
L'identité autochtone dans les traités contemporains : de l'extinction à l'affirmation du titre ancestral

Ghislain Otis et André Émond*

Les gouvernements ont longtemps vu dans la conclusion de traités extinctifs des droits fonciers autochtones une technique de légitimation de l'entreprise coloniale. Toutefois, l'extinction du titre ancestral comme modalité obligée de traités fonciers fait aujourd'hui l'objet de contestations de natures juridique et politique. Dans cette étude, les auteurs s'attachent d'abord à démontrer la licéité du principe de l'extinction consensuelle au regard de la *Proclamation royale de 1763* et du régime des droits ancestraux. Reconnaisant par ailleurs qu'il est légitime pour les autochtones de lier la préservation de leur identité culturelle à la pérennité du titre ancestral, les auteurs souscrivent à l'idée, avancée notamment par la Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones du Canada, de remplacer le principe de l'extinction du titre ancestral par celui de la reconnaissance mutuelle dans les traités contemporains. Ils font cependant valoir que la formule de reconnaissance mutuelle proposée par la Commission ne serait pas de nature à garantir un degré suffisant de sécurité juridique pour la partie gouvernementale. En conséquence, ils mettent de l'avant une solution qu'ils estiment être plus à même de concilier le principe de reconnaissance identitaire et l'impératif de sécurisation des droits de la couronne.

Governments have long considered the signing of treaties that extinguish Aboriginal title as a way to legitimize colonialism. However, the extinction of Aboriginal title as a necessary element of land treaties is presently the subject of considerable legal and political debate. In this article, the authors first establish the legality of the principle of consensual extinction in light of the *Royal Proclamation* of 1763 and of the regime of ancestral rights. Recognizing, moreover, that it is legitimate for Aboriginal peoples to link the preservation of their cultural identity to the continuity of ancestral title, the authors subscribe to the idea, as put forward by the Royal Commission on Aboriginal Peoples, that the principle of mutual recognition of contemporary treaties should replace that of the extinction of ancestral title. The authors note, however, that the Commission's formula for mutual recognition would be an insufficient guarantee of the Crown's rights. The authors, therefore, propose an alternative solution they believe is better able to reconcile the principle of recognition of identity with the need to secure the Crown's rights.

* M. Ghislain Otis est avocat et professeur agrégé à la faculté de droit de l'Université Laval. M. André Émond est avocat et candidat au doctorat à l'Université Laval.

© Revue de droit de McGill

McGill Law Journal 1996

Mode de référence : (1996) 41 R.D. McGill 543

To be cited as: (1996) 41 McGill L.J. 543

Sommaire

Introduction

I. Une réfutation de l'argument d'illicéité de l'extinction consensuelle

- A. *La conformité de la cession du titre ancestral à la Proclamation de 1763*
- B. *La validité de l'extinction du titre au regard des obligations de fiduciaire de la couronne*

II. La revendication identitaire et les limites d'une objection légitime à la politique d'extinction

- A. *La pérennité des droits ancestraux comme fondement d'une stratégie autochtone de résistance identitaire*
- B. *Les risques d'une survalorisation des régimes fonciers ancestraux*
- C. *Le droit à l'auto-identification autochtone comme principe politique de co-existence*

III. La conciliation possible de l'identité autochtone et de la sécurité juridique

- A. *Le poids de l'incertitude juridique*
- B. *La reconnaissance mutuelle : une voie possible de conciliation de la liberté identitaire et de la stabilité juridique*
- C. *La proposition de la Commission : une perpétuation de l'incertitude juridique*
- D. *La recherche d'une coexistence des droits ancestraux et de droits allochtones intangibles*

Conclusion

Introduction

Dès les premiers temps des migrations européennes en Amérique du Nord, la conclusion de traités entre l'État occidental et les peuples autochtones a symbolisé et concrétisé le contact d'univers juridiques profondément dissemblables. S'inscrivant dans une entreprise coloniale, le traité, bien qu'il présuppose que le colonisateur accepte l'antériorité et l'effectivité de l'ordre juridique autochtone, n'est pas une authentique rencontre de «l'autre». Instrument de légitimation d'une appropriation graduelle et pacifique du territoire, le traité s'avéra dès le début, pour la couronne britannique, un moyen de régler les rapports avec les autochtones de manière à asseoir, au moindre coût possible, son autorité politique et foncière¹. Toutefois, dans l'optique des parties autochtones, la conclusion d'un accord foncier marquait généralement la consécration de leur statut de nation et de leur appartenance au territoire, et offrait dès lors «un moyen de garantir leur distinction sociale et culturelle dans l'avenir»².

L'héritage de ces différentes rationalités politico-juridiques pèse encore sur la négociation d'ententes sur des revendications territoriales. La couronne persiste, pour des motifs liés à la sécurité juridique dans l'accès à la terre et aux ressources, à voir dans le traité un mode d'acquisition d'un titre clair sur les terres en cause. Elle exige donc, en contrepartie des avantages découlant d'une entente, que les autochtones cèdent au moins partiellement leurs droits fonciers³. Mais ces derniers répudient, au nom de leur statut historique de nation et de la préservation de leur spécificité identitaire, toute demande d'abandon de leurs droits ancestraux. Ils invoquent également des arguments juridiques, notamment constitutionnels, pour rejeter l'exigence gouvernementale d'extinction consensuelle de leur titre.

Nous voulons, dans les pages qui suivent, rendre compte des perspectives juridiques en présence, en faire une évaluation critique, et tenter de dégager les voies possibles d'un compromis quant aux enjeux liés au titre ancestral. Cette problématique a fait l'objet de deux importantes études publiées récemment ; elles ont servi à la fois de catalyseurs et de matière privilégiée à notre analyse.

La première étude résulte des recherches de la Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones («Commission»)⁴. Elle y décrit les régimes fonciers tradition-

¹ Voir de manière générale D. Jones, *Licence for Empire: Colonialism by Treaty in Early America*, Chicago, Chicago University Press, 1982, et plus particulièrement, les propos de M. le juge Cory dans *R. c. Badger* (3 avril 1996), 23603 au n° 39 (C.S.C.) [ci-après *Badger*].

² Canada, Affaires indiennes et du Nord Canada, *Rapport du Groupe d'Étude de la politique des revendications globales : Traités en vigueur : ententes durables*, Ottawa, Approvisionnement et services Canada, 1985 à la p. 7.

³ Voir Canada, Affaires indiennes et du Nord Canada, *La politique des revendications territoriales globales*, Ottawa, Approvisionnement et services Canada, 1986 à la p. 9.

⁴ Voir Canada, Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones, *Conclure des traités dans un esprit de coexistence : une solution de rechange à l'extinction du titre ancestral*, Ottawa, Approvisionnement et services Canada, 1994 [ci-après *Rapport de la Commission*].

nels des autochtones, l'évolution de la politique fédérale d'extinction du titre ancestral, et procède à une évaluation de sa conformité aux normes juridiques en vigueur. Enfin, la Commission met de l'avant une solution de rechange qui, selon elle, devrait permettre de réconcilier les préoccupations pratiques de la couronne et les aspirations identitaires des autochtones. La seconde étude a été préparée par M. le juge A.C. Hamilton, nommé par le ministre des Affaires indiennes et du Nord Canada, dans le cadre d'une enquête sur la question de l'abandon des droits ancestraux dans les ententes de revendications territoriales globales⁵. Bien que son rapport soit de facture différente, l'enquêteur fédéral aborde pour l'essentiel les mêmes questions que la Commission et propose aussi une nouvelle politique eu égard au titre ancestral.

Notre propre démarche, suscitée et alimentée par ces documents, nous amènera dans un premier temps à réfuter l'argument voulant qu'il soit illégal, voire même inconstitutionnel, de la part du gouvernement de demander la cession du titre ancestral. Cette question préalable de la licéité ayant été réglée, nous expliquerons dans une deuxième partie l'incidence que devrait avoir, aux plans politique et juridique, l'objection identitaire à l'abandon des droits ancestraux. Nous nous attarderons enfin, dans la troisième et dernière partie de notre texte, à évaluer dans quelle mesure les solutions de rechange formulées à ce jour sont porteuses d'une véritable conciliation de la sécurité juridique et de l'identité autochtone.

I. Une réfutation de l'argument d'illicéité de l'extinction consensuelle

Que l'on considère le régime général de *common law*, la *Proclamation royale de 1763*⁶ ou le droit constitutionnel, rien ne semble faire obstacle à une politique consistant à obtenir l'extinction des droits ancestraux comme la contrepartie obligée d'une entente sur une revendication territoriale globale. Les règles du droit positif que nous allons analyser paraissent suffisamment cristallisées à cet égard pour rendre problématique tout «recentrage» fondamental du *corpus* juridique en fonction d'une interprétation spécifiquement autochtone du droit applicable, laquelle interprétation tend à privilégier l'intangibilité des droits ancestraux⁷. Cela ne signifie évidemment pas, comme nous le verrons, que dans un contexte politique de négociation de traités contemporains la partie gouvernementale ne soit pas tenue de respecter la perspective identitaire autochtone.

⁵ Voir Ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, *Le Canada et les peuples autochtones : un nouveau partenariat* par A.C. Hamilton, Ottawa, 1995 [ci-après Rapport Hamilton].

⁶ L.R.C. 1985, app. II, n° 1 [ci-après *Proclamation de 1763*].

⁷ Pour une lecture autochtone de la *Proclamation de 1763*, voir J. Borrows, «Constitutional Law From a First Nation Perspective: Self-government and the Royal Proclamation» (1994) 28 U.B.C. L. Rev. 1.

A. La conformité de la cession du titre ancestral à la Proclamation de 1763

Les relations entre les autochtones et le gouvernement du Canada ont été définies, à l'origine, dans les derniers mois de la conquête de la Nouvelle-France par la Grande-Bretagne, lorsque l'état-major britannique, au nom du souverain, a promis aux Indiens amis de la France de protéger leurs droits sur leurs territoires s'ils abandonnaient leur allié⁸. Cette promesse était valable peu importe la source du titre des autochtones, qu'il s'agisse d'une terre tribale traditionnelle ou d'une réserve concédée par l'ancien souverain français. Par la suite, le roi Georges III a entériné la démarche de ses généraux en édictant la *Proclamation de 1763*⁹. La partie de cet instrument traitant des autochtones s'ouvre par une disposition liminaire exprimant la résolution royale

[d']assurer aux nations ou tribus sauvages qui sont en relation avec Nous et qui vivent sous Notre protection la possession entière et paisible des parties de Nos possessions et territoires qui ont été ni concédées ni achetées et ont été réservées pour ces tribus ou quelques-unes d'entre elles comme territoires de chasse¹⁰.

Le roi, par-delà ces assurances, a en même temps consacré la légitimité et la validité de toutes les cessions et extinctions opérées antérieurement par les autochtones puisque les seules terres protégées sont celles «qui n'ont été ni concédées ni achetées et ont été réservées pour ces tribus»¹¹. Il y a donc eu simultanément promesse de protection

⁸ Ce message du général Amherst à l'intention des autochtones, rédigé le 27 avril 1760, résume la politique des militaires :

As I have nothing more at Heart than the good and welfare of the Community, I do assure all the Indian Nations, That his Majesty has not sent me to deprive any of you of your Lands and Property; on the contrary, so long as you adhere to his Interest, and by your behaviour give proofs of the Sincerity of your attachment to his Royal Person and cause, I will defend and maintain you in your just rights, and give you all the aid and assistance you may stand in need of, to repress the Dangers you may be liable to from the Enemy, thro' your attachment to us («Message du général Amherst aux Indiens», Pennsylvania Archives, Série 1, 448-49 dans F. Jennings, dir., *Iroquois Indians: A Documentary History of the Diplomacy of the Six Nations and Their League*, 1761, Woodbridge (Conn.), Research Publication, 1985).

⁹ Le débat a toujours cours quant à la portée de la *Proclamation de 1763* à l'intérieur du territoire de la colonie de Québec. Certains soutiennent que le décret royal ne s'y appliquait pas, ou encore qu'il ne visait que les terres des réserves, alors que d'autres défendent la thèse voulant que la *Proclamation de 1763* ait également protégé les terres tribales traditionnelles non encore cédées par les autochtones (voir : Adams c. R., [1993] R.J.Q. 1011 (C.A.) [ci-après Adams], autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada accordée (9 décembre 1993), 23615 (C.S.C.) ; Côté c. R., [1993] R.J.Q. 1350 (C.A.) [ci-après Côté], autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada accordée (3 mars 1994), 23707 (C.S.C.) ; J. Beaulieu, C. Cantin et M. Ratelle, «La Proclamation royale de 1763 : le droit refait l'histoire» (1989) 49 R. du B. 317 ; P. Dionne, «Les postulats de la Commission Dorion et le titre aborigène au Québec : vingt ans après» (1991) 51 R. du B. 127 ; R. Boivin, «Pour en finir avec la Proclamation Royale : la décision Côté» (1994) 25 R.G.D. 131 ; A. Émond, «Existe-t-il un titre indien originaire dans les territoires cédés par la France en 1763 ?» (1995) 41 R.D. McGill 59).

¹⁰ *Proclamation de 1763*, supra note 6 aux pp. 4-5.

¹¹ *Ibid.*

des terres non cédées, et confirmation de la cessibilité du titre autochtone en faveur de la couronne. À cet égard, la *Proclamation de 1763* interdit aux colons d'acquérir des terres indiennes et arrête les grands principes gouvernant la cession volontaire de terres indiennes à la couronne¹², un mécanisme de cession dont l'application aurait été toutefois limitée aux terres situées à l'intérieur des colonies¹³.

Dans son rapport, la Commission se fonde sur une «nouvelle lecture» de la *Proclamation de 1763* pour mettre en doute la licéité de toute exigence gouvernementale d'extinction totale des droits ancestraux dans un traité. On minimise l'éventualité d'une cession et on met plutôt en relief la finalité protectrice de la *Proclamation de 1763* en insistant sur le fait que le décret impérial ne mentionne nulle part expressément la possibilité de «renonciations générales au titre ancestral»¹⁴, et «qu'on n'exige pas des nations indiennes qu'elles abandonnent d'abord le titre relatif à leurs terres pour pouvoir bénéficier de la protection qui leur est garantie»¹⁵. En conséquence, la Commission conclut qu'il convient d'interpréter la *Proclamation de 1763* comme un engagement, non pas de protéger les autochtones contre toute spoliation unilatérale ou confiscation injustifiée par la couronne ou ses sujets, mais bien d'assurer l'intangibilité permanente des droits ancestraux, allant même jusqu'à s'opposer à une demande consensuelle d'extinction complète. Traitant de l'extinction générale des droits, la Commission écrit qu'on «ne saurait dès lors prétendre qu'elle [la *Proclamation de 1763*] exige une telle mesure, ni même l'autorise»¹⁶.

Si on ne peut prétendre que la *Proclamation de 1763* commande l'extinction totale du titre ancestral, il ne s'ensuit pas pour autant qu'elle l'exclut ou la rende d'une quelconque façon problématique au plan juridique. En fait, la législation royale permet en termes clairs l'«achat» des terres à l'intérieur des colonies, ce qui implique qu'il puisse y avoir abandon des droits des autochtones sur ces terres. On ouvre donc la voie aux cessions futures sur une base consensuelle par la mise en place d'une procédure dont l'effet est de légitimer cette pièce maîtresse du projet d'implantation britannique sur le territoire canadien. L'objectif de la guerre contre la France, est-il besoin de le rappeler,

¹² Le passage pertinent de la *Proclamation de 1763* se lit comme suit :

[I]l est strictement défendu à qui que ce soit d'acheter aux sauvages des terres qui leur sont réservées dans les parties de Nos colonies, où Nous avons cru à propos de permettre des établissements ; cependant si quelques-uns des sauvages, un jour ou l'autre, devenaient enclins à se départir desdites terres, elles ne pourront être achetées que pour Nous, en Notre nom, à une réunion publique ou à une assemblée des sauvages qui devra être convoquée à cette fin par le gouverneur ou le commandant en chef de la colonie, dans laquelle elles se trouvent situées [...] (*ibid.* à la p. 6).

¹³ Voir *Ontario (P.G.) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570, 83 D.L.R. (4^e) 381 [ci-après *Bear Island* avec renvois aux R.C.S.], confirmant pour d'autres motifs (1989), 68 O.R. (2^e) 394 à la p. 410, 58 D.L.R. (4^e) 117 (C.A.).

¹⁴ Rapport de la Commission, *supra* note 4 à la p. 53.

¹⁵ *Ibid.* à la p. 54.

¹⁶ *Ibid.* à la p. 53. La *Proclamation de 1763* envisagerait par contre «les cessions ou acquisitions ponctuelles de terres» (*ibid.* à la p. 55), à l'occasion de la conclusion de traités, de sorte qu'une clause d'extinction partielle ne serait apparemment pas intrinsèquement illicite.

avait été «d'agrandir les richesses, les ressources et l'influence de la Grande-Bretagne» et non de «paralyser la Couronne dans l'utilisation des nouveaux territoires conquis»¹⁷. L'œuvre protectrice de la *Proclamation de 1763*, dans son essence, fut de consacrer dans un texte d'ordre constitutionnel le principe du consensualisme comme fondement de la politique impériale en matière d'accès aux terres ancestrales des autochtones.

Quoique la *Proclamation de 1763* n'en fasse pas mention expressément, le principe d'une cession des terres par consentement mutuel prévalait aussi dans le territoire indien bordant la frontière des colonies. Au-delà du libellé même de la *Proclamation de 1763* qui précise que ces terres sont réservées «pour le présent»¹⁸, on peut citer plusieurs ministres et généraux parmi les plus influents, tels Shelburne, Halifax, Amherst et Gage qui ont exprimé le désir de voir se poursuivre l'expansion coloniale vers l'intérieur du continent¹⁹. Shelburne a d'ailleurs transmis pour étude à ses collègues du *Board of Trade* des propositions encourageant la création de nouvelles colonies au Mississipi, en Ohio et à Détroit, soit jusqu'au coeur du pays indien²⁰. Or, ces propositions ne visaient rien de moins que la prise de possession et le peuplement de tout le territoire²¹. Quoique le projet ait été écarté de l'agenda politique immédiat, pour des motifs purement commerciaux²², il demeura dans les cartons du gouvernement, histoire de préserver l'avenir. Voilà pourquoi, peu après la signature des traités déparageant les

¹⁷ R. c. *Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025 à la p. 1071, 70 D.L.R. (4^e) 427, M. le juge Lamer [ci-après *Sioui* avec renvois aux R.C.S.].

¹⁸ *Proclamation de 1763*, *supra* note 6 à la p. 5. Le caractère temporaire des mesures contenues dans la *Proclamation de 1763* ressort des documents contemporains. Ainsi, dans un rapport rédigé en 1763, le secrétaire permanent du *Board of Trade*, John Pownall, avait suggéré que les colonies ne puissent étendre leurs frontières et ainsi empiéter sur le territoire indien, «for the present at least», continua l'auteur («Mr. Pownall's Sketch of a Report Concerning the Cessions in Africa and America at the Peace of 1763» reproduit dans R.A. Humphreys, «Lord Shelburne and the Proclamation of 1763» (1934) 49 Eng. Hist. Rev. 241 à la p. 259). Quelques années plus tard, les lords du commerce ont qualifié les dispositions de la *Proclamation de 1763* de «mere provisional arrangements adapted to the exigence of the time» («Representation of Lords of Trade on the State of Indian Affairs», 7 mars 1768 dans E.B. O'Callaghan *et al.*, dir., *Documents Relating to the Colonial History of the State of New York*, vol. 8, Albany (N.Y.), Weed Parsons, 1853-87 à la p. 21 [ci-après «State of Indian Affairs»]). Lire également à ce sujet : Humphreys, *ibid.* à la p. 249 ; M. Farrand, «The Indian Boundary Line» (1904-1905) 10 Am. Hist. Rev. 782 à la p. 782, note 2.

¹⁹ Voir : «Earl of Shelburne to the Lords of Trade», 5 octobre 1767, dans O'Callaghan *et al.*, dir., *ibid.*, vol. 7 à la p. 982 [ci-après «Earl of Shelburne»] ; C.W. Alvord, *The Mississippi Valley in British Politics: A Study of the Trade, Land Speculation, and Experiments in Imperialism Culminating in the American Revolution*, vol. 1, New York, Russel & Russel, 1959 à la p. 178 ; C.W. Alvord, *Genesis of the Proclamation of 1763*, Michigan Pioneer and Historical Society Collections, Lansing, 1908 à la p. 20.

²⁰ Voir «Earl of Shelburne», dans O'Callaghan *et al.*, dir., *ibid.* aux pp. 982-83.

²¹ Celles-ci, commenteront que les lords du commerce, «are meant to support the utility of Colonizing in the interior Country, as a general principle of Policy; and that in fact they have nothing less in view than the entire possession and peopling of all that Country [...]» («State of Indian Affairs» dans O'Callaghan *et al.*, dir., *ibid.* à la p. 27). Voir également «Earl of Shelburne» dans O'Callaghan *et al.*, dir., *ibid.* à la p. 983.

²² Voir «State of Indian Affairs» dans O'Callaghan *et al.*, dir., *ibid.* aux pp. 27-31.

colonies et le territoire indien, le *Board of Trade* a pris soin de préciser qu'une nouvelle négociation de la frontière était toujours possible, en supposant, bien sûr, que les autochtones se montrent d'accord²³.

La *Proclamation de 1763* devait être un remède aux abus et fraudes dans les achats de terre et les relations commerciales avec les autochtones²⁴. Pour y parvenir, le roi prescrivit l'adoption d'une réglementation sur le commerce et plaça les terres indiennes sous la protection des fonctionnaires de son gouvernement²⁵. Il n'a jamais été question d'empêcher les autochtones de céder partiellement ou complètement leurs droits sur leurs terres ancestrales, ni même de favoriser leur rétention, car la ligne de conduite officielle, depuis près d'un siècle, consistait plutôt à acquérir des autochtones le plus de terres possible²⁶. En revanche, la couronne voulait dorénavant s'imposer comme la seule à pouvoir négocier l'achat des terres indiennes²⁷. Son objectif, et l'unique mesure de son engagement, devait être d'empêcher les transactions dolosives²⁸, les autochtones demeurant pour le reste des acteurs autonomes en ce qui concerne la cession de leurs terres²⁹. Le consensualisme, quoique réglementé, continuait donc d'être la règle³⁰.

Qu'il s'agisse là du droit positif applicable au regard de la *Proclamation de 1763* se trouve confirmé par une jurisprudence importante de la Cour suprême du Canada. Ainsi, dans l'affaire *Bear Island*³¹, la plus haute juridiction a donné pleinement effet à un traité extinctif du titre ancestral sur un territoire visé par la *Proclamation de 1763* en

²³ «[T]he agreement for a boundary line [should] be left open to such alterations as, by the Common consent, and for the mutual Interest of both parties may hereafter be found necessary & expedient» (*ibid.* à la p. 23).

²⁴ Selon l'opinion du *Board of Trade*, *ibid.* à la p. 21.

²⁵ Voir *Proclamation royale de 1763*, *supra* note 6 aux pp. 6-7.

²⁶ Comme en témoigne cette directive adressée aux gouverneurs de New York, entre 1690 et 1755 : «[W]hen any opportunity shall offer for purchasing great tracts of land for us from the Indians for small sums you are to use your discretion therein as you shall judge for the convenience or advantage which may arise unto us by the same» («Relations with the Iroquois (II)» dans L.W. Labaree, *Royal Instructions to British Colonial Governors, 1670-1776*, vol. 2, New York, Octagon Books, 1967, 465). Voir aussi «Purchase of Lands from Indians» dans Labaree, *ibid.*, 467 aux pp. 467-68.

²⁷ La *Proclamation de 1763* reprenait alors le contenu d'une directive adressée au gouverneur de New York (voir «Lords of Trade to Sir Danvers Osborne», 18 septembre 1753 dans O'Callaghan *et al.*, dir., *supra* note 18, vol. 6, 800 à la p. 801).

²⁸ L'inaliénabilité du titre ancestral «a été adoptée pour protéger les Indiens contre des transactions irréflechies» (*Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654 à la p. 677, 53 D.L.R. (4^e) 487). Voir aussi *Guerin c. R.*, [1984] 2 R.C.S. 335 à la p. 383, 13 D.L.R. (4^e) 321, M. le juge Dickson [ci-après *Guerin* avec renvois aux R.C.S.] ; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada)*, [1995] 4 R.C.S. 344 aux pp. 370-71, Mme le juge McLachlin [ci-après *Bande indienne de la rivière Blueberry*].

²⁹ Voir *Bande indienne de la rivière Blueberry*, *ibid.* aux pp. 358-59, M. le juge Gonthier, aux pp. 370-71, Mme le juge McLachlin.

³⁰ La couronne ne peut porter atteinte au titre ancestral, «à moins évidemment que les Indiens y consentent» (voir *Guerin*, *supra* note 28 à la p. 349, Mme le juge Wilson, dissidente pour d'autres motifs).

³¹ Voir *supra* note 13.

rejetant la revendication foncière d'une communauté qui, selon la Cour, avait tacitement adhéré aux termes du traité³². De même, dans *Howard c. R.*³³, après avoir constaté que les dispositions du traité avaient été bien comprises par les signataires autochtones, la Cour a confirmé l'effectivité d'une clause générale d'extinction des droits ancestraux³⁴. On ne saurait donc s'autoriser de la «nouvelle lecture» de la *Proclamation de 1763* effectuée par la Commission pour remettre en cause la légalité des cessions de droits fonciers opérées par voie de traité depuis la *Proclamation de 1763*.

Un comité du conseil exécutif de la Province du Canada concluait déjà en 1836 que la couronne, en adoptant la *Proclamation de 1763*, avait assumé le fardeau d'administrer les terres indiennes pour le bénéfice de ses occupants³⁵. Le gouvernement du pays a longtemps cru qu'il ne s'agissait que d'une responsabilité politique. La Cour suprême du Canada s'est chargée de le détromper lorsque, rendant sa décision dans *Guerin*³⁶, elle a jugé que la *Proclamation de 1763* constituait également le fondement d'une responsabilité légale de type fiduciaire³⁷.

B. La validité de l'extinction du titre au regard des obligations de fiduciaire de la couronne

La Commission³⁸, ainsi que M. le juge Hamilton³⁹, soutiennent que les obligations de fiduciaire de la couronne envers les autochtones sont un motif distinct permettant de rejeter la politique gouvernementale d'extinction du titre ancestral. Il est pourtant loin d'être certain qu'il s'agisse là d'une objection juridique valable. Règle générale, des obligations de fiduciaire existent quand une personne promet d'agir au profit d'une

³² Voir *ibid.* à la p. 575.

³³ [1994] 1 R.C.S. 299, 90 C.C.C. (3^e) 131.

³⁴ Voir *ibid.* aux pp. 306-307.

³⁵ Voir «Report of a Committee of the Executive Council, present the Honorable Mr. Smith, Mr. De Lacy, Mr. Stewart, and Mr. Cochran, on your Excellency's Reference of the 7th October 1836, respecting the Indian Department» dans *British North American Provinces, Copies or Extracts of Correspondence Since 1st April 1835, Between the Secretary of State for the Colonies and the Governors of the British North American Provinces Respecting the Indians in those Provinces*, réimpression, Toronto, Canadiana House, 1973, 27.

³⁶ Voir *supra* note 28.

³⁷ «C'est dans la Proclamation royale de 1763 que Sa Majesté a pour la première fois endossé cette responsabilité [...]» (*Guerin, ibid.* à la p. 376, M. le juge Dickson). Le lien entre la *Proclamation de 1763* et l'obligation de la couronne ressort également de l'arrêt *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85 aux pp. 129-31, 71 D.L.R. (4^e) 193, M. le juge La Forest. Comme la *Proclamation de 1763* est une codification de la *common law* du titre ancestral, on a indifféremment mentionné ce titre comme la source de l'obligation (voir : *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075 à la p. 1108, 70 D.L.R. (4^e) 385, M. le juge en chef Dickson [ci-après *Sparrow* avec renvois aux R.C.S.] ; *Roberts c. R.*, [1989] 1 R.C.S. 322 à la p. 337, 57 D.L.R. (4^e) 197, Mme le juge Wilson).

³⁸ Voir Rapport de la Commission, *supra* note 4 à la p. 51.

³⁹ Voir Rapport Hamilton, *supra* note 5 à la p. 76.

autre et que son engagement est assorti d'un pouvoir discrétionnaire⁴⁰. Le fiduciaire peut alors unilatéralement faire usage de ce pouvoir de manière à avoir un effet sur les intérêts du bénéficiaire de l'obligation, qui se trouve pour cette raison dans une position vulnérable. Il faut conséquemment être en mesure de contrôler les actes du fiduciaire pour s'assurer qu'il respecte sa promesse, et c'est précisément le rôle que remplit l'*equity* en permettant aux tribunaux de lui imposer des normes strictes de conduite qui se traduisent, dans une situation donnée, par une obligation de fiduciaire⁴¹. Les obligations de fiduciaire n'ont par conséquent aucun effet juridique indépendant de l'engagement dont elles découlent. Elles ne sont en réalité qu'une technique juridique visant à mettre en œuvre et à rendre opérationnel cet engagement, qui est ici la promesse de la couronne, dont fait état la *Proclamation de 1763*, de protéger les droits des autochtones.

Chaque relation fiduciaire est particulière. Par exemple, bien que le droit exige de l'un et l'autre qu'ils fassent preuve de loyauté envers leur protégé, la situation du médecin à l'égard de son patient ne se compare pas à celle du parent vis-à-vis de son jeune enfant, ce dernier étant habituellement beaucoup plus vulnérable que ne l'est le patient⁴². Les devoirs précis imposés au fiduciaire dépendent donc du contexte factuel des rapports qui lui ont donné naissance⁴³. Dans le cas qui nous occupe, il faut alors revenir aux engagements historiques pris par la couronne, notamment à la faveur de la *Proclamation de 1763*, et à l'analyse que nous en avons déjà faite. Or, cette analyse révèle que la couronne n'a jamais garanti la pérennité des droits ancestraux comme modalité d'ententes visant le règlement de revendications territoriales. Il n'y aura manquement à ses obligations de fiduciaire que si l'extinction du titre n'est compensée, aux termes du traité, par aucune contrepartie équitable en faveur des autochtones⁴⁴.

Les obligations de fiduciaire, comme d'ailleurs la promesse de protection contenue dans la *Proclamation de 1763*, s'appliquent avant, pendant et après la cession du titre ancestral⁴⁵. Les devoirs imposés au fiduciaire sont toutefois «tributaires des exigences

⁴⁰ Voir *Guerin*, *supra* note 28 à la p. 384, M. le juge Dickson. Voir également : *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, 42 D.L.R. (4^e) 81 [ci-après *Frame* avec renvois aux R.C.S.] ; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, 117 D.L.R. (4^e) 161.

⁴¹ Voir *ibid.*

⁴² Voir : *M.(K.) c. M.(H.)* (1991), [1992] 3 R.C.S. 6 aux pp. 65-66, 96 D.L.R. (4^e) 289, M. le juge La Forest [ci-après *M.(K.)* avec renvois aux R.C.S.] ; *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138 à la p. 149, 93 D.L.R. (4^e) 415, M. le juge La Forest [ci-après *McInerney* avec renvois aux R.C.S.] ; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574 aux pp. 646-47, 61 D.L.R. (4^e) 14, M. le juge La Forest ; *Frame*, *supra* note 40 à la p. 135, Mme le juge Wilson, dissidente pour d'autres motifs.

⁴³ Voir *M.(K.)*, *ibid.* à la p. 66, M. le juge La Forest. Évoquant les obligations de fiduciaire de la couronne envers les autochtones, M. le juge Iacobucci a écrit : «La nature des rapports entre les parties définit l'étendue, voire les limites, des obligations imposées» (*Québec (P.G.) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159 à la p. 183, 112 D.L.R. (4^e) 129).

⁴⁴ Voir *supra* notes 28-29 et texte correspondant.

⁴⁵ Voir Rapport de la Commission, *supra* note 4 à la p. 62.

de la situation»⁴⁶. Suite à une cession, le gouvernement doit jouer un rôle semblable à l'administrateur d'une fiducie, d'un *trust*, en gérant les terres indiennes conformément aux représentations faites aux autochtones, lors de la cession, pour les convaincre de se départir de leur bien⁴⁷. Avant la cession, le devoir du gouvernement est plutôt d'agir comme un conseiller, en faisant comprendre aux autochtones les conséquences de la cession pour qu'ils donnent, le cas échéant, un consentement éclairé⁴⁸. Seul l'intérêt des autochtones doit le guider, avant comme après la cession.

Il en va autrement lorsqu'il négocie avec eux un accord portant sur une revendication territoriale globale. Parce que le gouvernement parle alors au nom de toute la population, il «n'a pas et ne peut pas n'avoir que l'intérêt [des autochtones] en vue»⁴⁹. Dans le contexte d'une revendication globale, l'incertitude entourant l'existence et la portée des droits ancestraux⁵⁰ pèsera lourd dans l'appréciation de l'arbitrage que devra faire la couronne entre les intérêts des autochtones et ceux de la population canadienne en général.

La couronne s'est engagée à protéger les terres des autochtones sans poser d'autre condition que l'acceptation de sa souveraineté, mais elle n'a jamais promis d'accéder à toutes leurs demandes sans que les autochtones aient d'abord prouvé leur droit. Dès les mois qui ont suivi la conquête de la Nouvelle-France, les autorités de la colonie ont effectivement été submergées de réclamations d'autochtones souhaitant qu'on reconnaisse leur titre⁵¹ ; pourtant ces derniers furent souvent éconduits⁵². Le gouvernement de

⁴⁶ *M.(K.)*, *supra* note 42 à la p. 66. Voir également *McInerney*, *supra* note 42 à la p. 149.

⁴⁷ Voir *Guerin*, *supra* note 28 aux pp. 387-89, M. le juge Dickson.

⁴⁸ Voir *Apsassin c. R.*, [1993] 3 C.F. 28 aux pp. 113-14, 100 D.L.R. (4^e) 504 (C.A.), M. le juge Stone, aux pp. 78-79, M. le juge Marceau, aux pp. 56-60, 74 (*in fine*), M. le juge Isaac (dissident pour d'autres motifs). En appel de cette décision, la Cour suprême du Canada a fait du consentement éclairé des autochtones une condition de la validité de la cession, mais sans évoquer explicitement l'existence d'une obligation de la couronne d'informer les autochtones de ses conséquences (voir *Bande indienne de la rivière Blueberry*, *supra* note 28 aux pp. 357, 362-63, M. le juge Gonthier, aux pp. 372-73, Mme le juge McLachlin).

⁴⁹ *Bande d'Eastmain c. Québec (P.G.)*, [1993] 1 C.F. 501 à la p. 517, 99 D.L.R. (4^e) 16 (C.A.), M. le juge Décary, autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée (14 octobre 1993) (C.S.C.) [non publiée], M. le juge Décary continua : «[La couronne] doit chercher un compromis entre cet intérêt [des autochtones] et celui de la collectivité qu'elle représente aussi et dont font partie les Autochtones, relativement aux territoires en question» (*ibid.*). Voir aussi *Kruger c. R.* (1985), [1986] 1 C.F. 3 aux pp. 53-54, 17 D.L.R. (4^e) 591 (C.A.), M. le juge Urie.

⁵⁰ Voir la partie III.A, ci-dessous.

⁵¹ Voir Lettre du général Gage au surintendant William Johnson, 7 avril 1766, dans C.W. Alvord et C.E. Carter, dir., *The New Regime, 1765-1767*, vol. 11, Springfield (Ill.), Ill. St. Hist. L., 1916 à la p. 212 [ci-après Lettre du général Gage].

⁵² Mentionnons, à titre d'exemples, les refus opposés aux Mohawks et aux Micmacs (voir : Lettre du général Gage, *ibid.* ; Lettre du lieutenant-gouverneur Cox au gouverneur Haldimand, 16 août 1784, Archives nationales du Canada, *Haldimand Papers*, B-202 à la p. 186 ; Lettre de John Johnson au général Haldimand, 11 mars 1784, dans E.A. Cruikshank, *The Settlement of the United Empire Loyalists on the Upper St. Lawrence and Bay of Quinte in 1784: A Documentary Record*, Toronto, Ontario Historical Society, 1934 aux pp. 58-59).

la colonie aurait d'ailleurs manqué à son devoir d'État s'il s'était contenté d'estampiller sans examen les demandes qui lui étaient adressées. Deux siècles ont passé, mais la problématique est demeurée essentiellement la même pour son successeur, l'actuel gouvernement du Canada, lorsqu'il est confronté à une revendication territoriale globale d'une communauté autochtone.

La difficulté, du point de vue des autochtones, est que la preuve judiciaire d'une revendication territoriale globale est une procédure très longue, coûteuse, et dont les résultats sont pour le moins incertains. La possibilité de conclure des traités devient donc pour eux une solution de rechange valable. Toutefois, cette dernière solution n'est pas pleinement satisfaisante du point de vue du gouvernement, puisqu'il ne sait toujours pas quels sont exactement les droits ancestraux des communautés concernées. Si les autorités consentent tout de même à négocier une entente, elles risquent de causer un préjudice au reste de la population en reconnaissant des droits inexistantes en *common law*, lesquels seraient par conséquent sans aucun lien avec l'obligation de fiduciaire due aux autochtones.

Un compromis conciliant les rôles de la couronne comme gardienne de l'intérêt général et comme fiduciaire des autochtones demeure cependant possible. Le gouvernement, au nom de l'intérêt public, pourra demander aux autochtones de faire certaines concessions en contrepartie du risque qu'il prend et il justifiera ces concessions, en tant que fiduciaire des autochtones, par les avantages qu'en retirent ses protégés. Outre les économies de temps et d'argent, le traité permet en effet aux autochtones d'obtenir la reconnaissance de droits clairs, incontestables et essentiels au développement politique, économique et culturel de leurs communautés. Il est certes difficile d'évaluer si les termes de l'échange sont équitables, en raison justement de l'incertitude juridique. On ne peut, cependant, prétendre que la couronne viole son obligation de fiduciaire simplement parce qu'elle demande, comme une condition du traité, que les autochtones consentent à l'extinction de leur titre ancestral. Il faut éviter, en d'autres termes, de tenir pour acquis que toute exigence d'abandon des droits constitue une spoliation indépendamment des avantages que la partie autochtone obtient aux termes d'un traité.

Les mêmes arguments peuvent être avancés à la défense du gouvernement lorsque, pour s'attaquer à la légalité de sa politique d'extinction du titre ancestral, on invoque cette fois le statut constitutionnel des droits ancestraux⁵³.

L'adoption du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁵⁴ a marqué une autre étape dans la mise en œuvre des engagements historiques de la couronne. Désormais, le gouvernement, tant au niveau législatif qu'exécutif, ne peut plus se dérober

⁵³ Voir Rapport de la Commission, *supra* note 4 aux pp. 55-61.

⁵⁴ Constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, art. 35(1) : «Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés».

à sa responsabilité en invoquant devant une cour de justice ses immunités statutaires ou de *common law*⁵⁵.

Il ne semble pas toutefois que la nouvelle disposition constitutionnelle ait eu pour résultat d'étendre la portée substantive des obligations de la couronne. La Cour suprême du Canada, dans *Sparrow*⁵⁶, a en effet décidé que le paragraphe 35(1) comprenait les rapports de fiduciaire reconnus par elle dans l'affaire *Guerin*⁵⁷. La Cour a refusé par la suite d'entendre les appels de jugements où les procureurs des autochtones ont invoqué sans succès la *Loi constitutionnelle de 1982* pour alourdir le fardeau gouvernemental⁵⁸.

Bien qu'il y ait eu constitutionnalisation formelle de son obligation historique, la *Loi constitutionnelle de 1982* ne paraît donc pas contraindre la couronne à faire plus que ce à quoi l'engageait déjà son obligation de fiduciaire. On se gardera par conséquent d'assimiler, comme paraît le faire la Commission, toute extinction du titre ancestral par traité à une «atteinte» aux droits protégés par l'article 35 qu'il incombe au gouvernement de justifier selon le test dégagé dans *Sparrow*⁵⁹.

En somme, rien dans le droit positif ne s'oppose à une politique d'extinction par traité. Mais la conjoncture politique dans laquelle s'insère actuellement le processus de revendication n'autorise nullement le gouvernement à faire fi des objections identitaires formulées par les peuples autochtones.

II. La revendication identitaire et les limites d'une objection légitime à la politique d'extinction

A. La pérennité des droits ancestraux comme fondement d'une stratégie autochtone de résistance identitaire

La Commission et M. le juge Hamilton reprennent à leur compte le point de vue des élites autochtones voulant qu'une finalité importante des traités soit d'assurer la pérennité des particularismes culturels inhérents aux régimes fonciers autochtones et que, dès lors, l'extinction par abandon des droits ancestraux soit radicalement incompatible avec cet objectif. Après avoir assigné aux traités contemporains le rôle fondamental

⁵⁵ Voir *Sparrow*, *supra* note 37 à la p. 1106, où M. le juge en chef Dickson a cité en l'approuvant ce passage d'un essai du professeur Lyon : «[L'article 35] écarte les anciennes règles du jeu en vertu desquelles Sa Majesté établissait des cours de justice auxquelles elle refusait le pouvoir de mettre en doute Ses revendications souveraines».

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Voir *ibid.* à la p. 1109, M. le juge en chef Dickson.

⁵⁸ Voir *R. c. Vincent* (1993), 12 O.R. (3^e) 397, 80 C.C.C. (3^e) 256 (C.A.), autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée (14 octobre 1993), 23485 (C.S.C.) ; *R. c. McIntyre*, [1992] 4 W.W.R. 765, [1992] 3 C.N.L.R. 113 (Sask. C.A.), autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée (7 avril 1992) (C.S.C.) [non publiée].

⁵⁹ Voir Rapport de la Commission, *supra* note 4 aux pp. 56-59.

d'assurer la coexistence «de conceptions divergentes quant aux rapports entre les humains et la terre»⁶⁰, la Commission exprime ainsi l'essence de l'objection identitaire :

[L]e plus grand défaut de l'actuelle politique fédérale d'extinction est qu'elle vise l'extinction de droits intimement liés à l'identité autochtone. Elle se trouve ainsi à provoquer une rupture radicale entre, d'une part, les rapports historiques des autochtones avec la terre et, d'autre part, les droits contemporains reconnus par traité⁶¹.

Dans cette optique, les droits ancestraux étant consubstantiels à l'identité autochtone, l'inscription juridique de l'autochtonie passe par une reconnaissance de droits fonciers puisant leurs racines dans le rapport multiséculaire de la communauté autochtone à la terre et aux ressources. L'abandon de ce lien, même opéré à la faveur d'un processus se voulant consensuel, devient dès lors un reniement de soi, une rupture et une dépossession identitaires aux conséquences culturelles irréparables⁶². Selon cette logique, la négociation d'un traité autochtone moderne devient le lieu de revendication d'un véritable droit à l'identité ayant une valeur constitutionnelle.

La territorialisation de l'identité aborigène représente sans conteste un thème central de l'analyse juridique contemporaine⁶³ de l'autochtonie⁶⁴. On a notamment parlé

⁶⁰ *Ibid.* à la p. 7.

⁶¹ *Ibid.* à la p. 69. La Commission assimile l'exigence de l'extinction à un «refus de permettre l'expression, en droit canadien, de certains aspects de l'identité autochtone» (*ibid.* à la p. 53). Quant à M. le juge Hamilton, il se contente de reprendre dans son rapport les représentations des autochtones à cet effet (voir Rapport Hamilton, *supra* note 5 à la p. 39).

⁶² La Commission cite par exemple le propos d'une leader autochtone pour qui l'abandon des droits ancestraux revient à «renoncer à ce qui définit de la façon la plus fondamentale notre identité et notre relation avec le Créateur [...]» (Rapport de la Commission, *ibid.* à la p. 51). Voir au même effet le document de référence sur la Constitution de l'Assemblée des Premières Nations, *Assembly of First Nations Commissioner's Report, First Nations Circle on the Constitution: To the Source*, Ottawa, 1992 aux pp. 8-9, 42-43 [ci-après *First Nations Circle*].

⁶³ Elle est également importante dans la philosophie du droit. Le professeur B. Melkevik écrit à ce sujet :

The conception of rights in North American Native legal culture should be linked to the concept of "community authenticity". North American Native peoples drew their authenticity from the land and resources around them, they portrayed themselves as people who belonged and had communion with both nature and living creatures, hence their identification with the forest, the plains, the mountains, and the buffalo as well (B. Melkevik, «Aboriginal Legal Cultures» dans C.B. Gray, dir., *The Philosophy of Law: An Encyclopedia*, New York, Garland, 1996 [à paraître]).

⁶⁴ Ainsi, José R. Martínez Cobo, auteur d'une importante étude des Nations unies sur la question de la discrimination à l'encontre des populations autochtones, écrit :

Si l'on cherche les raisons qui ont donné naissance à la notion de population autochtone, il convient de dire que la place particulière des populations autochtones au sein de la société des nations-États qui existe aujourd'hui, procède des droits historiques qu'elles ont sur leurs terres et de leur droit à être différentes et à être considérées comme telles (*Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations*

des autochtones «whose very sense of identity was inextricably bound to specific tracts of land»⁶⁵ et affirmé que «les peuples autochtones voient dans leurs droits territoriaux la plus haute expression de leur identité»⁶⁶. C'est d'ailleurs ce qui explique largement pourquoi l'émergence d'un véritable droit relatif aux peuples autochtones est, aux plans national et international, inextricablement liée au défi lancé à la modernité juridique par les poussées identitaires des collectivités non dominantes⁶⁷.

La consistance du lien entre les régimes fonciers coutumiers et la spécificité culturelle des autochtones s'exprimerait par une spiritualité engendrant une éthique de conservation comme principe de vie et donc comme fondement du système social et juridique autochtone⁶⁸. C'est le concept de la «Terre-mère», qui donne avec prodigalité le gibier, le poisson, les fruits et les plantes médicinales, générosité à laquelle l'autochtone répondrait en célébrant et en protégeant sa bienfaitrice dans une relation de «réciprocité respectueuse»⁶⁹. Cet univers culturel et juridique serait «inconnu en droit canadien des biens et de la propriété»⁷⁰, et donc fondateur de la singularité autochtone.

On pose donc la pérennité de ce modèle identitaire comme fondement du rejet de l'extinction des droits ancestraux. La position de la Commission est toutefois ambiguë quant à l'incidence de cette représentation traditionnelle des droits fonciers sur leur portée contemporaine. On valorise grandement le particularisme d'une éthique ancestrale de conservation au risque de masquer un certain remodelage du passé propre à toute variation identitaire et de minimiser les mutations culturelles induites par des siècles d'interconnexion avec la civilisation occidentale. Que reste-t-il de ce particularisme dans les cas où le processus d'acculturation a désarticulé l'ordre foncier ancien ?

autochtones : conclusions, propositions et recommandations, Doc. NU CN.4/Sub. 2/7/Add. 4, vol. 5 (1986), n° 373).

⁶⁵ J. Webber, «The Jurisprudence of Regret: The Search for Standards of Justice in *Mabo*» à la p. 13 [non publié]. De même, dans la foulée de l'affaire *Mabo c. Queensland*, [1992] 66 A.L.J.R. 408, 107 A.L.R. 1 (H.C.) [ci-après *Mabo* avec renvois aux A.L.J.R.], où l'on a reconnu le titre ancestral des aborigènes d'Australie, un analyste affirmait : «La véritable portée de l'arrêt *Mabo* est là : la reconnaissance du droit à la différence et, partant la reconnaissance d'un système juridique particulier[...]» (G. Agniel, «L'Aborigène et le droit foncier australien» dans *La terre*, Actes du sixième Colloque C.O.R.A.I.L., Nouméa, Université française du Pacifique, 1994, 69 à la p. 93).

⁶⁶ N. Rouland, «Les fondements anthropologiques des droits de l'Homme» (1994) 25 R.G.D. 5 à la p. 37.

⁶⁷ Voir N. Rouland, «Notes d'anthropologie juridique : l'inscription juridique des identités» (1994) *Rev. trim. dr. civ.* 287 aux pp. 293-302 [ci-après «Notes d'anthropologie juridique»].

⁶⁸ La Commission écrit que

les peuples autochtones ont tendance à concevoir leur rapport à la terre comme une responsabilité collective totale les obligeant à la protéger, à la nourrir, à la chérir, parce qu'elle est source de vie. Pour les autochtones, les droits liés au territoire ancestral sont des expressions particulières de cette responsabilité générale et fondamentale envers la terre (Rapport de la Commission, *supra* note 4 à la p. 2).

Voir aussi *First Nations Circle*, *supra* note 62 à la p. 46.

⁶⁹ Rapport de la Commission, *ibid.* à la p. 14, où la Commission cite l'auteur Richard Daily.

⁷⁰ *Ibid.* à la p. 10.

Les études historiques démontrent, par exemple, que le mouvement graduel des autochtones vers l'économie de marché, dont témoigne d'ailleurs la *Proclamation de 1763*⁷¹, a opéré dans plusieurs cas une dislocation de leur rapport traditionnel avec la nature⁷². Ainsi, déjà au temps où s'affrontaient, en Amérique du Nord, les visées impérialistes de la France et de la Grande-Bretagne, certains autochtones de l'est du Canada pratiquaient une chasse intensive, parfois jusqu'à l'épuisement de la ressource, afin de satisfaire les besoins du marché de la traite des fourrures⁷³. Ils cherchaient alors à combler un appétit croissant pour des biens de consommation européens désormais intégrés à leur mode de vie.

La Commission escamote cette question mais elle note, par ailleurs, le potentiel évolutif des droits ancestraux : «[T]out comme les cultures au sein desquelles ils sont exercés, les droits ancestraux ne sont pas figés dans le temps, mais au contraire peuvent évoluer avec les besoins et les coutumes des peuples autochtones»⁷⁴. Elle semble toutefois enserrer assez clairement cette évolution dans le prolongement direct des rapports originels qui marquent le particularisme de la tradition juridique autochtone. Il n'est nullement question, dans l'analyse de la Commission, de remettre en cause la normativité contemporaine des régimes fonciers traditionnels. Mais il faut se demander pourquoi la reconnaissance de droits ancestraux devrait être aujourd'hui si étroitement tributaire, au plan de sa justification, d'un modèle et de référents culturels objectifs. La question n'apparaît nullement banale lorsque l'on prend la mesure des risques d'enfermement identitaire que comporte la saisie de l'identité par le droit.

B. Les risques d'une survalorisation des régimes fonciers ancestraux

Le droit n'a pas pour vocation de définir l'identité, d'en fixer les traits distinctifs ni d'en encadrer les termes d'inclusion ou d'exclusion⁷⁵. En effet, un véritable droit à l'identité emporte un libre choix de construction et de reconstruction identitaires. Pour être porteuse d'émancipation et de dignité, l'identité autochtone doit demeurer vivante, perméable à la pluralité, et ce, dans un contexte juridique laissant libre cours aux flux et reflux culturels, aux ruptures même, qui travaillent inéluctablement les valeurs, le mode de vie, et les autres caractéristiques de l'autochtonie.

⁷¹ L'importance du commerce avec les autochtones était telle que la *Proclamation de 1763* déclare formellement que «[n]ous accordons à tous Nos sujets le privilège de commerce ouvert et libre [...] avec lesdits sauvages» (*supra* note 6 à la p. 6).

⁷² Voir : D. Delâge, *Le pays renversé : Amérindiens et Européens en Amérique du nord-est, 1600-1664*, Montréal, Boréal, 1991 aux pp. 164-65 ; C. G. Calloway, *The American Revolution in Indian Country: Crisis and Diversity in Native American Communities*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995 aux pp. 12-13.

⁷³ Voir Delâge, *ibid.* à la p. 164.

⁷⁴ Rapport de la Commission, *supra* note 4 à la p. 56.

⁷⁵ «[L]a fonction du droit [...] n'est pas d'exprimer des valeurs mais d'en permettre l'expression : non de dire l'identité mais de régler les rapports entre les identités» (F. Rousso-Lenoir, *Minorités et droits de l'homme : l'Europe et son double*, Bruxelles, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994 à la p. 73).

En assignant au droit la mission de protéger un mode de vie particulier⁷⁶ ayant nécessairement pour pierre angulaire les régimes fonciers traditionnels, on favorise la composition d'un discours juridique qui serait en quelque sorte prisonnier de cette représentation de la spécificité autochtone. Les communautés autochtones pourront être les premières à faire les frais d'une telle tendance à la ghettoïisation identitaire comme le montre la jurisprudence.

Les cours d'appel, à ce jour, ont effectivement confiné les droits fonciers ancestraux à la sphère des activités traditionnelles de chasse, de pêche et de cueillette à des fins de subsistance⁷⁷. On a écarté du régime de *common law* toute forme commerciale ou industrielle d'exploitation des ressources, et ce, en invoquant la culture ancestrale distinctive des autochtones. Dans l'affaire *Vanderpeet*⁷⁸, les juges se sont même autorisés en termes exprès de l'éthique traditionnelle de conservation des ressources, celle-là même que la Commission met en exergue, pour rejeter une revendication de droits de pêche commerciale. Selon la majorité de la Cour, la relation traditionnelle du peuple Sto:lo avec la nature est peu compatible avec la commercialisation du poisson selon les règles du marché :

Fish had a religious significance. Fish were revered. They were used for food, but played a significant role in ceremonial and social ways. Another important tradition was conservation, which would have tended to inhibit fishing other than to satisfy the needs I have described⁷⁹.

La Cour suprême du Canada devrait bientôt préciser l'impact du mode de vie ancestral sur le potentiel d'actualisation des droits reconnus aux autochtones⁸⁰. Cependant, force est de constater l'ascendant du point de vue postulant l'impossibilité de concilier la sauvegarde ou la revitalisation des régimes fonciers traditionnels avec les conditions actuelles du développement socio-économique. Cette tendance à confiner la

⁷⁶ Ainsi, la Commission écrit que «les nations autochtones, tout comme la Couronne, conviennent depuis longtemps qu'il faut conclure des ententes négociées afin de protéger le mode de vie autochtone mieux que ne le permet actuellement le droit canadien» (Rapport de la Commission, *supra* note 4 à la p. 15).

⁷⁷ Voir en particulier : *Delgamuukw c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1993] 5 W.W.R. 97, 104 D.L.R. (4^e) 470 (B.C.C.A.), procédure d'appel à la Cour suprême du Canada suspendue [ci-après *Delgamuukw* avec renvois aux W.W.R.] ; *R. c. Vanderpeet*, [1993] 5 W.W.R. 459, 80 B.C.L.R. (2^e) 75 (C.A.), autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada accordée (10 mars 1994), 238003 (C.S.C.) [ci-après *Vanderpeet* avec renvois aux W.W.R.]. Voir également *R. c. Pamajewon* (1994), 21 O.R. (3^e) 385, 120 D.L.R. (4^e) 475 (C.A.), autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada accordée (1 juin 1995), 24596 (C.S.C.) [ci-après *Pamajewon*].

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.* à la p. 472, M. le juge MacFarlane.

⁸⁰ Les propos de la Cour dans l'affaire *Badger*, *supra* note 1 au n° 76, donnent prise à la thèse voulant que le droit confirme les peuples autochtones «à vivre de la même façon que leurs ancêtres». Par ailleurs, dans l'affaire *Sparrow*, *supra* note 37 à la p. 1099, la Cour a reconnu que les moyens techniques de prélèvement des ressources n'ont pas à correspondre aux conditions ancestrales d'exploitation.

portée juridique de l'autochtonie à la sphère étroite des styles de vie ancestraux existe d'ailleurs dans d'autres pays⁸¹.

Les tribunaux ont ainsi inscrit dans l'ordre juridique une conception archaïque, immobiliste et foncièrement stéréotypée de l'identité autochtone⁸². Il s'agit d'une dépossession identitaire qui s'opère par l'enclavement des communautés dans un «cocon originel», dans des modes de production économiques marginaux par rapport à la société industrielle moderne et, donc, dans des projets identitaires potentiellement débilitants.

Cette dogmatisation de la spécificité culturelle à partir d'une définition juridique objective de celle-ci devient certes plus facile lorsque les élites autochtones et la Commission déploient elles-mêmes un discours identitaire survalorisant l'intégrité et le rôle des régimes fonciers traditionnels. On peut alors difficilement parler d'un régime porteur de liberté et de dignité pour les communautés autochtones à qui on empêche de se forger une identité originale, apte à réaliser, par le dépassement de toute crispation nostalgique, un métissage des patrimoines culturels et à soutenir leur quête de développement socio-économique.

C. *Le droit à l'auto-identification autochtone comme principe politique de co-existence*

On voit donc d'emblée que le véritable enjeu de la problématique de l'extinction du titre ancestral n'est pas vraiment la préservation d'un mode de vie objectivement défini en fonction d'une grille identitaire particulière. L'enjeu réel est plutôt la reconnaissance du pouvoir des communautés autochtones de construire sans entrave, et de réinterpréter au besoin, leur identité en fonction de leurs aspirations propres. C'est bien la libre mouvance des identités que les traités modernes devront consacrer et protéger. À cet égard, on ne saurait méconnaître la plasticité et la relativité fondamentales des identités. Comme l'écrit le professeur Rouland :

⁸¹ Une auteure donne les exemples du Brésil et de la Suède :

Songeon au cas des Yanomani, auxquels certains veulent bien concéder le maintien de leur territoire traditionnel à condition qu'ils y préservent leur style de vie millénaire (la notion de «parc yanomami» est à cet égard révélatrice). Songeon aussi à la loi suédoise sur les Saami de 1886, depuis lors confirmée par diverses législations, qui ne reconnaît comme Saami que ceux qui pratiquent des activités économiques traditionnelles, c'est-à-dire l'élevage de rennes, la pêche et la chasse (I. Schulte-Tenchkoff, «L'étude des Nations Unies sur les traités entre peuples autochtones et États» (1994) 24 *Recherches amérindiennes au Québec* 7 à la p. 25).

On peut également penser à l'Australie, où MM. les juges Brennan, Mason et McHugh de la Haute cour concluent à l'extinction du titre aborigène dès qu'une communauté, cessant d'observer ses lois et coutumes, change la nature générale de ses liens avec la terre (voir *Mabo*, *supra* note 65 à la p. 435).

⁸² Une conception qui, paradoxalement, ne semble pas respecter la lettre de la *Proclamation de 1763*, ce document reconnaissant aux autochtones le droit d'exploiter le territoire indien pour les besoins de leur commerce avec les Britanniques (voir *Proclamation de 1763*, *supra* note 6 aux pp. 4-6).

D'une part, les identités sont toujours instrumentalisées : le recours aux traditions et diverses valeurs culturelles s'opère dans des conditions déterminées, fréquemment conflictuelles, et les traditions invoquées sont souvent largement réinterprétées, voire inventées pour répondre aux nécessités du moment. D'autre part chacun d'entre nous possède des identités collectives multiples entre lesquelles il choisit selon ses stratégies, de façon souvent alternative et successive [...]⁸³

[L]es identités sont toujours l'objet d'un travail de réinterprétation [...] [C]'est aux autochtones eux-mêmes de les élaborer et elles ne peuvent être le retour pur et simple aux traditions recensées par les ethnographes⁸⁴.

Par conséquent, s'agissant de l'extinction du titre ancestral comme modalité de négociation d'un traité, la couronne devrait reconnaître la liberté identitaire des autochtones. Il lui incombe dès lors d'accepter et de respecter le sens qu'une communauté autochtone accorde à son titre ancestral. Comme les cultures autochtones ne sont nullement homogènes et statiques, il devrait revenir à chaque communauté, compte tenu de la configuration de son espace mémoriel, de statuer sur la question de l'interprétation culturelle qu'elle fait de ses droits historiques à l'approche de l'an deux mille.

Des communautés pourront y voir l'affirmation politique et juridique de leur existence en tant que peuples distincts ; d'autres y trouveront peut-être la clef d'une revigoration spirituelle et d'un retour à des valeurs ancrées dans le passé mais réinterprétées en fonction des conditions actuelles ; d'autres encore pourront valoriser d'abord le potentiel économique de leurs droits compte tenu de leur projet collectif particulier. L'attitude d'une communauté à l'égard d'une proposition gouvernementale d'abandon partiel ou total des droits reconnus par la *common law* dépendra sans doute de sa lecture contemporaine du titre ancestral.

Par conséquent, aucune proscription, même politique, ne peut *a priori* frapper toute proposition gouvernementale d'extinction du titre. Toutefois, la couronne doit prendre acte de l'exercice d'auto-identification autochtone et s'y conformer dans sa démarche de négociation des revendications territoriales globales. Une exigence radicale et universelle d'extinction n'est donc pas justifiable dans la perspective du respect des identités comme principe de coexistence entre les autochtones et les allochtones.

L'objection identitaire, dans sa dimension politique de gestion des dynamiques intercommunautaires, s'avère en définitive bien fondée. La formulation qu'en fait la Commission apparaît, par contre, problématique en ce qu'elle véhicule un certain relent de purisme identitaire qui cadre mal avec les valeurs fondamentales de la modernité juridique que sont la liberté, l'égalité et la pluralité des identités.

De plus, cette exigence gouvernementale d'extinction n'est pas non plus justifiable par l'objectif de sécurisation des rapports fonciers avec les autochtones. Autrement dit,

⁸³ «Notes d'anthropologie juridique», *supra* note 67 aux pp. 292-93.

⁸⁴ *Ibid.* à la p. 301.

la sécurité juridique légitimement recherchée par la couronne ne passe pas inéluctablement par le sacrifice de la liberté identitaire autochtone. D'autres voies existent et il convient de se pencher en détail sur celles-ci.

III. La conciliation possible de l'identité autochtone et de la sécurité juridique

A. Le poids de l'incertitude juridique

La quête par les communautés autochtones d'une reconnaissance du titre ancestral comme expression de leur identité culturelle ne devrait pas faire oublier qu'il ne s'agit pas là de leur seul intérêt à rechercher la conclusion d'une entente. Il leur importe aussi d'atténuer l'indétermination généralisée qui caractérise le régime des droits ancestraux sous l'empire de la *common law* et de la Constitution canadienne. Le traité doit donc être l'occasion de préciser la position juridique des autochtones et de garantir l'exercice des droits ainsi reconnus, tout en organisant pour l'avenir les rapports avec la couronne et les tiers à qui des droits ont été concédés relativement aux terres visées par la revendication. Sur ce point, les attentes des autochtones rejoignent celles des autres protagonistes qui voient aussi dans la conclusion d'une entente un moyen privilégié de réaliser la certitude juridique.

On comprend mieux l'importance concrète de cet enjeu lorsque l'on considère l'ampleur des zones d'incertitude touchant tant le domaine que les conditions des revendications foncières autochtones. Si les tribunaux ont établi que les droits ancestraux sont notamment des droits d'occupation et d'usage des terres traditionnelles des requérants⁸⁵, ils n'ont pas encore tranché la question de savoir s'il s'agit de droits exclusifs⁸⁶. Les juges n'ont pas davantage précisé les critères applicables quant à l'intensité de l'occupation et de l'usage que devaient faire les autochtones du territoire antérieurement à la souveraineté européenne⁸⁷.

De même, on ne connaît pas encore vraiment la nature du lien devant exister entre la société ancestrale et la communauté autochtone contemporaine revendiquant des droits⁸⁸. La situation n'est pas fixée non plus quant au degré nécessaire de continuité dans l'occupation de la terre et l'usage des ressources, ni quant au type de rapport que

⁸⁵ Voir notamment les affaires : *Calder c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1973] R.C.S. 313, 34 D.L.R. (3^e) 145 [ci-après *Calder* avec renvois aux R.C.S.] ; *Guerin*, *supra* note 28.

⁸⁶ Les cours d'appel ont apparemment adopté des points de vue divergents sur cette question (voir d'une part *Adams*, *supra* note 9 et, d'autre part, *Delgamuukw*, *supra* note 77).

⁸⁷ La Cour suprême du Canada s'est à ce jour contentée d'inviter les tribunaux à faire preuve de souplesse en cette matière (voir *Bear Island*, *supra* note 13 à la p. 575).

⁸⁸ Ce problème a été abordé, en partie, dans le contexte des droits issus de traités lors de l'affaire *Simon c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 387 aux pp. 407-408, 24 D.L.R. (4^e) 390, et il reste à voir quelle sera l'incidence de cette jurisprudence eu égard aux droits ancestraux. Pour une analyse jurisprudentielle de la question en Australie, voir *Mabo*, *supra* note 65.

la communauté contemporaine doit entretenir avec la terre revendiquée⁸⁹. Au surplus, on s'interroge toujours sur le contenu exact d'un éventuel faisceau de droits inhérents au titre ancestral, notamment sur l'existence de droits politiques⁹⁰ et sur la possibilité d'une exploitation commerciale ou industrielle des ressources⁹¹. Le poids de l'incertitude présente par ailleurs une inflexion singulière au Québec étant donné l'incidence encore indéfinie du régime français⁹² et le débat entourant la portée territoriale de la *Proclamation de 1763* dans les limites du Québec de cette époque⁹³.

À l'imprécision entourant les conditions d'existence de droits ancestraux s'ajoute l'indétermination des actes ou des situations qui, avant 1982, emportaient extinction de ces droits⁹⁴. Ainsi, on se demande jusqu'à quel point le domaine privé, par opposition au domaine de la couronne, se trouve exposé au risque de revendications ; en d'autres termes, quel est le degré d'intangibilité des droits acquis par les tiers sur le territoire grevé d'un titre ancestral ? Les conséquences d'une extinction unilatérale opérée avant 1982 restent aussi à être déterminées en ce qui concerne le droit à l'indemnisation au profit des communautés dépossédées⁹⁵.

Pour les autochtones, la conclusion d'une entente de revendication territoriale servira donc à préciser l'étendue du territoire grevé de droits, la portée de ces droits, et les conditions administratives, politiques et financières de leur coexistence avec la couronne et les tiers sur le territoire visé. De la conclusion d'une entente dépendra le développement socio-économique de la communauté. Celle-ci évitera ainsi les frais d'une judiciarisation de la question foncière dont les résultats ne lui seraient, au demeurant, pas forcément favorables.

Du point de vue de la couronne, la sécurité juridique résultant d'un traité sera une façon de promouvoir le développement économique et la paix sociale des régions concernées en plus de contribuer au rapprochement entre les autochtones et la société ca-

⁸⁹ Même si les propos de la Cour suprême dans l'affaire *Sparrow*, *supra* note 37 à la p. 1095, donnent à penser que celle-ci exigera la preuve d'une utilisation ininterrompue du territoire, on ignore encore l'impact précis des déplacements et de la sédentarisation volontaires des populations autochtones.

⁹⁰ Les cours d'appel ont à ce jour refusé de reconnaître un droit ancestral inhérent à l'autonomie gouvernementale (voir notamment : *Delgamuukw*, *supra* note 77 ; *Pamajewon*, *supra* note 77). La Cour suprême devra trancher cette question, peut-être dans l'affaire *Pamajewon* dont elle a accepté de se saisir.

⁹¹ Voir *supra* note 77 et texte correspondant.

⁹² Voir notamment : *Adams*, *supra* note 9 ; *Côté*, *supra* note 9 ; *Émond*, *supra* note 9 ; H. Brun, dir., «Les droits des Indiens sur le territoire du Québec» dans *Le territoire du Québec : Six études juridiques*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1974, 35 à la p. 50 ; R. Boivin, «Le droit des autochtones sur le territoire québécois et les effets du régime français» (1995) 55 R. du B. 135.

⁹³ Voir *supra* note 9.

⁹⁴ L'extinction unilatérale des droits ancestraux était possible avant 1982 en présence d'une manifestation «claire et expresse» de l'intention du souverain de mettre fin à ces droits (voir, entre autres, *Sparrow*, *supra* note 37 à la p. 1099, M. le juge en chef Dickson). La jurisprudence demeure cependant fort incertaine quant à la manière dont doit s'exprimer une telle intention.

⁹⁵ La Cour suprême s'est divisée sur cette question dans l'affaire *Calder*, *supra* note 85.

nadienne. La levée de l'équivoque relative aux droits fonciers favorisera en effet les projets d'activités économiques par un accès ordonné aux ressources, et aidera à minimiser les possibilités de tensions entre les populations partageant le territoire visé par l'entente.

Jusqu'à ce jour, le gouvernement a recouru à l'extinction des droits ancestraux comme technique de gestion de l'indétermination du régime général des droits ancestraux et de conciliation des intérêts de toutes les parties à une entente. Cette approche, sans être en soi illicite, soulève désormais, comme il a été démontré précédemment, des difficultés politiques du fait des revendications identitaires autochtones liées à la pérennité du titre ancestral. Or, des formules novatrices de prise en compte de ces revendications apparaissent possibles, dont celle, mise de l'avant par la Commission et M. le juge Hamilton, de la reconnaissance mutuelle de droits comme fondement d'une entente sur des revendications territoriales.

B. La reconnaissance mutuelle : une voie possible de conciliation de la liberté identitaire et de la stabilité juridique

Pour assurer le respect dans les traités de la conception autochtone de la terre et du titre ancestral, la Commission propose de substituer le principe de la «reconnaissance mutuelle» à l'exigence d'extinction du titre ancestral. Une entente fondée sur ce principe serait une entente qui «protège les intérêts existants des tiers, reconnaît les droits fonciers des autochtones et de la Couronne»⁹⁶. Dans la même veine, le Rapport Hamilton estime essentiel de «remplacer l'exigence actuelle touchant l'abandon des droits par une reconnaissance des droits ancestraux des autochtones»⁹⁷.

Il s'agirait de passer d'une logique d'extinction, donc de rupture du lien des autochtones avec la terre, à une logique de protection, c'est-à-dire d'affirmation de la spécificité des droits autochtones. En contrepartie, les autochtones, forts de cette reconnaissance et de la légitimité ainsi conférée à leur rapport historique à la terre, pourraient reconnaître à la couronne des droits et confirmer les droits des tiers relativement à leurs terres. Pour atteindre l'objectif de sécurité juridique, ces droits allochtones devront cependant bénéficier d'une protection contre toute revendication de droits ancestraux incompatibles. M. le juge Hamilton le reconnaît sans ambages dans son rapport⁹⁸ et la Commission le concède, du moins pour ce qui est des droits des tiers⁹⁹.

Cependant, même si la Commission n'aborde pas cette question, il faut préciser que la reconnaissance de certains droits ancestraux ne doit évidemment pas avoir pour conséquence que le gouvernement se trouve à accepter l'ensemble des prétentions de la partie autochtone sur la totalité des terres revendiquées. On peut en revanche penser que plus les autochtones seront disposés à reconnaître des droits allochtones importants

⁹⁶ Rapport de la Commission, *supra* note 4 à la p. 67.

⁹⁷ Rapport Hamilton, *supra* note 5 à la p. 107.

⁹⁸ Voir *ibid.* à la p. 115.

⁹⁹ Voir Rapport de la Commission, *supra* note 4 aux pp. 71-72.

et fermes en fonction des diverses catégories de terres, moins la couronne sera portée à limiter l'étendue des terres bénéficiant d'une reconnaissance de droits ancestraux.

Si les parties, de manière exceptionnelle, s'entendent pour que ce ne soient pas toutes les terres revendiquées qui bénéficient de l'affirmation de droits ancestraux, l'accord devra régler définitivement le statut juridique des terres qui échappent au principe de reconnaissance. À cet égard, la partie autochtone étant satisfaite de l'étendue des terres où des droits lui sont reconnus et des autres avantages d'écoulant du traité, elle pourra souscrire à une clause indiquant que les terres grevées de droits ancestraux aux termes du traité constituent la totalité des terres à l'égard desquelles la communauté autochtone jouit de droits ancestraux.

Par contre, l'absence de disposition extinctive des droits ancestraux fera en sorte que des droits non explicitement définis dans le traité pourront subsister sur les terres visées par le principe de reconnaissance, dans la mesure où les autochtones pourront établir devant les tribunaux l'existence de ces droits résiduels.

On peut se demander si ce concept de reconnaissance satisfierait l'exigence identitaire dans la mesure où les autochtones s'engageraient à s'abstenir d'exercer leurs droits ancestraux d'une manière inconciliable avec les droits reconnus à la couronne ou aux tiers. Ne s'agirait-il pas alors d'une extinction *de facto* ou indirecte des droits ancestraux ?

Il faudrait sans doute répondre affirmativement si on s'en tenait à une analyse purement utilitariste, matérielle ou économique, bref eurocentrique, des droits ancestraux. Toutefois, une approche qui transcende la matérialité pour tenir compte de la symbolique autochtone permet de concilier la confirmation de droits allochtones intangibles et la préservation du rapport historique et symbolique des autochtones avec la terre. Ainsi, le fait que ce soit la nation autochtone elle-même qui reconnaît à la couronne ou aux autres Canadiens certains droits sur les terres visées par la reconnaissance du titre ancestral peut constituer une réaffirmation, non seulement de l'antériorité de l'ordre foncier autochtone, mais aussi de l'éthique amérindienne de partage¹⁰⁰.

Cette interprétation du principe de reconnaissance mutuelle permet clairement le dépassement du schème traditionnel de substitution plénière de la couronne au peuple autochtone comme source légitime de droits fonciers. En plus de représenter un certain *modus vivendi* interculturel, la reconnaissance mutuelle pourrait aussi assurer aux parties un degré suffisant de sécurité juridique dans la mesure où il y a intangibilité effective des droits reconnus ou conférés par les autochtones à l'égard des terres visées par la reconnaissance de droits ancestraux.

¹⁰⁰ Sur la représentation autochtone des traités comme opérant un partage de la terre, voir notamment : Rapport de la Commission, *ibid.* à la p. 19 ; Rapport Hamilton, *supra* note 5 à la p. 50 ; R. Daniel, «The Spirit and Terms of Treaty Eight» dans R. Price, dir., *The Spirit of the Alberta Indian Treaties*, Montréal, Institute for Research on Public Policy, 1980, 47 aux pp. 94-95 ; *First Nations Circle*, *supra* note 62 à la p. 3.

Malheureusement, la position de la Commission, contrairement à celle exprimée dans le Rapport Hamilton, est pour le moins ambivalente, sinon contradictoire, quant à l'importance de la sécurité juridique comme finalité des négociations d'ententes sur des revendications territoriales.

C. *La proposition de la Commission : une perpétuation de l'incertitude juridique*

La Commission se dit d'abord «tout à fait d'accord»¹⁰¹ avec les objectifs de clarté et de certitude juridiques qu'elle tient pour «valables et légitimes»¹⁰². Elle propose même d'atteindre ce but par la reconnaissance expresse, en fonction de différentes catégories de terres, d'une gamme de droits ancestraux en faveur des autochtones d'une part, et de droits dévolus à la couronne et aux tiers d'autre part. La définition des droits ancestraux n'étant pas nécessairement exhaustive, des droits non visés par les termes du traité pourraient éventuellement être reconnus par les tribunaux¹⁰³.

Grâce à cette formule, les autochtones jouiraient d'une sécurité juridique réelle en se voyant garantir un nombre incompressible de droits précis tout en conservant la possibilité de faire reconnaître par les voies contentieuses des droits résiduels non définis dans le traité. Pour ce qui est de la couronne et des tiers, ils pourraient être pareillement protégés par une disposition prévoyant la préséance de leurs droits par rapport aux droits ancestraux résiduels non visés par l'entente¹⁰⁴. La position juridique des allochtones serait de la sorte à l'abri d'une remise en question éventuelle résultant de l'invocation par les autochtones de droits laissés à l'écart du traité.

Cependant, malgré l'échafaudage de cette intéressante formule, il s'avère en fait que, pour la Commission, seule la partie autochtone devrait ultimement bénéficier d'une véritable sécurité juridique en vertu d'un traité de reconnaissance mutuelle. En effet, la Commission dilue, au point de le priver de toute vertu stabilisante, le principe de l'intangibilité des droits reconnus à la couronne. Ainsi, après avoir noté l'importance de «faire en sorte que les droits ancestraux puissent évoluer avec le temps»¹⁰⁵, elle affirme que les parties devront s'assurer que «les droits ancestraux reconnus puissent évoluer par suite de changements juridiques favorables»¹⁰⁶. Elle propose de plus que les autochtones puissent en tout temps bénéficier d'un «éventuel élargissement de leurs droits légaux et constitutionnels»¹⁰⁷ et qu'à cette fin «les parties

¹⁰¹ Rapport de la Commission, *ibid.* à la p. 50.

¹⁰² *Ibid.* à la p. 63.

¹⁰³ Il faut toutefois comprendre que la définition consensuelle de droits dits «ancestraux» n'aurait d'autre effet que de protéger les autochtones contre les aléas de la jurisprudence en garantissant la jouissance des droits définis qui seraient, indépendamment de la *common law*, des droits «issus de traité» aux termes du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

¹⁰⁴ Voir Rapport de la Commission, *supra* note 4 à la p. 69.

¹⁰⁵ *Ibid.* à la p. 71.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Ibid.*

soient tenues d'engager de bonne foi des négociations dans le cas où se produiraient, après la signature de l'entente, des changements juridiques importants et imprévus»¹⁰⁸.

Selon la Commission, ces protections seraient rendues nécessaires afin que les parties autochtones ne doivent pas : «[Ê]tre automatiquement et indéfiniment obligées de renoncer à des droits constitutionnels dont elles n'avaient pas connaissance au moment de la signature, simplement pour assurer l'incontestabilité des droits reconnus à la Couronne»¹⁰⁹. Cela signifie en clair que la portée des droits des autochtones, qu'ils soient ou non définis dans le traité, pourrait à tout moment être augmentée, en conséquence de développements jurisprudentiels, de manière à modifier les droits ou les obligations de la couronne aux termes du traité. Seuls les droits des tiers seraient apparemment immunisés contre d'éventuelles vicissitudes jurisprudentielles¹¹⁰. On admettra d'emblée qu'un tel élargissement des droits de la partie autochtone serait, dans certains cas, susceptible de bouleverser les équilibres ayant présidé à la conclusion de l'entente.

La Commission n'envisage en revanche aucune réouverture obligatoire du traité dans l'hypothèse de développements qui auraient pu, n'eût été du traité, bénéficier à la couronne. En définitive, il revient exclusivement au gouvernement de porter le fardeau de l'incertitude juridique découlant de cette formule ; ce serait même là «l'inévitable prix de la coexistence»¹¹¹.

On semble oublier que la stabilité des relations juridiques, parce qu'elle tend à minimiser les possibilités de conflits, apparaît aussi comme une condition *sine qua non* d'un pacte durable de coexistence. De plus, un traité, par définition, vise à concilier véritablement les intérêts des parties¹¹², même s'il doit par ailleurs préserver l'honneur de la couronne dans son rôle de fiduciaire. Dans ce contexte, il est plutôt difficile d'admettre que la proposition de la Commission représente un arbitrage équitable des divers intérêts en cause dans le processus de revendications territoriales globales. On s'attend à ce que la couronne renonce substantiellement à son objectif de stabilité juridique, et qu'elle sacrifie largement les intérêts qui s'y rattachent au profit de la partie autochtone. Cette dernière serait par contre assurée de droits inexpugnables, reconnus dans le traité, auxquels pourraient s'ajouter, à la faveur d'une renégociation obligatoire de l'entente, les droits nouveaux définis par les tribunaux au fil du temps.

Il faut également comprendre que cette fragilisation des droits de la couronne ne constitue nullement une exigence de la revendication identitaire autochtone liée à la pérennité du titre ancestral. Comme il a été souligné précédemment, l'identité autochtone et l'intangibilité de droits allochtones ne sont pas conceptuellement irréconciliables, ce que la Commission reconnaît elle-même lorsqu'elle affirme que même en l'absence de

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Voir *ibid.* aux pp. 71-72.

¹¹¹ *Ibid.* à la p. 71.

¹¹² Voir *Sioui*, *supra* note 17 à la p. 1069, M. le juge Lamer.

clause d'extinction, la sécurité juridique des tiers doit nécessairement primer l'exercice matériel des droits ancestraux.

Par conséquent, il convient plutôt de s'enquérir des moyens d'aménager une sphère de coexistence harmonieuse des droits ancestraux et des droits que les autochtones accepteront de reconnaître et de garantir fermement aux tiers et à la couronne sur les terres visées par la reconnaissance de droits ancestraux.

D. La recherche d'une coexistence des droits ancestraux et de droits allochtones intangibles

Même s'il n'est pas évident que la couronne doive renoncer à une mesure réelle de protection de ses droits aux termes d'un traité, on pourrait craindre, à l'instar de la Commission, que l'intangibilité des droits allochtones s'avère injuste pour les autochtones si la couronne, usant «de son pouvoir de négociation supérieur»¹¹³, obtenait une formulation tellement englobante de ses droits que l'application résiduelle et évolutive de droits ancestraux non définis dans le traité se trouverait pratiquement neutralisée. Cette objection postule toutefois que la couronne ne viserait pas, contrairement à ses déclarations en ce sens, à en arriver à une solution juste et équitable.

Évidemment, s'il fallait partir de ce postulat, même la formule mise de l'avant par la Commission pourrait se retourner contre les autochtones. La couronne n'ayant alors aucun intérêt à leur accorder une sécurité juridique plus grande que celle lui étant consentie, elle pourrait n'accepter de définir dans l'entente que très peu de droits, abandonnant ainsi pour l'essentiel la partie autochtone aux aléas d'une définition judiciaire longue et coûteuse de ses droits ancestraux.

La justice et l'équité résident sans doute, comme c'est souvent le cas, dans une solution intermédiaire qui tenterait d'assurer divers degrés de coexistence des droits allochtones et d'éventuels droits ancestraux résiduels, en fonction de différentes catégories de terres. L'articulation des droits pourra en effet varier selon un classement des terres allant d'un régime minimal de droits allochtones jusqu'à un régime où le principe d'intangibilité des droits allochtones ne permettra qu'un exercice tout à fait limité d'éventuels droits autochtones résiduels reconnus par les tribunaux.

Dans toutes les catégories de terres, les droits octroyés à la couronne et aux tiers jouiraient d'une garantie ferme de protection contre toute invocation de droits ancestraux. Toutefois, la coexistence des droits pourrait être favorisée par l'insertion dans le traité d'une règle stricte de conflit opérationnel applicable au moins à certaines terres. On pourrait s'inspirer de la jurisprudence privilégiant une articulation conciliatrice des droits fonciers des autochtones et des droits de la couronne ou des tiers¹¹⁴. Cette façon

¹¹³ Rapport de la Commission, *supra* note 4 à la p. 70.

¹¹⁴ Voir par exemple l'affaire *Sioui*, *supra* note 17 où le juge Lamer a écrit : «Pour que l'exercice des [droits aborigènes] soit incompatible avec l'occupation que la Couronne fait du Parc, il faudrait non seulement qu'il soit contraire à l'objectif qui sous-tend l'occupation, mais qu'il en empêche la réali-

de faire ne serait d'ailleurs pas sans rappeler la règle de conflit de lois ayant cours dans le contentieux constitutionnel du partage des compétences¹¹⁵. Ainsi, le principe de prépondérance des droits allochtones limités n'opérerait qu'en présence d'une impossibilité pratique de donner effet simultanément aux droits des autochtones.

Cette prépondérance n'aurait d'ailleurs pas à être automatique même en présence d'un conflit puisque rien n'empêcherait les parties de prévoir, dans certains cas, l'exercice plénier des droits ancestraux, nonobstant tout droit allochtone incompatible, sous réserve d'un engagement dans le traité de compenser financièrement la couronne ou les tiers¹¹⁶. Puisque leur revendication de droits pleinement évolutifs semble reposer d'abord sur des motivations identitaires et non sur la valeur purement économique des droits, les groupes autochtones seraient sans doute prêts à envisager un tel arrangement.

L'ampleur des droits de la couronne et des tiers serait fonction, en plus de l'objectif de préservation des droits ancestraux, des intérêts essentiels en cause et des attentes de la partie autochtone en termes d'avantages financiers et autres. Signalons enfin qu'il sera loisible aux parties, à tout moment après la signature de l'entente, d'entamer de nouvelles négociations en vue de la modification de celle-ci.

Conclusion

Dans son plus récent arrêt sur la question de l'obligation de fiduciaire, *Bande indienne de la rivière Blueberry*¹¹⁷, la Cour suprême du Canada a rejeté une approche paternaliste qui aurait contraint la couronne, en toutes circonstances, à protéger les autochtones contre eux-mêmes. Au contraire, a jugé la Cour, ceux-ci sont des acteurs autonomes en ce qui concerne l'acquisition ou la cession de leurs terres, si l'on fait exception de ces transactions où les autochtones seraient exploités¹¹⁸. Parce qu'il consacre l'autonomie et la responsabilité corrélatrice des autochtones, l'arrêt *Bande indienne de la rivière Blueberry* est peu compatible avec la thèse, défendue par la Commission et M. le juge Hamilton, voulant que la couronne ne puisse juridiquement négocier avec eux la cession de leurs terres ancestrales. Fondée sur une lecture contestable de la *Proclamation de 1763* et de la responsabilité fiduciaire s'y rattachant, cette thèse établit une adéquation entre l'extinction du titre ancestral et l'exploitation de la partie autochtone indépendamment des avantages que celle-ci reçoit en contrepartie. Cette thèse

sation» (*ibid.* à la p. 1073). Voir également les arrêts : *R. c. Alphonse*, [1993] 5 W.W.R. 401 aux pp. 435-36, 80 B.C.L.R. (2^e) 17 (C.A.), M. le juge Lambert ; *Delgamuukw*, *supra* note 77 à la p. 165, M. le juge MacFarlane.

¹¹⁵ On trouvera la formulation classique du conflit de lois en matière constitutionnelle dans l'affaire *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, 138 D.L.R. (3^e) 1.

¹¹⁶ Cette idée est d'ailleurs mise de l'avant dans un document de travail préparé par les fonctionnaires des ministères des Affaires indiennes et du Nord Canada et de la Justice, *Les revendications territoriales globales et la certitude* (Document de référence) (1995) à la p. 14.

¹¹⁷ *Supra* note 28.

¹¹⁸ Voir *ibid.* à la p. 358, M. le juge Gonthier, aux pp. 370-71, Mme le juge McLachlin.

tend également vers la préservation dogmatique du régime ancestral en laissant peu de place à la liberté de chaque communauté de faire sa propre lecture identitaire de ce régime.

Car c'est bien de liberté identitaire dont il devrait être question et non d'une inscription dans le droit d'une conception objective de l'altérité autochtone fondée sur le rapport traditionnel à la terre. Cette liberté pourra certes avoir pour corollaire la reconnaissance, au cœur des traités modernes, de droits ancestraux témoignant du lien historique entre la partie autochtone et la terre. Toutefois, elle ne justifiera pas que l'on exige de la couronne qu'elle renonce à l'objectif de certitude et de sécurité juridiques, objectif fondamental pour les deux parties compte tenu de l'indétermination caractérisée du régime général des droits ancestraux. En demandant aux autochtones de reconnaître à la couronne et aux tiers des droits intangibles sur les terres à l'égard desquelles des droits ancestraux sont reconnus, on consacre solennellement l'antériorité et la légitimité de leur pouvoir foncier. De cette rencontre des perspectives autochtone et allochtone pourra résulter une coexistence optimale des droits et des cultures.
