute acceptation puisqu'il mentionnait déjà à cette époque, notamment, des droits inaliénables des Nations autochtones et leurs droits historiques et actuels<sup>210</sup>. Par contre, le mutisme du second, ajouté à sa philosophie politique peu amène envers les droits ancestraux, tendrait à laisser imaginer une certaine réticence envers l'idée de droits inhérents.

#### **d. Dimension économique**

Cette concentration du discours sur les droits socioculturels et politiques aura pour conséquence de laisser dans l'ombre les droits de portée économique – simplement remplacés par le titre aborigène et des vœux pieux en faveur d'une plus grande participation des Autochtones à l'économie canadienne, écartant implicitement toute possibilité d'activités commerciales constitutionnellement protégées – alors que, pourtant, on retrouve

<sup>202</sup> Respectivement députée de Western Arctic et critique de l'opposition aux Affaires indiennes, et député de Nunatsiag. Il leur arrivera, à maintes reprises, de se présenter comme Autochtones dans leurs interventions, utilisant parfois même le « nous » pour désigner les Premières Nations.

<sup>203</sup> Ethel Blondin, 23 oct. 1991 notamment.

<sup>204</sup> Ethel Blondin, 9 janv. 1992 : « [...] *trying to define inherent rights in the context of our law is like trying to describe the wind in the context of the sight* ».

<sup>205</sup> Jack Anawak, 25 sept. 1990.

<sup>206</sup> Id.

<sup>207</sup> Et qui ne peuvent être que reconnus par le gouvernement canadien puisqu'ils n'ont jamais été rendus ni cédés : Ray Skeely, 22 janv. 1985 (à propos du droit à l'autonomie gouvernementale).

<sup>208</sup> Audrey McLaughlin, 27 mars 1990.

<sup>209</sup> Richard Marceau, 19 mars 2001 et 2 mai 2001 notamment.

<sup>210</sup> Gilles Duceppe, 25 sept. 1990.

des références à des droits territoriaux dès 1927<sup>211</sup>.

Ainsi, le P.C., le N.P.D. et le Parti réformiste/Alliance canadienne n'abordent pas le titre aborigène après 1969, sauf certains droits de propriété ou, plus généralement, des droits fonciers<sup>212</sup>, lors des discussions entourant le *Projet de loi sur les revendications foncières*, entre 2001 et 2003<sup>213</sup>. Le Bloc le mentionne dans le cadre de la *Déclaration* reprise de l'Assemblée nationale du Québec, qui porte sur la possession et le contrôle des terres, puis de nouveau en 2001 notamment en mentionnant la nécessité d'un transfert juridictionnel des terres<sup>214</sup>. Quant au P.L.C., il réfère après 1997 à l'existence du titre aborigène pour préciser que sa définition doit être donnée par les tribunaux, comme pour les autres droits ancestraux<sup>215</sup>. On peut comprendre cette « déléation » des libéraux aux tribunaux du choix du sens à donner au titre aborigène, eux qui, avant 1993, avaient avancé

pas moins de trois définitions du droit des Autochtones sur leurs terres : droit de protection avant la crise d'Oka<sup>216</sup>, qui deviendra un droit à une assise territoriale durant cette crise<sup>217</sup> et, par la suite, un droit moral sur le territoire<sup>218</sup>. Enfin, à compter de 2001, ce parti réfère plus simplement aux droits fonciers ou à des pouvoirs de gestion des terres et des ressources<sup>219</sup>.

### **B. ... À la pratique : le discours provincial**

Les gouvernements provinciaux ne possèdent qu'une compétence accessoire en matière d'autochtonie, ce qui explique sans doute pourquoi les mentions de droits ancestraux sont moins fréquentes dans le discours des députés provinciaux que dans celui de leurs homologues fédéraux. On comprend moins bien par contre que ces mentions soient presque totalement absentes des débats des assemblées des provinces des Prairies et des Maritimes<sup>220</sup>, et même de l'Ontario, depuis la formation du

<sup>211</sup> Cette année là, tous les partis vont parler d'un droit de propriété ou d'un droit de disposer des terres, sans élaborer.

<sup>212</sup> **P.C.** : Inky Mark, 18 juin 2002; Rick Borotsik, 28 févr. 2003. **N.P.D.** : Pat Martin, 18 juin 2002 et 7 févr. 2003. **Alliance canadienne** : Reed Elley, 3 déc. 2001; Brian Pallister, 18 juin 2002; Gurmont Grewal, 30 janv. 2003.

<sup>213</sup> *Loi constituant le Centre canadien du règlement indépendant des revendications particulières des premières nations en vue de permettre le dépôt, la négociation et le règlement des revendications particulières, et modifiant certaines lois en conséquence*, précitée, note 138.

Richard Marceau, 3 déc. 2001.

<sup>214</sup> *Supra*, p. 511.

<sup>215</sup> William Rompkey, 15 juin 1990.

<sup>216</sup> Robert Nault, 25 sept. 1990.

<sup>217</sup> Warren Allmand, 1<sup>er</sup> oct. 1991.

<sup>218</sup> Robert Nault, 2 mai 2001; Paul DeVillers, 3 déc. 2001; Stephen Owen, 30 janv. 2003.

<sup>219</sup> Surtout dans les secondes, où la période couverte inclut l'époque de l'affaire *R. c. Marshall*, précitée, note 67, qui a pourtant fait couler beaucoup d'encre...

gouvernement Harris<sup>221</sup>. Dans une large mesure, le discours politique provincial se révèle très différent du discours fédéral. Les déclarations abstraites de principes y sont remplacées par des énoncés politiques beaucoup plus pratiques, pesant le pour et le contre de chaque question soulevée par le problème des droits ancestraux et expliquant ce qui est fait ou va l'être. Ainsi, dans plusieurs provinces, on mentionne que des accords ont été signés, où sont en cours de négociation<sup>222</sup>, entre les gouvernements et les Premières Nations, qui reconnaissent, protègent ou mettent en œuvre leurs droits ancestraux.

D'ailleurs, ce discours est plutôt orienté sur la manière souhaitable de reconnaître ces droits, laissant de côté les questions de l'opportunité de les reconnaître ou même simplement de les définir. À ce sujet, la négociation d'accords et de traités est la méthode privilégiée par les députés provinciaux<sup>223</sup>. En Colombie-Britannique, John Cashore, ministre des Affaires autochtones, énoncera les avantages des traités, qui prévoient des droits déterminés avec précision, sur les droits ancestraux, trop indéfinis<sup>224</sup>. Il estime qu'il vaut

mieux négocier que de perdre de l'argent dans de coûteuses poursuites judiciaires, ce à quoi l'opposition rétorquera que cette certitude n'est qu'un mythe puisque les traités ne vont qu'apporter une nouvelle incertitude quant à l'étendue et l'application des droits qu'ils créent<sup>225</sup>. Au surplus, non seulement le recours aux tribunaux est-il moins fréquemment envisagé, mais les députés provinciaux se réfèrent plus rarement que leurs homologues fédéraux aux décisions des tribunaux, exception faite sans doute de la Colombie-Britannique où l'arrêt *Delgamuukw*<sup>226</sup> de la Cour d'appel sera parfois cité. Ce manque d'intérêt pour la judiciarisation de la question est peut-être limité cependant à ce qui a trait à l'autonomie gouvernementale et au titre aborigène, plus fréquemment abordés par les députés provinciaux. L'existence de nombreux recours initiés par les gouvernements provinciaux<sup>227</sup> pourrait, en effet, laisser croire que pour les autres droits ancestraux, l'utilisation des tribunaux ne leur paraît pas aussi négative. Du reste, le gouvernement de la Colombie-Britannique n'a-t-il pas exclu des

<sup>221</sup> Les seules mentions depuis cette date émanent de l'opposition qui s'inquiète du manque d'intérêt de ce gouvernement envers la question autochtone.

<sup>222</sup> C'est le cas par exemple en Colombie-Britannique avec les négociations du Traité Nisga'a, maintenant signé et en vigueur : *Loi portant mise en vigueur de l'Accord définitif Nisga'a*, L.C. 2000, c. 7.

<sup>223</sup> Wildman, Ontario, 12 et 18 déc. 1990 et 20, 21 et 27 mars 1991; Rae, Ontario, 8 juill. 1992; McKinnon, Yukon, 25 oct. 1990; Calahasen, Alberta, 6 déc. 1999; Harcourt, Colombie-Britannique, 27 juin 1994.

<sup>224</sup> John Cashore, Colombie-Britannique, 4 mai 1994 et 27 juin 1996.

<sup>225</sup> G. Campbell, 7 déc. 1998.

<sup>226</sup> Précitée, note 24.

<sup>227</sup> Voir : A. LAJOIE, É. GELINEAU, I. DUPLESSIS et G. ROCHER, *loc. cit.*, note 6.

négociations du traité Nisga'a des droits tels que celui sur des surplus de saumons ou un autre concernant la chasse à la baleine, renvoyant clairement ces questions aux tribunaux<sup>228</sup>?

Les critiques qui peuvent être faites à la mise en œuvre des droits ancestraux le sont dès lors sur le même mode. L'opposition vient rarement d'une réticence face au concept de droits ancestraux, mais plus d'une inquiétude par rapport aux conséquences qu'engendrerait leur reconnaissance, tout particulièrement à l'égard des droits des autres Canadiens – principalement dans les Maritimes<sup>229</sup> – ou du danger d'accorder plus de droits aux Autochtones qu'ils ne le méritent<sup>230</sup>. La seule exception à cet égard vient du député Phelps (indépendant, Yukon), dont les positions ne sont pas sans rappeler celles du Parti réformiste/Alliance canadienne. Il enjoindra en effet le gouvernement du Territoire du Yukon à combattre toutes les revendications territoriales<sup>231</sup> et mentionnera son refus du concept de droits spécifiques qui, selon lui, va à l'encontre de l'idéal démocratique<sup>232</sup>.

Aussi le caractère spécifique et le fondement des droits ancestraux ne sont-ils pas au centre du discours politique provincial. Outre le

député Phelps du Yukon, on perçoit également un refus face au caractère collectif des droits dans les provinces des Prairies<sup>233</sup> et, dans une moindre mesure, en Colombie-Britannique à l'égard du droit à l'autonomie gouvernementale. Sinon, dans les autres provinces, les députés semblent accepter avec facilité l'existence de droits collectifs spécifiques et de droits inhérents des Autochtones, sans préciser pour autant d'où ces derniers prennent leur source. Tout au plus, en Ontario, une déclaration de 1991 fonde-t-elle l'autonomie gouvernementale sur le titre aborigène, reconnu par la *Proclamation royale de 1763*, et sur les droits issus de traités. Mais elle ajoute aussi que ce droit à l'autonomie est inhérent puisque les Autochtones le tiennent du Créateur<sup>234</sup>.

Pourtant, même s'ils se concentrent principalement sur la manière de reconnaître ces droits, les députés provinciaux sont avares de précisions sur les formes spécifiques qu'ils peuvent prendre. Il est dès lors difficile de déterminer si cette acceptation de leurs caractères collectif et inhérent n'est qu'une déclaration de principe ou, au contraire, susceptible d'emporter des conséquences. Certes, l'autonomie gouvernementale et le titre aborigène

<sup>228</sup> John Cashore, Colombie-Britannique, 11 mai 1995; G. Wilson, Colombie-Britannique, 27 mai 1999.

<sup>229</sup> Herb Dickieson et Jim Bagnall, Île-du-Prince-Édouard, 19 nov. 1999.

<sup>230</sup> G. Plant, Colombie-Britannique, 12 août 1996.

<sup>231</sup> Phelps, Yukon, 10 nov. 1997.

<sup>232</sup> Phelps, Yukon, 8 mai 1991.

<sup>233</sup> Où on retrouve plus de mentions sur le droit à la santé, à la justice, à l'égalité et au vote des Autochtones, que sur des droits spécifiques à ces peuples.

<sup>234</sup> Wildman, Ontario, 6 juin 1991.

seront fréquemment mentionnés, ainsi qu'occasionnellement quelques droits de chasse ou de pêche à des fins de subsistance<sup>235</sup>, mais ces mentions se situent dans le contexte d'affirmations de droits relevant de la santé, du système pénal ou de la représentativité politique, qui appartiennent à tous. En Colombie-Britannique, l'existence de droits coutumiers est même rejetée par le gouvernement, les lois de la province s'appliquant de la même manière à tous<sup>236</sup>.

Au demeurant, on ne retrouve aucune mention de droits économiques ou commerciaux dans le discours politique provincial, sauf en Colombie-Britannique où l'accueil que les députés leur réserve est pour le moins glacial<sup>237</sup>. Les provinces se contentent plutôt de parler d'une meilleure intégration des Autochtones à leur économie<sup>238</sup>. Les droits ancestraux se résument donc, pour ces intervenants provinciaux, à un droit à l'autonomie gouvernementale et à des droits

territoriaux. Le premier semble d'ailleurs accepté, au moins dans son principe, puisque toutes les provinces, à l'exception des Maritimes, parlent de négociations en cours ou souhaitables afin de permettre l'exercice de ce droit. En Alberta, on parle de gouvernements autochtones<sup>239</sup>, de même qu'en Ontario, où il est également question de gouvernements métis<sup>240</sup> et où le gouvernement rappelle qu'en 1991, un accord a été signé avec les Premières Nations de cette province afin de faciliter la mise en place de leurs gouvernements<sup>241</sup>. Au Yukon, on affirmera l'importance de négocier des accords établissant avec clarté l'étendue et les limites de la juridiction des Premières Nations<sup>242</sup>.

Le titre aborigène et les droits territoriaux autochtones, de manière générale, sont souvent mentionnés par les députés désireux de les négocier. Le ministre responsable des Affaires indiennes du Yukon y verra même un droit de propriété

<sup>235</sup> Principalement en Ontario (Harris, 21 mars 1991; Wildman, 28 mai et 18 juin 1991; McLean, 24 juin 1991), mais aussi en Alberta (Panni, 7 déc. 1998; Olsen, 17 nov. 1999; Hancock, 6 déc. 1999), au Yukon (McKennon, 25 oct. 1990; Webster, 23 mars 1991) et en Colombie-Britannique (Warnke, 4 mai 1995).

<sup>236</sup> Wilson, Colombie-Britannique, 31 mai 1999, à propos d'un divorce coutumier.

<sup>237</sup> Cashore, Fox et Hurd, 11 mai 1995; Warnke, 25 mai 1995; Campbell, 7 déc. 1998; Lovick, 28 janv. 1999.

<sup>238</sup> Coleman, Colombie-Britannique, 10 déc. 1998 : « *Facilitate aboriginal participation in the commercial fishery through monetary assistance on treaty settlements, while rejecting aboriginal-only commercial fishing rights and entitlements in treaties* ». La même idée ressort aussi implicitement des Discours du trône de 1995 et 1998 au Nouveau-Brunswick.

<sup>239</sup> Rae, Ontario, 13 oct. 1992; Hancock, Alberta, Committee of Supply to Order, Main Estimates 1999-2000, Intergovernmental and Aboriginal Affairs.

<sup>240</sup> Hancock, Alberta, Committee of Supply to Order, Main Estimates 1999-2000, Intergovernmental and Aboriginal Affairs.

<sup>241</sup> Wildman, Ontario, 6 juin 1991.

<sup>242</sup> Penikett et McKinnon, Yukon, 25 oct. 1990.

en 1991<sup>243</sup>. Par contre, le gouvernement de la Colombie-Britannique ne cachera pas sa réticence à inclure ce droit dans les négociations entourant le traité Nisga'a, par peur de créer un précédent<sup>244</sup>. Les droits politiques semblent donc plus facilement accordés que les droits territoriaux, mais cela découle peut-être aussi d'une incertitude quant à la nature réelle du titre aborigène. En effet, l'un des rares échanges portant sur le contenu des droits ancestraux, en 1992, va montrer la difficulté du gouvernement de la Colombie-Britannique à faire la distinction entre droits ancestraux et titre aborigène.

Selon le ministre des Affaires autochtones de l'époque, Andrew Petter, le titre aborigène est un terme utilisé par les Autochtones pour désigner leurs droits ancestraux<sup>245</sup>. Il serait donc le synonyme de leurs droits inhérents. Cette confusion quant à la nature du titre aborigène transparait encore plus lorsque, questionné par l'opposition sur le fait de savoir si le titre était rattaché au statut d'Autochtone (donc à tous les Autochtones, y compris hors réserve) ou s'il était rattaché à la terre, le ministre va éviter de répondre en affirmant par contre que le titre aborigène n'est qu'un droit politique, comme par

exemple le droit de tous les Canadiens à l'éducation, donc un droit qu'on ne s'attend pas nécessairement à voir protéger par la loi<sup>246</sup>. Cela étonne d'autant plus que dans l'opposition, le député Weisgerber mentionne que le gouvernement a reconnu l'extinction du titre aborigène en Colombie-Britannique partout où des terres étaient octroyées en fief simple<sup>247</sup>.

De la même manière, on semble assez indécis quant au contenu des « droits aborigènes ». On n'en parle guère que pour dire qu'ils n'ont pas été éteints. Mais là encore, on perçoit une confusion qui mène à penser que l'expression « droits aborigènes » désigne un intérêt *sui generis* sur les terres :

*There are four significant revisions to the position previously taken by the province:*

1. *That the government recognizes the existence of aboriginal rights in the province, which may be described as an interest in respect of land sui generis*
2. *That a blanket extinguishment of aboriginal rights throughout the province did not occur at any time. There has been extinguishment of rights in particular situations, including where land has been granted in fee simple*
3. *That there are certain rights to self-government recognized in*

<sup>243</sup> Penikett, 4 déc. 1991.

<sup>244</sup> Dosangh, Colombie-Britannique, 18 janv. 1999 : « [The] rights that are outlined in this treaty [...] are the final rights of Nisga'a. That's why in fact the aboriginal title has not been defined. We're not really interested in defining aboriginal title, for other first nations to be able to use that as a tool to come at us ».

<sup>245</sup> Petter, Colombie-Britannique, 19 mars 1992.

<sup>246</sup> Petter, Colombie-Britannique, 23 avr. 1992.

<sup>247</sup> Weisgerber, Colombie-Britannique, 23 avr. 1992.

*common law but such rights are subject to the laws of Canada and British Columbia* [...]

*It is our position that negotiations offer the only constructive basis for resolution of this question. This position is in accordance with the historical approach to the resolution of aboriginal claims, the aboriginal rights provision in the constitution, the interests those rights were meant to protect and sound legal principles.*<sup>248</sup>

C'est en 1994 que le flou semblera disparaître. Le député Wilson, de l'opposition, mentionne la confusion de la pensée gouvernementale entre le titre aborigène et les droits ancestraux. Pour lui, il est clair que légalement ce sont deux choses différentes. On peut avoir un droit dans un pays sans avoir un titre sur ses terres<sup>249</sup>. Ce à quoi le ministre Cashore répond ainsi :

*Aboriginal rights means the freedom to use and occupy traditional lands and resources to maintain a traditional aboriginal lifestyle. Aboriginal rights are protected in the Constitution Act of 1982. Aboriginal title is a unique interest in land and resources based on ancestral occupation and use. There are unextinguished aboriginal rights and titles in the prov-*

*ince. The courts have made it clear that it is incumbent upon the provincial government to negotiate constitutionally protected aboriginal rights with first nations* [sic].<sup>250</sup>

Si les politiciens provinciaux semblent donc ouverts, et même actifs, face à la reconnaissance des droits ancestraux, surtout si on parle de droits politiques ou de droits territoriaux, il faut toutefois apporter une nuance puisque souvent ils affirmeront l'importance de créer un équilibre entre les droits de tous les citoyens et la mise en œuvre des droits ancestraux. Ainsi, en 1998, de nombreux autres députés de la Colombie-Britannique mentionneront que l'objectif du Traité Nisga'a est de réconcilier les lois avec la réalité moderne de l'autodétermination autochtone, en mettant en place un équilibre efficace entre les droits ancestraux et les droits de n'importe qui d'autre dans la province<sup>251</sup>. De la même façon, le gouvernement ontarien s'engagera en 1991 à respecter les droits ancestraux, dont il est de la responsabilité de la province d'assurer l'exercice, tout en protégeant les parcs, les ressources et la sécurité publique, en accord avec les décisions de la Cour suprême<sup>252</sup>.

<sup>248</sup> Gabelman, Colombie-Britannique, 8 avr. 1992.

<sup>249</sup> Wilson, Colombie-Britannique, 3 mai 1994.

<sup>250</sup> Cashore, Colombie-Britannique, 3 mai 1994.

<sup>251</sup> McGregor, Colombie-Britannique, 6 juill. 1998; Jarvis, Colombie-Britannique, 1<sup>er</sup> déc. 1998; Abbott, Colombie-Britannique, 2 déc. 1998; Orcheron et Kwan, Colombie-Britannique, 9 déc. 1998; Doyle, Colombie-Britannique, 10 déc. 1998; Clark, Colombie-Britannique, 14 déc. 1998.

<sup>252</sup> Wildman, Ontario, 28 mai 1991.

\*  
\* \*

Paranormal « [s]e dit de certains phénomènes, d'existence établie ou non, dont le mécanisme et les causes, inexplicables dans l'état actuel de la connaissance, seraient imputables à des forces de nature inconnue [...] »<sup>253</sup>. Les droits ancestraux seraient-ils des droits paranormaux? On pourrait le croire, à voir les conceptions que s'en sont faits les tribunaux et les élus canadiens, plus évocatrices de confusion que de certitude.

Dans le discours judiciaire, tout d'abord, l'approche pluraliste retenue pour établir le fondement de ces droits a amené les tribunaux à les définir par leurs frontières. Ainsi, les juges ont-ils, sauf exceptions, circonscrit les droits ancestraux à des pratiques quasiment folkloriques, voire anachroniques, peu dérangeantes, correspondant à l'image traditionnelle des activités des « Sauvages ». Confrontés à des revendications de droits commerciaux, territoriaux ou surtout politiques, les juges ont fait preuve d'hésitation, pour ne pas parler de refus total, à les reconnaître. Ce faisant, le paradoxe sera évident entre les différentes déclarations de principes, favorables aux Autochtones, et les résultats concrets qui les avantagent nettement moins. Par contraste, c'est avec constance qu'ils en définissent les limites, les faisant aussi contraignantes que possible dans le contexte social, politique et juridique canadien, évitant autant que faire se peut de

donner un trop grand impact à ces droits longtemps méconnus.

Mais, au-delà de ces aspects relatifs à la reconnaissance des droits ancestraux par le système juridique canadien, les juges ont œuvré dans l'incertitude. Plusieurs fondements ont été avancés jusqu'à ce qu'un texte clair, et de niveau constitutionnel de surcroît, soit établi en 1982 qui reconnaisse leur existence. L'appréhension de ces droits issus d'un système juridique qui ne leur est pas familier amènera beaucoup de confusion lorsque les juges tenteront de les qualifier en droit canadien. Liés par les précédents, particulièrement ceux de la Cour suprême, ils tarderont longtemps à dépasser une vision réductrice de ces droits d'autant plus que, de leur propre aveu, ils échoueront à fournir des principes clairs et contraignants.

Dans le discours politique, ensuite, on perçoit l'existence de paradigmes différents entre les ordres fédéral et provinciaux. D'un côté, les parlementaires canadiens se contentent de déclarations de principe qui, par leur contenu, n'ont rien pour surprendre. Conservateurs et réformistes sont plus enclins à aborder restrictivement la question des droits ancestraux. Créditistes, néo-démocrates et bloquistes tendent au contraire à se montrer très ouverts sur cette question, le second étant un défenseur traditionnel des minorités, le troisième éprouvant une connivence naturelle avec le sort des Autochtones. Et, entre ces deux

<sup>253</sup> *Le Petit Larousse 2003*, Paris, Larousse, 2002, p. 746.

« extrêmes » se trouvent les libéraux, plus modérés mais aussi plus équivoques.

Les négociations entourant les accords constitutionnels de Meech et Charlottetown auront eu par ailleurs un certain impact, en ce sens qu'elles auront établi la nécessité de se montrer plus conciliant envers les Autochtones. Mais on peut s'étonner devant l'uniformisation qui s'est opérée entre les visions des différents partis après 1993, si l'on excepte le Parti réformiste/Alliance canadienne, qui se réfèrent tous aux décisions de la Cour suprême et amènent le débat non plus sur le contenu des droits ancestraux et la nécessité de les protéger, mais sur la façon de les reconnaître.

Quant à lui, le discours des provinces est beaucoup plus concret et pratique que celui du gouvernement fédéral. Les intervenants y mentionnent souvent des cas précis de communautés particulières et s'intéressent aux accords possibles afin de mettre en œuvre des solutions concrètes, alors qu'au Parlement fédéral, on ne dépasse que rarement le stade des énoncés politiques, théoriques et de principe. Cela transparait aussi dans les solutions envisagées : Colombie-Britannique, Ontario et Yukon n'hésitent pas à affronter directement le problème et à négocier des accords reconnaissant des droits ancestraux qu'ils définissent eux-mêmes, alors que les autorités fédérales préfèrent recourir aux tribunaux pour établir cette défini-

tion avant d'entrer en négociation. On constate par ailleurs que les provinces où il est le plus fait mention des droits ancestraux (Ontario et Colombie-Britannique) sont aussi celles où les Autochtones sont le plus actifs devant les tribunaux<sup>254</sup>. On peut donc poser l'hypothèse qu'ils sont aussi actifs auprès du législateur, ce qui expliquerait ce surcroît d'intérêt de la part des députés ontariens et britannico-colombiens par rapport à leurs homologues des autres provinces.

Les difficultés liées au concept de droits ancestraux ne sont pas seulement visibles à l'intérieur des discours judiciaire et politique. Elles ressortent aussi de la comparaison que l'on peut faire de ces deux discours. Des dissensions se manifestent ainsi à travers les formes acceptées de droits ancestraux. Les tribunaux acceptent des formes traditionnelles, telles que les droits de chasse ou de pêche, et des droits territoriaux (du moins dans leur principe ou sinon dans des formes limitées), mais refusent de reconnaître des droits ancestraux à portée économique ou politique. Par contre, les élus acceptent les revendications politiques, refusent les droits économiques et territoriaux et ignorent presque les formes traditionnelles. Plus fondamentalement, l'idée de droits collectifs exclusifs aux Autochtones est facilement acceptée par les tribunaux mais se heurte à la résistance de nombreux politiciens inquiets à l'idée d'une possible inégalité au désavantage des non-Autochtones.

<sup>254</sup> A. LAJOIE, É. GELINEAU, I. DUPLESSIS et G. ROCHER, *loc. cit.*, note 6.

En définitive, les stratégies autochtones, plus axées sur la négociation que sur la confrontation judiciaire<sup>255</sup>, gagneraient sans doute à ne pas privilégier l'une plutôt que l'autre, puisque c'est sans doute en jouant sur les deux plans qu'ils risquent d'obtenir le plus de gains. De toutes manières, il n'est pas clair qu'ils conservent toute l'initiative à cet égard, dans un contexte où, d'une part, la Cour suprême et certains cours d'appel ont eu tendance souvent à ren-

voyer les parties à la négociation pour déterminer le contenu exact des droits ancestraux en cause dans certaines affaires, alors que, de l'autre, les parlementaires, surtout fédéraux, tendent à préférer la voie judiciaire plutôt que la négociation pour définir certains de ces droits, notamment en Colombie-Britannique, où l'on a expressément refusé de négocier les préjudices passés, renvoyant les Autochtones devant les tribunaux.

---

<sup>255</sup>

*Id.*

