

PROPERTY LAW AND COLLECTIVE SELF-GOVERNMENT

*Malcolm Lavoie**

The property interests of Indigenous communities exhibit distinctive patterns that recur across different countries and in relation to widely differing Indigenous cultures, including in the United States, Canada, Australia, and New Zealand. The principal recurring patterns include alienation restraints, group governance powers as an incident of land tenure, distinctive rules of co-ownership favouring collective governance, and unique collective and individual estates in land. This paper argues that these distinctive doctrinal features can be explained in large part by the functional challenges associated with using property interests in land as a basis for collective self-government. One of the central challenges relates to differences in the optimal scale of various uses that may be pursued on a land base. While uses like housing or farming might best be pursued using individual land titles over relatively small parcels, the collective interest of a group in self-government could require an extensive, contiguous land base occupied by a critical mass of members. The use of land as a locus for a distinctive, self-governing culture is thus an activity that is optimally pursued on a larger scale than would be optimal for most other uses which may be pursued simultaneously. The tension this creates, emerging out of the attempt to manage what the author calls a “cultural semicommons,” is mediated by a distinctive set of institutions. Understanding this functional basis for Indigenous land tenure in common law countries is an important starting point in considering proposals for reform.

Les intérêts de propriété des communautés autochtones présentent des modèles particuliers qui reviennent dans plusieurs pays et auprès de cultures autochtones très différentes, notamment aux États-Unis, au Canada, en Australie et en Nouvelle-Zélande. Les modèles qui reviennent le plus souvent incluent : des contraintes à l’aliénation, des pouvoirs de gouvernance de groupe découlant de régimes fonciers, des règles particulières de copropriété favorisant une gouvernance collective ainsi que des domaines fonciers collectifs et individuels uniques. Cet article suggère que ces aspects particuliers doctrinaux peuvent être expliqués en grande partie par les défis fonctionnels associés à l’usage des intérêts de propriété foncière comme base d’une auto-gouvernance collective. Un de ces défis centraux a trait aux variations des territoires optimaux selon les différents usages qui peuvent être faits d’un territoire. Bien que les utilisations telles que le logement ou l’agriculture puissent être poursuivies par des titres de propriété individuels sur des parcelles relativement petites, l’intérêt collective d’un groupe quant à l’auto-gouvernance pourrait requérir l’occupation par une masse critique de membres d’un territoire vaste et contigu. L’utilisation du territoire en tant que point central d’une culture distincte et s’autogouvernant est ainsi une activité qui se poursuit de façon optimale sur une plus large échelle qu’elle ne serait optimale pour la majorité des autres usages qui peuvent être poursuivis simultanément. Bien comprendre cette base fonctionnelle en ce qui a trait au mode de possession du territoire autochtone est un point de départ important lors de la considération de propositions de réformes.

* Assistant Professor, University of Alberta Faculty of Law. The author wishes to thank all those who contributed to the development of the ideas in this article, including by providing comments on earlier drafts and participating in seminar discussions. The author would especially like to thank Henry Smith, Joseph Singer, Jessica Shoemaker, Dwight Newman, Darcy Lindberg, Dominic Parker, Jamie Baxter, Michelle Delorme, Robert Hamilton, and Moira Lavoie.