

---

# L'autonomie personnelle au cœur des droits ancestraux : sub qua lege vivis\* ?

---

Ghislain Otis\*\*

---

Dans cet article, l'auteur se demande dans quelle mesure la reconnaissance des droits ancestraux, tels que définis par la Cour suprême du Canada, vient modifier l'approche classique qui fait du territoire la condition nécessaire et suffisante de la puissance publique. Il conclut que ces droits fondent un pouvoir gouvernemental autochtone qui rompt substantiellement mais non totalement avec le modèle territorial hérité de la colonisation. L'auteur qualifie d'abord les droits ancestraux de «droits-compétences» participant d'une logique gouvernementale indépendante d'un droit général à l'autonomie qui serait reconnu aux termes de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Pour cerner le rapport entre le pouvoir autochtone et le territoire, l'auteur rappelle qu'un droit ancestral peut exister sans que les autochtones n'aient le contrôle d'un territoire et que plusieurs droits ancestraux concernent plutôt des pratiques sociales et culturelles dont le siège est la communauté elle-même. L'auteur avance aussi que les non-membres ne pourront pas jouir d'un droit ancestral, ce qui fait que, dans bien des cas, le pouvoir du groupe ne pourra s'étendre à ceux-ci.

L'auteur estime que le principe de personnalité sera applicable au droit inhérent à l'autonomie reconnu dans le cadre de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et que, par conséquent, l'autonomie gouvernementale autochtone s'étendra au-delà du territoire communautaire. En outre, plusieurs communautés n'auront pas à attendre que leur revendication territoriale soit réglée avant d'exercer certaines compétences à l'égard de leurs membres en vertu des droits ancestraux. De plus, une pluralité d'ordres juridiques applicables aux individus en fonction de leur statut personnel pourront coexister sur un même territoire. Des conflits surviendront inmanquablement entre ces ordres juridiques et devront être réglés conformément aux prescriptions d'un «droit interpersonnel» dont les principes de base restent à identifier.

In this article, the author examines how the Supreme Court's acknowledgment and definition of Aboriginal rights has altered conventional approaches to public authority, which view territory as a necessary and sufficient precondition for power. He concludes that Aboriginal rights lay the foundation for an indigenous governmental authority that departs substantially, though not entirely, from the territorial model imposed through colonialism. The author describes Aboriginal rights as jurisdictional rights, part of a rationale of governance separate from that of a generic inherent right to self-government that may be recognized in section 35 of the *Constitution Act, 1982*. To identify the relationship between Aboriginal authority and territory, the author notes that an Aboriginal right can exist without First Nations having control over territory, as many Aboriginal rights relate to social and cultural practices anchored not in the territory but in communities themselves. The author also observes that nonmembers of such communities may be unable to benefit from Aboriginal rights, and that Aboriginal authority may therefore not extend to them.

The author considers that the principle of personality applies to the inherent right to self-government that may be recognized under the framework of section 35 of the *Constitution Act, 1982*. As a result, native self-government may extend beyond the Aboriginal group's territory, and many communities will not have to wait for their land claims to be addressed before exercising some jurisdiction with respect to their members. Further, several personal laws may apply within one territory. Conflicts will unavoidably arise between these personal laws and must be resolved according to an "interpersonal law" whose fundamental principles remain to be articulated.

---

\* «Sous quelle loi vis-tu ?», question rituelle à laquelle le plaideur devait répondre devant le tribunal appliquant les lois personnelles dans les royaumes mérovingien et carolingien. Voir Jacques Poumarède, «Approche historique du droit des minorités et des autochtones» dans Norbert Rouland, Stéphane Pierré-Caps et Jacques Poumarède, dir., *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, 35 à la p. 58

\*\* Ph.D. (Cantab), professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval. L'auteur a bénéficié, pour la réalisation de cette étude, d'une subvention de recherche du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada.

© Ghislain Otis 2007

Mode de référence : (2007) 52 R.D. McGill 657

To be cited as: (2007) 52 McGill L.J. 657

---

<b>Introduction</b>	659
<b>I. La personnalisation juridique de la communauté autochtone investie de «droits-compétences»</b>	663
<b>II. L'éclatement du couple communauté-territoire dans l'ancrage du pouvoir autochtone</b>	670
<b>III. L'autonomie personnelle et le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale</b>	674
<b>Conclusion : les défis d'un nouveau droit interpersonnel</b>	677

---

## Introduction

Cette étude a pour objet de démontrer qu'un des effets, peut-être le plus insoupçonné, de la reconnaissance constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones est de mettre à mal l'hégémonie du territoire dans notre manière de penser la gouvernance autochtone contemporaine. Il s'agit ici de faire valoir que le régime des droits ancestraux mis en place par la Cour suprême en s'appuyant sur l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>1</sup> fait apparaître les prémices d'un véritable ordre autonome autochtone fondé en grande partie sur le principe de personnalité — c'est-à-dire sur le rattachement personnel des individus au groupe — plutôt que sur le principe de territorialité qui, depuis l'avènement de l'État, fonde la puissance publique sur le contrôle d'un espace linéairement circonscrit.

Le colonisateur européen a fort prisé la logique géométrique de la territorialité, selon laquelle pouvoir et droit procèdent de la cartographie politique. La réserve, par la fixation spatiale et le confinement à la fois géographique et culturel qu'elle opère, a bien servi l'entreprise de mainmise de la Couronne sur le continent. Lovés dans leur cocon identitaire, les autochtones pouvaient ainsi, par le biais de «conseils de bande» inventés ou instrumentalisés, participer à l'administration étatique de leur espace communautaire. Si aujourd'hui l'heure est à la réparation du préjudice passé et à l'autodétermination, la figure de la réserve, c'est-à-dire le terroir exclusif et culturellement homogène réputé protecteur de la différence autochtone, montre une résilience voire une vitalité incontestable dans le discours autochtone<sup>2</sup>, la pensée juridique et les politiques gouvernementales<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11. L'art. 35 se lit :

(1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

(2) Dans la présente loi, «peuples autochtones du Canada» s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada.

(3) Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.

(4) Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits — ancestraux ou issus de traités — visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.

<sup>2</sup> Les principales propositions d'autonomie gouvernementale mises de l'avant depuis les années 1980 par les organisations autochtones reposent sur un modèle territorial. Dans le Canada méridional, la figure de la réserve inspire fortement les structures envisagées pour l'avenir. Pour une synthèse des propositions autochtones, voir notamment Michael Asch, *Home and Native Land: Aboriginal Rights and the Canadian Constitution*, Vancouver, UBC Press, 1993 aux pp. 89-109.

<sup>3</sup> Un auteur écrit avec à propos que «the existence of an exclusive land base for effective self-government is a *sine qua non* in most government thinking» et que «while the theoretical rights or needs of all aboriginal peoples to be self-governing is generally granted in Canada, Canadian policy

Dans le récit juridique conventionnel de l'«autochtonité», le lien insécable entre la communauté autochtone et le terreau des ancêtres est constitutif non seulement de l'identité mais aussi des droits fonciers et politiques de cette communauté<sup>4</sup>. La terre devient alors un «territoire», entendu dans son acception occidentale de support spatial de la puissance publique, de sorte que la collectivité «propriétaire» acquiert *ipso jure* la qualité de corps politique. Certes, le calquage de l'espace politique sur le bornage des propriétés n'est pas parfait, puisque tant les politiques gouvernementales actuelles<sup>5</sup> que les accords récents conclus entre les gouvernements et des peuples autochtones<sup>6</sup> envisagent certaines compétences personnelles des gouvernements

and law has connected self-government very tightly to the one attribute — land — that Canadian governments show the least willingness to provide» (Robert Groves, «Territoriality and Aboriginal Self-Determination: Options for Pluralism in Canada» (1996) 8 *Law & Anthropology: International Yearbook for Legal Anthropology* 123 aux pp. 126-27).

<sup>4</sup> Rappelons que selon la définition de travail des peuples autochtones proposée par le rapporteur spécial de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités de l'Organisation des Nations Unies, José R. Martínez Cobo, le territoire serait une caractéristique déterminante de la différence autochtone, puisque les terres traditionnelles «constituent la base de la continuité de leur existence en tant que peuple» (José R. Martínez Cobo, *Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, 41<sup>e</sup> sess., Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4 au para. 379 [miméo.]). Voir aussi Erica-Irène A. Daes, *Les peuples autochtones et leur relation à la terre*, 53<sup>e</sup> sess., Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2001/21 aux para. 12-20 [miméo.]. Par ailleurs, des experts de l'ONU ont écrit que «[l]es territoires autochtones et les ressources qu'ils contiennent sont essentiels à l'existence physique, culturelle et spirituelle des peuples autochtones et à la jouissance effective de l'autonomie et de l'auto-administration autochtones» (CES NU, Commission des Droits de l'Homme, *Rapport de la Réunion d'experts chargés d'examiner l'expérience des pays dans le domaine de l'application de plans d'autonomie interne en faveur de populations autochtones*, 48<sup>e</sup> sess., Doc. NU E/CN.4/1992/42 à la p. 13 [miméo.]).

<sup>5</sup> Voir Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, *L'autonomie gouvernementale des autochtones: L'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1995.

<sup>6</sup> Voir *Accord définitif Nisga'a*, 27 avril 1999, en ligne: Affaires indiennes et du Nord Canada <[http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/nsga/nis/nisdex12\\_f.pdf](http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/nsga/nis/nisdex12_f.pdf)>; *Accord sur des revendications territoriales entre les Inuit du Labrador et Sa Majesté la reine du chef de Terre-Neuve-et-Labrador et Sa Majesté la reine du chef du Canada*, 22 janvier 2005, en ligne: AINC <[http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/labi/labi\\_f.pdf](http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/labi/labi_f.pdf)>; *Entente de principe d'ordre général entre les Premières Nations de Mamuitun et de Nutashkuan et le gouvernement du Québec et gouvernement du Canada*, 31 mars 2004, en ligne: AINC <[http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/mamu/index\\_f.html](http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/mamu/index_f.html)>; *Accord sur le gouvernement Anishnaabe*, 7 décembre 2004, en ligne: AINC <[http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/ont/aga\\_f.pdf](http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/ont/aga_f.pdf)> [il doit être approuvé et ratifié par les Premières Nations et par le Canada]; *Accord sur les revendications territoriales et l'autonomie gouvernementale entre le peuple tlicho et le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest et le gouvernement du Canada*, 25 août 2003, en ligne: AINC <[http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/nwts/tliagr2\\_f.pdf](http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/nwts/tliagr2_f.pdf)> [*Accord Tlicho*]; *Entente sur l'autonomie gouvernementale de la Première Nation des Kwanlin Dun*, 19 février 2005, en ligne: AINC <[http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/ykn/kdfn/sga/kdfn2\\_f.pdf](http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/ykn/kdfn/sga/kdfn2_f.pdf)>; *Entente sur l'autonomie gouvernementale de la Première Nation de Kluane*, 18 octobre 2003, en ligne: AINC <[http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/klu/sga\\_f.pdf](http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/klu/sga_f.pdf)>; *Entente sur l'autonomie gouvernementale du conseil des Ta'an Kwach'an*, 13 janvier 2002, en ligne: AINC <<http://www.ainc-nac.gc.ca/pr/agr/ykn/>

autochtones à l'égard de leurs membres vivant à l'extérieur de l'assise territoriale communautaire<sup>7</sup>. Mais le fait même que cette personnalité ne soit considérée que comme une forme limitée d'«extra-territorialité» valide en quelque sorte le primat incontesté du référent territorial dans la gouvernance autochtone<sup>8</sup>.

Idee aux origines relativement anciennes<sup>9</sup>, l'autonomie personnelle — plutôt que purement territoriale — des groupes nationaux infra-étatiques suscite depuis la fin de la guerre froide un regain d'intérêt parmi les spécialistes des questions identitaires propres aux États comportant des nations ou communautés multiples<sup>10</sup>. Le débat entre

taansga/tkc\_f.pdf>; *Entente sur l'autonomie gouvernementale de la Première Nation de Little Salmon/Carmacks*, 21 juillet 1997, en ligne : AINC <[http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/simon/lssga\\_f.pdf](http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/simon/lssga_f.pdf)>; *Entente sur l'autonomie gouvernementale de la Première Nation de Selkirk*, 21 juillet 1997, en ligne : AINC <[http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/selkirk/ssgfa\\_f.pdf](http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/selkirk/ssgfa_f.pdf)>; *Entente sur l'autonomie gouvernementale des Tr'ondëk Hwëch'in*, 16 juillet 1998, en ligne : AINC <[http://www.ainc-nac.gc.ca/pr/agr/trondek/thsga\\_f.pdf](http://www.ainc-nac.gc.ca/pr/agr/trondek/thsga_f.pdf)>; *Autonomie gouvernementale de la Première Nation de Westbank*, 3 octobre 2003, en ligne : AINC <[http://www.ainc-inac.gc.ca/nr/prs/s-d2003/wst\\_f.pdf](http://www.ainc-inac.gc.ca/nr/prs/s-d2003/wst_f.pdf)>; *Entente de principe tripartite, entre les Premières Nations Meadow Lake, Sa Majesté la reine du chef du Canada et Sa Majesté la reine du chef de la Saskatchewan*, 22 janvier 2001, en ligne : AINC <[http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/ml/mltaip\\_f.pdf](http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/ml/mltaip_f.pdf)>; *Entente de principe relative à l'autonomie gouvernementale des Gwich'in et des Inuvialuit du Delta de Beaufort*, 16 avril 2003, en ligne : AINC <[http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/beau/beauf\\_f.pdf](http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/beau/beauf_f.pdf)>.

<sup>7</sup> Voir *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones : une relation à redéfinir*, vol. 2, Ottawa, Groupe Communication Canada, 1996 aux pp. 271-93.

<sup>8</sup> Pour une brève présentation des ententes d'autonomie gouvernementale comportant des éléments d'autonomie personnelle, voir Geneviève Motard et Ghislain Otis, «Le dépassement du territoire dans les ententes d'autonomie gouvernementale autochtone au Canada», dans *L'autochtonie en question*, Actes du colloque de Paris [à paraître en 2008].

<sup>9</sup> Voir notamment Otto Bauer, *La question des nationalités et la social-démocratie*, t. 2, trad. par Nicole Brune-Perrin et Johannès Brune, Paris, Arcantère, 1987; Karl Renner, *La nation, mythe et réalité*, trad. par Stéphane Pierré-Caps, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 1998; Synopticus, *Staat und Nation* [État et nation (en allemand)], Vienne, Josef Dietl, 1899; Rudolph Spinger, *Der Kampf der Österreichischen Nationen um den Staat* [Le combat des nationalités autrichiennes pour l'État (en allemand)], Leipzig, Franz Deuticke, 1902; Georges Haupt, Michaël Löwy et Claudic Weill, *Les marxistes et la question nationale : 1848-1914*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L'Harmattan, 1997 à la p. 111 et s.

<sup>10</sup> Voir notamment Ephraïm Nimni, dir., *National Cultural Autonomy and its Contemporary Critics*, Londres, Routledge, 2005. Voir aussi Stéphane Pierré-Caps, «Le principe de l'autonomie personnelle: une solution d'avenir?» dans Alain Dieckhoff, dir., *La constellation des appartenances : nationalisme, libéralisme et pluralisme*, Paris, Presses de la Fondation nationale des Sciences Politiques, 2004, 371; Rainer Bauböck, «Autonomie territoriale ou culturelle pour les minorités nationales?» dans Dieckhoff, *ibid.*, 317; Will Kymlicka, «La justice et la sécurité dans la prise en compte du nationalisme minoritaire» dans Dieckhoff, *ibid.*, 181 aux pp. 213-14; Will Kymlicka, «Western Political Theory and Ethnic Relations in Eastern Europe» dans Will Kymlicka et Magda Opalski, *Can Liberal Pluralism be Exported? Western Political Theory and Ethnic Relations in Eastern Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 345 aux pp. 369-87; Mwayila Tshiyembe, *État mutinational et démocratie africaine : sociologie de la renaissance politique*, Paris, L'Harmattan, 2001 aux pp. 111-41; Asbjorn Eide, *L'autonomie culturelle et la démocratie territoriale : solution pour une intégration harmonieuse des groupes?*, 56<sup>e</sup> sess., Doc. NU E/CN.4/AC.5/2001/WP.4 [miméo. restreint]; Yves Plasseraud, *L'identité*, Paris, Montchrestien, 2000 aux pp. 130-36; Paul

les tenants de la territorialité et les adeptes de la personnalité n'a toutefois pas encore pris d'ampleur parmi les spécialistes du droit autochtone. Cet article, qui met au jour les tendances lourdes du droit positif, a pour objet de contribuer à la réflexion des juristes sur l'articulation de la territorialité et de la personnalité dans le droit canadien relatif aux peuples autochtones. Il fait ressortir la corrélation systémique entre les caractéristiques fondamentales des droits ancestraux, tels qu'ils sont définis par la jurisprudence, et l'émergence d'une forme d'autonomie personnelle autochtone au Canada.

L'aménagement de l'autonomie autochtone qui se dissocie du territoire, ou à tout le moins l'atténuation du territorialisme traditionnel, tient à la conjonction d'au moins deux phénomènes propres à la construction judiciaire des droits ancestraux : (1) la personnalisation juridique de la communauté autochtone investie de droits-compétences et (2) la personnalisation des droits ancestraux par l'éclatement du couple communauté-territoire dans l'ancrage du pouvoir autochtone. Chacun de ces phénomènes correspond à un moment analytique essentiel à la bonne intelligence de la «déterritorialisation» substantielle de l'autonomie autochtone que les droits ancestraux portent en germe.

La présente étude n'évalue toutefois pas, du point de vue de leur opportunité politique et opérationnelle, les mérites respectifs de la territorialité et de la personnalité dans l'aménagement d'institutions autochtones autonomes. Cette critique normative a récemment fait l'objet d'une étude<sup>11</sup>. Il s'agit plus modestement de faire percevoir un mouvement fondamental qui travaille le droit constitutionnel positif, d'en tirer certaines conséquences et d'identifier les défis qui résultent de la nécessité de mettre en œuvre un nouveau type de pluralisme personnel. S'il est vrai que les manifestations de ce dernier dans les débats judiciaires restent pour l'heure très embryonnaires, l'essai de prospective proposé ici permet à tout le moins d'ouvrir les

---

Goble, «A New Kind of Autonomy», en ligne : (2000) 2:17 *RFE/RL Russian Federation Report* 17 <<http://www.rferl.org/reports/russianreport/2000/05/17-100500.asp>> ; David Chandler, «The OSCE and the Internationalisation of National Minority Rights» dans Karl Cordell, dir., *Ethnicity and Democratisation in the New Europe*, Londres, Routledge, 1999, 61 ; Rob Zaagman, *Conflict Prevention in the Baltic States : The OSCE High Commissioner on National Minorities in Estonia, Latvia and Lithuania*, Flensburg, European Centre for Minority Issues, 1999 ; José Woehrling, «Les trois dimensions de la protection des minorités en droit constitutionnel comparé» (2003-04) 34 *R.D.U.S.* 93 aux pp. 148-150 ; Antoine Messarra, «Principe de territorialité et principe de personnalité en fédéralisme comparé : le cas du Liban et perspectives actuelles pour la gestion du pluralisme» dans Jean-François Gaudreault-DesBiens et Fabien Gélinas, dir., *Le fédéralisme dans tous ses états : gouvernance, identité et méthodologie*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005, 227 ; Ingrid Roy, *Vers un droit de participation des minorités à la vie de l'État ?*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2006 aux pp. 185-97.

<sup>11</sup> Voir Ghislain Otis, «Territorialité, personnalité et gouvernance autochtone» (2006) 47 *C. de D.* 781 [Otis, «Territorialité»].

yeux sur ce qui se profile à l'horizon de la gouvernance autochtone fondée sur le modèle des droits ancestraux<sup>12</sup>.

### I. La personnalisation juridique de la communauté autochtone investie de «droits-compétences»

La condition juridique première de l'écllosion d'un régime d'autonomie consistera à reconnaître à une collectivité autochtone le statut de communauté politique indépendante dotée de compétences gouvernementales protégées. Cette condition serait d'emblée satisfaite s'il était admis, en droit positif étatique, qu'un droit à l'autonomie gouvernementale stricto sensu — à savoir la capacité générale d'un peuple autochtone de se gouverner au plan interne — se trouvait déjà reconnu et confirmé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>13</sup>. Nous n'en sommes pas encore là<sup>14</sup>, et il faudra attendre longtemps avant que l'ensemble des collectivités autochtones intéressées et les pouvoirs étatiques ne puissent régler la question par la voie des négociations politiques.

On aurait toutefois tort de réduire la corrélation des droits ancestraux et de l'autonomie des collectivités autochtones au seul débat entourant le droit inhérent entendu comme un faisceau relativement indifférencié de prérogatives du type «paix, ordre et bon gouvernement» à l'échelle communautaire. Même en faisant abstraction de la thèse du droit générique à l'autonomie gouvernementale, le registre des droits ancestraux, effectivement validé par la jurisprudence, qu'il s'agisse de droits relatifs à la terre ou de droits incarnés dans des pratiques sociales, religieuses ou culturelles, est suffisamment ample pour poser le problème du rôle de l'autonomie politique autochtone dans leur mise en œuvre. Or, il semble faire peu de doute que le régime des droits ancestraux, laborieusement configuré par la Cour suprême, induit une puissante logique d'autonomie, même si le champ de cette dernière se trouve limité par l'approche généralement restrictive de la Cour dans la définition des droits ancestraux<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Le raisonnement mis de l'avant dans cet article pourrait être largement transposable aux droits issus des traités anciens, qui sont réputés communautaires, inaliénables et souvent dénués de territorialité exclusive. Voir notamment *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393, 170 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 385 [*Sundown* avec renvois aux R.C.S.] ; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, 177 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 513.

<sup>13</sup> *Supra* note 1.

<sup>14</sup> Pour connaître les tendances jurisprudentielles et les positions doctrinales sur la question de la reconnaissance du droit inhérent en vertu de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra* note 1, voir notamment Doug Moodie, «Thinking Outside the 20<sup>th</sup> Century Box : Revisiting “Mitchell” — Some Comments on the Politics of Judicial Law-Making in the Context of Aboriginal Self-Government» (2003-2004) 35 R.D. Ottawa 1. On trouvera en outre une version de l'argumentaire favorable au droit inhérent dans John Borrows, «Tracking Trajectories : Aboriginal Governance as an Aboriginal Right» (2005) 38 U.B.C. L. Rev. 285.

<sup>15</sup> À ce jour, la démarche de la Cour suprême consiste à ne considérer les droits ancestraux que comme la manifestation contemporaine, ou encore l'évolution logique, du rapport précolonial à la

La clef de l'autonomie intrinsèque aux droits ancestraux réside dans la règle fondamentale voulant que seule la communauté, par opposition aux individus qui la composent, puisse revendiquer et détenir un droit ancestral<sup>16</sup>, qui est par conséquent un «droit de groupe» au sens fort du terme. Les conditions d'individualisation de l'exercice d'un droit ancestral seront réglées par la collectivité, seule titulaire du droit et donc seule habilitée à en organiser la mise en œuvre à l'intérieur de la communauté. Le droit ancestral apparaît donc comme un «droit-compétence», ce que reconnaît la Cour suprême lorsqu'elle affirme qu'il revient au groupe de prendre les décisions relatives à l'exercice d'un tel droit et que, dès lors, l'individu agit «sous l'autorité» de la communauté<sup>17</sup>. Toute revendication individuelle de droits ne pourra qu'être tributaire du groupe et s'inscrire dans le cadre normatif propre à celui-ci.

Si les contours externes d'un droit ancestral sont tracés par le juge étatique<sup>18</sup>, c'est en revanche le «droit autochtone», soit le corpus normatif dont la communauté autochtone est elle-même le foyer d'élaboration, qu'il faut consulter pour connaître les règles encadrant l'exercice interne de ce droit, y compris la constitution des institutions normatives elles-mêmes<sup>19</sup>. Qu'elles se trouvent consignées dans des codes

---

terre ou de pratiques héritées des ancêtres précoloniaux que les juges estiment faire partie intégrante de la culture distinctive du groupe. Voir notamment *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, 137 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 289 [*Van der Peet* avec renvois aux R.C.S.]; *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 199 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 385 [*Mitchell* avec renvois aux R.C.S.]; *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686, 274 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 75 [*Sappier*].

<sup>16</sup> Voir *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 70 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 385 [*Sparrow* avec renvois aux R.C.S.]; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010 au para. 115, 153 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 193 [*Delgamuukw* avec renvois aux R.C.S.]; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, 2003 CSC 55, [2003] 2 R.C.S. 585 au para. 36, 231 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 448; *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207 au para. 24, 230 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 1 [*Powley*]; *Sappier, ibid.* au para. 26.

<sup>17</sup> Ainsi, parlant des droits issus de traités, la Cour suprême affirme, dans *R. c. Marshall*, qu'ils «n'appartiennent pas personnellement à l'individu, mais ils sont exercés sous l'autorité de la communauté à laquelle ce dernier appartient» [nos italiques] ([1999] 3 R.C.S. 533 au para. 17, 179 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 193). Ce principe vaut également pour les droits ancestraux. Voir *Delgamuukw, ibid.* au para. 115. Dans *Sappier*, la Cour suprême souligne qu'en raison de sa nature collective, un droit ancestral «ne doit pas être exercé par un membre de la collectivité autochtone indépendamment de la société autochtone qu'il vise à préserver» (*supra* note 15 au para. 26).

<sup>18</sup> C'est le tribunal qui décidera, par exemple, si le groupe autochtone détient un droit de subsistance ou un droit de nature commerciale. Voir *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, 137 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 648 [*Gladstone* avec renvois aux R.C.S.].

<sup>19</sup> L'autonomie normative s'étend à toute la gamme des décisions concernant tant le cadre institutionnel de l'action normative que le contenu des règles d'exercice du droit ancestral reconnues en droit étatique. Par exemple, dans le cas d'un droit forestier à des fins communautaires, le groupe titulaire aura notamment l'autorité pour déterminer le moment où les individus pourront prélever la ressource, les méthodes de prélèvement autorisées, les essences visées et les conditions de circulation de la ressource dans la communauté. Un auteur a aussi donné plusieurs exemples pertinents des matières relevant du groupe eu égard à l'exercice d'un titre aborigène :

[T]o allocate the use of the land to which aboriginal title extends; to decide on utilization practices; to determine which resources should be harvested and by whom; to participate in the process of consultation that would lead to justification for infringement; to agree to the amount of compensation under infringement and

ou qu'elles résident dans les pratiques généralement tenues pour valides par la communauté, les normes autochtones sont reçues et validées par le droit étatique parce qu'elles font partie intégrante du droit de groupe lui-même «reconnu et confirmé» par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Le groupe autochtone détenteur d'un droit ancestral reste toutefois largement un «objet juridique non identifié». Mais quelle que soit sa composition<sup>20</sup>, on ne peut douter du fait que ce groupe possède les attributs de la personnalité juridique nécessaires à l'exercice et à la défense de ses droits-compétences<sup>21</sup>. Les éléments propres à l'existence d'une telle personnalité sont en effet réunis, à savoir l'existence d'un groupement humain pourvu d'un patrimoine distinct de celui de chacun de ses membres et ayant la capacité d'expression collective de ses attributs en tant que sujet de droit. Ainsi, le droit détenu par le groupe s'accompagne d'une personnalisation juridique de ce dernier.

Toutefois, la question se pose de savoir si ce groupe autonome est assimilable à une personne morale de droit public. L'autorité du groupe à l'égard de ses membres participe-t-elle d'une logique de gouvernement (*self-government*)? Est-elle une manifestation singulière de la puissance publique ou un simple pouvoir de régie interne dont jouit toute association civile de droit privé dotée des prérogatives habituelles nécessaires à sa bonne gouvernance? Le problème n'est pas purement théorique puisque, les autochtones se représentant comme des nations politiques autonomes, une qualification gouvernementale pourrait conforter leur quête d'un statut formel égal à celui des institutions étatiques. De plus, le droit constitutionnel, notamment la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>22</sup>, impose aux acteurs gouvernementaux des devoirs singuliers.

Certains auteurs estiment, sans toutefois pousser très loin l'analyse, être en présence d'une forme d'autonomie gouvernementale<sup>23</sup>. D'autres mettent en doute

justification; and to decide upon surrender of the land, if that is the wish of the people (Douglas Lambert, «*Van Der Peet and Delgamuukw*: Ten Unresolved Issues») (1998) 32 U.B.C. L. Rev. 249 à la p. 268).

<sup>20</sup> Les critères d'identification du groupe titulaire d'un droit ancestral comptent parmi les grandes inconnues du régime des droits ancestraux. Voir André Émond, «Quels sont les partenaires autochtones avec lesquels la Couronne entretient une relation historique?» (1997) 76 R. du B. can. 130 [Émond, «Partenaires autochtones»]. Voir aussi Sébastien Grammond, *Aménager la coexistence : les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles, Bruylant, 2003 aux pp. 189-92 ; Ghislain Otis, «Le titre aborigène : émergence d'une figure nouvelle et durable du foncier autochtone?» (2005) 46 C. de D. 795 aux pp. 827-28 [Otis, «Titre aborigène»].

<sup>21</sup> Voir Kent McNeil, *Emerging Justice? Essays on Indigenous Rights in Canada and Australia*, Saskatoon, Native Law Center University of Saskatchewan, 2001 aux pp. 122-27 [McNeil, *Emerging Justice*]; Émond, «Partenaires autochtones», *ibid.*; Grammond, *ibid.* à la p. 190.

<sup>22</sup> Partic I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra* note 1 [*Charte canadienne*].

<sup>23</sup> Voir McNeil, *Emerging Justice*, *supra* note 21 aux pp. 82-95, 122-27; Kent McNeil, «Self-Government and the Inalienability of Aboriginal Title» (2002) 47 R.D. McGill 473 aux pp. 485-88 [McNeil, «Self-Government»]; David W. Elliott, «*Delgamuukw*: Back to Court?» (1998) 26 Man. L.J. 97 aux pp. 125-26; Lambert, *supra* note 19 à la p. 268; Jean-Paul Lacasse, *Les Innus et le*

cette qualification du pouvoir communautaire et sont d'avis qu'il convient plutôt de parler d'autogestion ou, s'agissant des droits relatifs à la terre, de gouvernance purement foncière<sup>24</sup>. Pour le professeur Émond, le pouvoir de déployer la force publique à l'encontre de l'individu serait la condition nécessaire de la fonction gouvernementale, condition que ne satisferait pas le groupe autochtone dans le cadre de la régulation communautaire d'un droit ancestral :

[U]n pouvoir de gouvernement est justement lié à l'utilisation possible de la force. En l'absence de toute habilitation législative, il semble que le gouvernement autochtone n'ait pas un tel pouvoir, que son autorité se limite à gérer les droits de sa collectivité sous la supervision des tribunaux et des forces policières canadiennes, comme le ferait une Église. Peut-être alors serait-il préférable de qualifier les droits ancestraux liés au mariage, à l'adoption, aux pratiques religieuses, à l'usage de la langue et à la gestion des droits fonciers de la bande de droits sociaux plutôt que de droits de gouvernement<sup>25</sup>.

Il est vrai que le discours de la Cour suprême à ce sujet traduit une certaine indécision terminologique et conceptuelle. Alors qu'elle affirme d'emblée l'«autorité» du groupe sur l'individu dans l'organisation du régime d'exercice des droits communautaires, la Cour s'abstient de trancher la question de savoir si «les revendications du droit à l'autonomie gouvernementale autochtone sont visées par le par. 35(1) [...]»<sup>26</sup>. Cette équivoque s'estompe toutefois à la faveur d'une analyse concrète et fonctionnelle tant du statut que des pouvoirs du groupe. Un examen attentif des caractéristiques tant organiques que fonctionnelles de la collectivité autochtone titulaire d'un droit ancestral amène en effet à conclure que cette collectivité est plus proche d'une véritable communauté politique «infra-étatique» que d'une simple entité associative de droit privé.

Au plan organique, un peuple autochtone constitue une collectivité humaine, ethnoculturelle et historique, dont les attributs et le statut n'ont aucun équivalent dans le droit des organisations privées. La Constitution reconnaît aux peuples autochtones la qualité de «sociétés distinctives»<sup>27</sup> d'origine préétatique, jouissant à ce titre d'un «statut [...] constitutionnel [...] particulier»<sup>28</sup>. Ce statut inscrit les peuples autochtones

---

*territoire Innu Tipenitamun*, Québec, Septentrion, 2004 à la p. 167. Voir aussi *Campbell v. Colombie-Britannique (P.G.)*, 2000 BCSC 1123, 189 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 333, [2000] 8 W.W.R. 601, Williamson J.

<sup>24</sup> Les professeurs Brun et Tremblay écrivent que «[I]es droits ancestraux des autochtones sur des portions du territoire canadien sont des droits fonciers davantage que des droits territoriaux. Ils sont des droits d'exercer des activités, des droits d'utilisation et d'occupation de terres plutôt que des pouvoirs de régir la vie en société [...] Il reste que la notion de "territoire" dans le contexte des droits des autochtones correspond à celle de "terres", comme l'indique l'utilisation systématique du mot "land" en anglais» (Henri Brun et Guy Tremblay, *Droit constitutionnel*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002 à la p. 138).

<sup>25</sup> André Émond, «Une synthèse du droit des autochtones : à propos d'un ouvrage de Sébastien Grammond», Recension de *Aménager la coexistence : les peuples autochtones et le droit canadien* de Sébastien Grammond (2003) 44 C. de D. 539 aux pp. 549-50.

<sup>26</sup> *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821 au para. 24, 138 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 204.

<sup>27</sup> *Van der Peet*, *supra* note 15 au para. 31.

<sup>28</sup> *Ibid.* au para. 30.

dans une relation radicalement originale avec l'État, laquelle sera souvent consacrée par un accord solennel qualifié de traité<sup>29</sup>. Ce dernier, de l'avis de la Cour suprême, est d'ailleurs bien plus qu'un simple contrat<sup>30</sup>, puisqu'il permet «de concilier la souveraineté autochtone préexistante et la souveraineté proclamée de la Couronne [...]»<sup>31</sup>. Dès lors qu'on attribue de la sorte aux peuples autochtones une souveraineté originaire participant encore à ce jour d'une dynamique constitutionnelle de conciliation avec les prétentions étatiques à leur égard, il devient logique de considérer ces sociétés distinctives comme le prolongement, dans l'ordre étatique, de leurs devancières précoloniales dotées d'institutions politiques et juridiques propres<sup>32</sup>. Leurs droits ancestraux tirent leur vitalité, du moins en partie, d'une logique de continuité avec les ordres juridiques qui ont précédé la colonisation et représentent en cela des prérogatives originaires qui sont reconnues et accréditées plutôt que créées par l'État<sup>33</sup>. En outre, les membres d'un peuple autochtone sont liés non pas par une simple connexion contractuelle de droit privé, mais par une communauté d'appartenance d'ordre socio-historique.

À supposer même qu'un peuple autochtone ne soit pas organiquement un exemple de la survivance contemporaine d'une communauté politique séculaire dont les prérogatives auraient survécu à son enclavement étatique, le statut, les pouvoirs et les fonctions qui sont en pratique reconnus au groupe en vertu des droits ancestraux suffiront pour distinguer le peuple autochtone d'une entité purement privée. S'agissant des privilèges du groupe, il faut noter que celui-ci bénéficie, dans une grande mesure, de protections domaniales normalement accordées aux personnes publiques afin d'assurer l'intégrité et la pérennité de biens détenus pour le bénéfice de la collectivité, à savoir l'inaliénabilité et l'insaisissabilité<sup>34</sup>.

---

<sup>29</sup> «La situation *sui generis* dans laquelle se trouvaient les Indiens avait forcé les métropoles européennes à leur reconnaître une autonomie suffisante pour que puissent être valablement créées des ententes solennelles qu'on a appelé[es] "traités", indépendamment du sens strict que le droit international accordait et accorde toujours à ce terme» (*R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025 à la p. 1056, 70 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 427).

<sup>30</sup> Voir *Sundown*, *supra* note 12 au para. 24.

<sup>31</sup> *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 512 au para. 20, 245 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 33 [*Nation Haïda*].

<sup>32</sup> Voir *Mitchell*, *supra* note 15 au para. 9.

<sup>33</sup> Voir *ibid.* aux para. 9-10. Il est vrai que le principe de «continuité» n'emporte pas la réception pure et simple des ordres juridiques précoloniaux pour les fins de la définition du contenu et des attributs des droits ancestraux. Voir Otis, «Titre aborigène», *supra* note 20 aux pp. 802-808.

<sup>34</sup> L'abrogation unilatérale des droits ancestraux a toujours été juridiquement encadrée. Avant 1982, la capacité du Parlement fédéral pouvait être limitée par certains textes et principes constitutionnels. Voir par ex. Kent McNeil, *Native Claims in Rupert's Land and the North-Western Territory: Canada's Constitutional Obligations*, Saskatoon, Native Law Center University of Saskatchewan, 1982. À défaut de contraintes constitutionnelles formelles, seule l'expression d'une intention claire et expresse de dépouiller irrémédiablement un peuple autochtone pouvait produire cet effet. Voir *Calder c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1973] R.C.S. 313 à la p. 404, 34 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 145; *Sparrow*, *supra* note 16 à la p. 1099; Kent McNeil, «Extinction of Aboriginal Title in Canada: Treaties, Legislation,

Par ailleurs, le groupe est à même de déterminer unilatéralement la situation juridique de ses membres, la source de ce pouvoir n'étant pas contractuelle, mais consubstantielle au lien d'appartenance au groupe. En effet, l'individu s'étant prévalu de son appartenance au groupe aux fins de l'exercice d'un droit ancestral ne pourra éluder les lois communautaires régissant les matières ou les activités visées par ce droit. L'exemple des droits ancestraux affectant l'état civil des personnes est sans doute le plus probant. Un individu autochtone ayant adopté des enfants en vertu des règles communautaires dérivées d'un droit ancestral<sup>35</sup>, ou qui se serait marié conformément aux coutumes visées par un droit ancestral, ne pourra se délier des conséquences juridiques de son statut par un simple acte unilatéral de renonciation, pour l'avenir, à l'exercice du droit ancestral. Sa qualité de parent ou son état matrimonial acquis en vertu du régime de droit communautaire, reçu et validé par le droit étatique, continuera à produire des effets contraignants indépendamment de toute expression de volonté individuelle. De même, un individu autochtone adopté conformément au régime de droit ancestral verra souvent sa situation juridique à cet égard déterminée à sa naissance, ou dès son très jeune âge, et sa seule volonté ne saurait suffire à l'en affranchir.

Si ses lois ne sont pas respectées, qu'elles se rapportent à l'état civil ou à une activité particulière, le groupe pourra, au nom de l'intérêt général, imposer aux membres réfractaires une gamme de sanctions contraignantes relayées par l'État. Dès lors, une infraction à la norme autochtone pourra faire l'objet de recours non seulement devant les organes communautaires compétents<sup>36</sup>, mais aussi éventuellement devant le juge étatique<sup>37</sup>. Ce dernier sera lié par le droit autochtone,

---

and Judicial Discretion» (2001-2002) 33 R.D. Ottawa 301. Depuis 1982, l'extinction pure et simple des droits est, de manière générale, exclue. Voir *Mitchell*, *ibid.* au para. 11. Par ailleurs, les droits ancestraux sont inaliénables. Voir *Delgamuukw*, *supra* note 16 aux para. 113, 129 ; *R. c. Guerin*, [1984] 2 R.C.S. 335, 13 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 321 ; *Bande indienne des Opetchesah c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 119, 147 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 1 ; *Bande indienne d'Osoyoos c. Oliver (Ville de)*, 2001 CSC 85, [2001] 3 R.C.S. 746 au para. 46, 206 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 385 ; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85 aux pp. 133-34, 71 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 193.

<sup>35</sup> Les tribunaux ont reconnu que des pratiques coutumières en matière d'adoption pouvaient fonder un droit ancestral. Voir *Casimel v. Insurance Corporation of British Columbia* (1993), 82 B.C.L.R. (2<sup>e</sup>) 387, 106 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 720, [1994] 2 C.N.L.R. 22 (C.A.) [*Casimel*]. Voir aussi Cindy L. Baldassi, «The Legal Status of Aboriginal Customary Adoption across Canada : Comparisons, Contrasts, and Convergences» (2006) 39 U.B.C. L. Rev. 63 ; Caryl Silver, «Case Comment : *Casimel v. Insurance Corporation of British Columbia*», [1995] 3 C.N.L.R. 8.

<sup>36</sup> Le droit du groupe d'organiser le régime interne d'exercice de son droit ancestral devrait s'étendre au règlement des conflits entre les membres de la communauté, d'où la possibilité d'un recours préalable aux mécanismes communautaires de règlement des différends.

<sup>37</sup> Rappelons qu'aux termes de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra* note 1, le droit du groupe est «reconnu et confirmé» par la constitution étatique et donc susceptible de mise en œuvre par les organes judiciaires de l'État. La question des relations hiérarchiques entre le juge étatique et l'organe communautaire de règlement des différends se posera, mais il appert d'ores et déjà que, même en présumant l'épuisement des recours communautaires, la compétence inhérente et permanente des tribunaux supérieurs ne pourra être remise en cause par l'existence d'un droit ancestral.

sous réserve des règles de droit étatique prépondérantes, et devra en assurer le respect en usant des pouvoirs de contrainte nécessaires à la bonne administration de la justice.

Il semble donc que la thèse du caractère public des «droits-compétences» doit être retenue et que l'on peut bel et bien parler d'une forme *sui generis* d'autonomie participant de l'exercice de la fonction gouvernementale à l'égard des membres de la communauté. Cette autonomie n'emporte toutefois pas une compétence exclusive du groupe à l'égard de ses membres et n'octroie pas un pouvoir sans borne sur ceux-ci. Une limitation intrinsèque de la compétence communautaire tient à son objet limité, qui ne peut outrepasser la matière du droit ancestral dont elle est tributaire. Un droit de chasse de subsistance, par exemple, n'engendrera qu'un pouvoir se rapportant à cette activité. La compétence se trouve de la sorte circonscrite par son objet même.

Des limites extrinsèques pourront en outre s'imposer par l'application de règles de droit étatiques prépondérantes. En effet, la protection constitutionnelle des droits ancestraux ne met pas fin à la capacité des autorités fédérales ou provinciales de légiférer, selon leurs compétences respectives, de manière à régir directement ou indirectement une question tombant par ailleurs dans le champ d'un droit ancestral<sup>38</sup>. En d'autres termes, la compétence autochtone n'éclipse pas entièrement la compétence étatique. La législation fédérale ou provinciale pourra ainsi coexister avec la norme autochtone tant qu'elle ne portera pas atteinte au droit ancestral de la communauté. Dans l'hypothèse d'un conflit entre la norme étatique et le droit autochtone, la première ne l'emportera toutefois que si elle satisfait le test de justification dégagé par la Cour suprême dans *Sparrow*<sup>39</sup>.

En plus de la règle d'égalité des sexes prescrite par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>40</sup>, les règles de droit étatiques susceptibles de supplanter le droit communautaire comprendront probablement aussi les prescriptions de la *Charte*

<sup>38</sup> Dans *Sparrow*, la Cour souligne que l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, *ibid.*, n'a pas abrogé les compétences législatives découlant de la *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5 (*Sparrow*, *supra* note 16 à la p. 1109). Voir aussi *Van der Peet*, *supra* note 15 au para. 49. En revanche, la Cour suprême estime que les prérogatives du législateur doivent désormais être conciliées avec la promesse solennelle que représente la confirmation constitutionnelle des droits ancestraux et que cette conciliation emporte, pour les pouvoirs publics, l'obligation de justifier, à l'aune de l'obligation d'agir honorablement et équitablement, toute atteinte aux droits ancestraux.

<sup>39</sup> Le test de justification impose au gouvernement le fardeau de démontrer qu'une atteinte au pouvoir du groupe sert un objectif gouvernemental «régulier», c'est-à-dire suffisamment important, et que les moyens employés pour atteindre cet objectif sont compatibles avec l'honneur de la Couronne. Il ressort de la jurisprudence que le devoir d'agir honorablement emporte des obligations procédurales (consultation) et substantives (priorité autochtone, accommodement, compensation). Voir *Sparrow*, *ibid.* Voir aussi *Gladstone*, *supra* note 18 aux para. 54-84 ; *Delgamuukw*, *supra* note 16 aux para. 160-69.

<sup>40</sup> *Supra* note 1. Rappelons que l'art. 35(4) se lit comme suit : «Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits — ancestraux ou issus de traités — visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes».

canadienne<sup>41</sup>, qui, selon une interprétation téléologique et évolutive de son article 32, devraient s'appliquer aux fonctions gouvernementales autochtones sous réserve de l'article 25<sup>42</sup>.

Si les «droits-compétences» que sont les droits ancestraux participent de l'autonomie gouvernementale, il faut maintenant examiner une caractéristique fondamentale de cette autonomie qui permet de la distinguer du modèle territorial classique : le découplage du pouvoir autochtone et du contrôle de l'espace.

## II. L'éclatement du couple communauté-territoire dans l'ancrage du pouvoir autochtone

La territorialité moderne, fondée sur le modèle étatique, fait du contrôle de l'espace un préalable de la puissance publique. Or, le régime constitutionnel des droits ancestraux institué par la Cour suprême opère une rupture substantielle entre territoire et pouvoir puisque, exception faite du titre aborigène dont il sera question plus loin, les droits ancestraux existent en l'absence de contrôle autochtone de l'espace. C'est en dissociant de la sorte la doctrine des droits ancestraux de celle de la territorialité exclusive que la Cour suprême donne à l'autonomie personnelle son impulsion décisive.

Les droits ancestraux se déploient ainsi d'emblée dans un contexte d'enchevêtrement des droits et des populations sur un même territoire. Certains droits ancestraux peuvent même s'exercer indépendamment de toute considération géographique<sup>43</sup>. Ils se rattachent alors exclusivement à la communauté comme une entité socio-historique, se concrétisant non pas à travers un droit d'accès à des ressources de la terre, mais dans des pratiques et institutions familiales, sociales, culturelles, religieuses ou économiques qui ne nécessitent aucun arrimage spatial<sup>44</sup>. Les coutumes et traditions en matière d'adoption<sup>45</sup>, de mariage<sup>46</sup>, de culte religieux<sup>47</sup>, d'éducation, de santé, de langue<sup>48</sup> ou de patrimoine culturel<sup>49</sup> sont susceptibles de

---

<sup>41</sup> *Supra* note 22, art. 32.

<sup>42</sup> Voir Ghislain Otis, «La gouvernance autochtone avec ou sans la charte canadienne ?» dans Ghislain Otis, dir., *Droit, territoire et gouvernance des peuples autochtones*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2004, 127 [Otis, «Gouvernance»].

<sup>43</sup> Voir Mitchell, *supra* note 15 au para. 59.

<sup>44</sup> Toutefois, si un groupe autochtone prétend avoir le droit de circuler à des fins de commerce sur une partie précise du territoire, donc s'il revendique un droit d'accès à une région précise, il s'agira en fait d'un droit d'usage de l'espace et non exclusivement d'un droit commercial.

<sup>45</sup> Voir Casimel, *supra* note 35.

<sup>46</sup> Voir *Manychief v. Poffenroth* (1994), 164 A.R. 161, [1995] 3 W.W.R. 210 (B.R.).

<sup>47</sup> Voir Ghislain Otis, «Revendications foncières, "autochtonité" et liberté de religion au Canada» (1999) 40 C. de D. 717 à la p. 745.

<sup>48</sup> Voir Fernand De Varennes, «L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et la protection des droits linguistiques des peuples autochtones» (1994) 4 R.N.D.C. 265.

<sup>49</sup> On ne peut exclure que les tribunaux en viennent à reconnaître des droits assimilables à la propriété intellectuelle. Voir Grammond, *supra* note 20 aux pp. 203-204.

faire partie intégrante de la culture distinctive d'un groupe autochtone et donc de constituer un droit ancestral reconnu et confirmé par la Constitution. La communauté détentrice d'un tel droit pourra en principe l'exercer sans égard à la localisation de ses membres sur un quelconque territoire ancestral puisque le déplacement et le mélange des populations ne représentent pas des obstacles juridiques à l'exercice des compétences communautaires<sup>50</sup>. Dissociés du territoire entendu comme support matériel nécessaire à l'autorité collective, ces droits ont pour assise le groupe lui-même agissant comme un corps politique autonome constitué sur une base personnelle.

Il ne faut en effet pas perdre de vue que le statut personnel autochtone est le fondement de la communauté titulaire du droit ancestral. La Cour suprême affirme que les droits ancestraux se distinguent des autres droits fondamentaux énoncés dans la Constitution «parce qu'ils sont détenus seulement par les autochtones au sein de la société canadienne»<sup>51</sup>. Ce sont des «droits détenus par les autochtones parce qu'ils sont des *autochtones*»<sup>52</sup>. La haute juridiction déclare sans ambages que «par définition, les droits ancestraux ne peuvent être exercés que par les peuples autochtones»<sup>53</sup>, d'où l'obligation de l'État «d'empêcher les non-autochtones d'exercer des droits ancestraux»<sup>54</sup>. Les droits ancestraux existent en quelque sorte *intuitu personae*, s'attachant à la personne membre d'un peuple autochtone spécifique.

Par ailleurs, l'exclusivité autochtone entraîne la «personnalisation» des droits ancestraux, terme par lequel on entend décrire le lien nécessaire entre le statut singulier des personnes et leur capacité à relever du régime des droits ancestraux et de la compétence communautaire qui s'y rattache. En outre, les droits ancestraux des différents groupes autochtones leur sont exclusifs puisqu'ils constituent un héritage unique propre à chaque peuple ; frappés d'un interdit d'aliéner, ils ne sont nullement interchangeables d'un peuple à l'autre<sup>55</sup>.

De ce régime résulte un décalage manifeste par rapport à la conception universaliste classique selon laquelle la communauté politique se compose non pas de regroupements définis par des référents nationaux ou ethnoculturels, mais bien de l'ensemble des citoyens formant un corps indivisible, organisé territorialement en État ou en unité «infra-étatique». Il y également rupture avec la conception classique de la territorialité juridique voulant que le droit ait vocation à s'appliquer uniformément à

<sup>50</sup> Des considérations pratiques pourront toutefois limiter la capacité et la volonté du groupe d'appliquer concrètement ses normes aux membres dispersés dans les centres urbains éloignés. Des accords de coopération conclus avec les autorités étatiques pourraient offrir des pistes de solution.

<sup>51</sup> *Van der Peet*, *supra* note 15 au para. 19.

<sup>52</sup> *Ibid.* au para. 20. Voir aussi *Sappier*, *supra* note 15 au para. 22.

<sup>53</sup> *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013 au para. 95, 133 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 658 [*Nikal* avec renvois aux R.C.S.].

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> Voir Otis, «Titre aborigène», *supra* note 20 aux pp. 829-30.

tous sur l'ensemble d'un territoire sans acception de nationalité ou d'identité ethnoculturelle<sup>56</sup>. En effet, puisque les non-membres ne font pas partie de l'association distinctive que constitue le groupe autochtone exerçant l'autonomie normative qui lui échoie au titre d'un droit ancestral, le groupe n'a, règle générale, ni pouvoir ni responsabilité à leur égard en vertu du droit ancestral.

Cette logique s'étend aux droits ancestraux de prélèvement de ressources naturelles même si ces derniers comportent nécessairement un ancrage spatial correspondant aux terres traditionnellement exploitées par un groupe autochtone<sup>57</sup>. De tels droits peuvent en effet s'exercer sur des terres n'appartenant pas en propre aux autochtones en vertu d'un titre ancestral<sup>58</sup>, ce qui empêche la coïncidence juridique de la frontière spatiale et de la frontière ethnoculturelle. Elle permet une superposition de droits sur un même espace, étant entendu que les prérogatives autochtones n'écartent pas les formes compatibles de jouissance de l'espace et des ressources par les tiers. Plusieurs communautés autochtones<sup>59</sup>, ainsi que des non-autochtones, pourront être titulaires de droits dans un seul et même secteur, voire à l'égard d'une même ressource.

L'impossibilité d'évincer les autres occupants et usagers du territoire autorise la coexistence au sein d'un même espace géographique et, pour toute matière faisant l'objet d'un droit ancestral, de différentes catégories de citoyens assujettis à des ordres normatifs distincts en fonction de leur statut ethnoculturel. Si, par exemple, dans une région donnée, deux communautés autochtones ont des droits propres de prélèvement forestier, chaque groupe pourra régir, sous réserve de tout arbitrage étatique constitutionnellement licite<sup>60</sup>, l'exploitation de la ressource par ses membres en fonction de ses priorités et de ses valeurs. Les non-autochtones désireux d'avoir accès à la ressource devront quant à eux s'en remettre au droit étatique applicable<sup>61</sup>. Il s'agit bien là d'un régime de personnalité des lois<sup>62</sup>.

<sup>56</sup> Voir Gérard Cornu, dir., *Vocabulaire juridique*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Quadrige/Presses universitaires de France, 2005, s.v. «territorialité».

<sup>57</sup> Voir *Delgamuukw*, *supra* note 16 au para. 138 ; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101 au para. 30, 138 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 657 [*Adams* avec renvois aux R.C.S.] ; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139 au para. 39, 138 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 385 [*Côté* avec renvois aux R.C.S.] ; *Powley*, *supra* note 16 au para. 19 ; *Mitchell*, *supra* note 15 au para. 56 ; *Sappier*, *supra* note 15 aux para. 50-51.

<sup>58</sup> Voir *Van der Peet*, *supra* note 15 au para. 74 ; *Adams*, *ibid.* aux para. 25-29 ; *Côté*, *ibid.* au para. 38 ; *Delgamuukw*, *ibid.* aux para. 138, 176 ; *R. c. Marshall*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220 au para. 59, 285 N.S.R. (2<sup>e</sup>) 151 [*Marshall*].

<sup>59</sup> Voir *Delgamuukw*, *ibid.* au para. 159.

<sup>60</sup> Rappelons, qu'en principe, il reste loisible à l'État de s'immiscer dans l'exercice d'un droit ancestral s'il respecte les exigences de justification dégagées par la Cour suprême dans *Sparrow*, *supra* note 16.

<sup>61</sup> Cette hypothèse ne vaut que pour l'autorité autochtone découlant du droit ancestral. Elle n'écarte bien sûr pas le fait que les non-membres présents sur une réserve au sens de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5, art. 81 soient assujettis à l'application territoriale des règlements administratifs pris par le Conseil de bande aux termes de cette loi.

<sup>62</sup> La coexistence d'ordres juridiques distincts applicables à des groupes différents de citoyens selon qu'ils sont ou non membres d'une communauté ethnoculturelle particulière constituant une

Il faut enfin considérer le titre aborigène, qui fait figure d'exception et qui confirme la règle générale de la personnalité, puisque, parmi la gamme potentiellement vaste des droits ancestraux, il est le seul qui soit porteur de territorialité au sens fort du terme. En effet, le titre aborigène confère au groupe un droit exclusif de possession et d'usage du sol et du sous-sol sur des terres géographiquement circonscrites<sup>63</sup>. Le droit d'exclure les non-membres, et donc de réglementer leur accès au territoire, induit une «territorialisation» des normes autochtones en matière foncière, de sorte que les non-membres devront se conformer aux lois autochtones régissant l'accès aux terres et à leur usage<sup>64</sup>. Cette portée territoriale du pouvoir autochtone sera en revanche limitée au titre aborigène<sup>65</sup> et aux questions indissociables de l'occupation et de l'usage de la terre<sup>66</sup>. Les non-membres présents sur le territoire échapperont par conséquent à la compétence du groupe détenteur du titre pour les matières personnelles.

L'analyse a jusqu'ici fait abstraction de la théorie du droit inhérent (ancestral) à l'autonomie gouvernementale en tant que droit générique, soit la compétence générale de régir les affaires internes de la communauté. Il importe toutefois de remarquer que le principe de personnalité caractérise tous les droits ancestraux, y compris un droit indifférencié visant un ensemble de matières communautaires que pourrait éventuellement reconnaître la Cour suprême.

---

caractéristique fondamentale des droits ancestraux des peuples autochtones, elle est immunisée, aux termes de l'art. 25 de la *Charte canadienne*, *supra* note 22, contre toute contestation constitutionnelle fondée sur le droit à l'égalité devant la loi. Cet article empêche en effet que la *Charte canadienne* ne soit invoquée non seulement pour abroger les droits ancestraux, mais aussi pour «déroger» à leurs caractéristiques essentielles. Voir Otis, «Gouvernance», *supra* note 42 aux pp. 170-74.

<sup>63</sup> Voir *Delgamuukw*, *supra* note 16 au para. 155 ; *Marshall*, *supra* note 58 au para. 57.

<sup>64</sup> L'exclusivité autochtone et l'inaliénabilité du titre aborigène n'interdisent pas la présence de non-membres sur le territoire, dans la mesure où les droits concédés à ceux-ci ne constituent pas un abandon par le groupe de son contrôle de la terre. Voir McNeil, «Self-Government», *supra* note 23 ; Otis, «Titre aborigène», *supra* note 20 aux pp. 834-36.

<sup>65</sup> Le groupe titulaire du titre ne pourrait pas, sous le couvert de son droit d'exclure les tiers, imposer à ces derniers des conditions d'accès au territoire ne se rapportant pas à une matière relevant du titre autochtone. Il ne saurait être question, par exemple, d'assujettir tout droit foncier détenu par un tiers aux lois autochtones sur le mariage, les relations de travail ou l'exercice des professions. Les tribunaux ne pourront pas autoriser le groupe à convertir de la sorte un titre foncier en un droit général à l'autonomie gouvernementale territoriale.

<sup>66</sup> Cependant, même dans ce cas, la «territorialisation» ne sera pas nécessairement absolue. En effet, deux types de non-membres pourront se trouver en milieu autochtone : les «exo-propriétaires», c'est-à-dire ceux dont les droits fonciers ne sont pas dérivés de la tenure ancestrale, et ceux que la communauté aura autorisés à se trouver sur les terres communautaires. S'agissant des «exo-propriétaires» dont les terres font partie du domaine foncier privé, le titre aborigène ne pourra fonder une compétence autochtone à leur égard, notamment en matière d'aliénation des terres.

### III. L'autonomie personnelle et le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale

Rien n'indique que les affaires internes d'une collectivité devront être liées au territoire pour activer le droit inhérent ; il suffira que la communauté autochtone existe comme unité ethnoculturelle vivante et distinctive. À défaut de disposer d'un territoire propre ou d'occuper effectivement ce territoire, la communauté autochtone pourra, à la faveur de son droit inhérent, régir un ensemble de questions sociales, culturelles et religieuses sur la base de sa compétence personnelle sur ses membres<sup>67</sup>.

Il va de soi que lorsqu'une communauté détentrice du droit inhérent possédera en plus une emprise foncière propre, les affaires internes relevant de sa compétence générale comprendront notamment la gouvernance des terres et des ressources naturelles communautaires. Si des non-membres se trouvent sur le territoire communautaire, ils seront régis par les lois autochtones se rapportant à la maîtrise des terres autochtones. On peut attribuer à ces lois une « territorialité intrinsèque », en ce qu'elles se rapportent directement à la terre, son occupation, son usage et sa protection au sens large. Certaines affaires revêtiront une « territorialité accessoire » en raison de leur étroite connexité avec la capacité du groupe autochtone de jouir effectivement de son patrimoine foncier. Ainsi, le pouvoir général de la communauté d'assurer à ses membres la jouissance paisible des terres communautaires pourra l'autoriser, à titre incident, à appliquer certaines lois relatives au bon ordre à toute personne, y compris les non-membres se trouvant au sein de la communauté.

En revanche, le principe de personnalité fera en sorte que les non-membres échapperont à la compétence autochtone pour une gamme de matières personnelles, c'est-à-dire qui ne sont pas inhérentes au contrôle et à la jouissance du territoire par les membres (par exemple, le statut personnel, l'éducation, les affaires sociales, etc.). Si les non-membres font partie d'une autre communauté autochtone possédant elle-même le droit inhérent à l'autonomie, ils pourront être régis par le droit de celle-ci pour les affaires exorbitantes de la compétence de la communauté majoritaire. Dans ces domaines, les non-autochtones relèveront quant à eux du droit étatique. La compétence de la communauté participant du droit inhérent sera par conséquent substantiellement personnelle, même dans les limites de son territoire<sup>68</sup>.

Quant à l'État, il ne pourra jouer le rôle d'arbitre ou de régulateur des ordres juridiques coexistant sur le territoire que s'il parvient à convaincre les tribunaux du caractère justifiable de tout encadrement de l'autonomie normative des groupes

---

<sup>67</sup> Plusieurs communautés amérindiennes et une majorité de communautés métisses ne disposent pas d'une base territoriale exclusive reconnue. D'autre part, certaines communautés possèdent des terres reconnues mais ne les occupent pas. Voir Otis, « Territorialité », *supra* note 11.

<sup>68</sup> Nous faisons ici abstraction du principe de territorialité applicable sur les réserves en vertu de la *Loi sur les Indiens*, *supra* note 61, et de tout traité conclu avec la Couronne qui viendrait territorialiser la compétence autochtone de manière à la rendre opposable de manière générale aux non-membres.

autochtones. Ces derniers devront d'ailleurs participer au processus limitatif de leurs prérogatives au moyen d'un dialogue exigé par la Cour suprême<sup>69</sup>.

Cette articulation singulière de la territorialité et de la personnalité propre au droit inhérent à l'autonomie gouvernementale se rapprochera d'ailleurs des solutions dégagées par la jurisprudence quant au fondement et aux limites de la souveraineté interne des peuples autochtones — les *Indian tribes* — aux États-Unis.

En effet, les tribunaux américains ont récemment eu à trancher la question de savoir si l'existence d'un territoire autochtone, reconnu comme tel en droit fédéral (*Indian country*), constitue une condition préalable à l'existence de la souveraineté inhérente au statut de *domestic dependent nations* reconnu aux peuples autochtones depuis les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis au 19<sup>e</sup> siècle<sup>70</sup>. La question s'est posée dans la foulée de la décision de la Cour suprême dans *Alaska v. Native Village of Venetie Tribal Government*<sup>71</sup> d'où il ressort que la presque totalité des tribus indiennes de l'Alaska se retrouvent, depuis l'entrée en vigueur de l'*Alaska Native Claims Settlement Act*<sup>72</sup>, dépourvues de base territoriale reconnue en droit fédéral<sup>73</sup>. Si la haute juridiction américaine conclut à la disparition de leur assise territoriale, elle ne remet pas pour autant en question l'existence des tribus de l'Alaska en tant que nations politiques détentrices de la souveraineté que leur reconnaît le droit américain<sup>74</sup>.

---

<sup>69</sup> Sur l'obligation constitutionnelle de consulter les peuples autochtones dont les droits sont affectés par une intervention de l'État, voir notamment *Delgamuikw*, *supra* note 16 au para. 168 ; *Sparrow*, *supra* note 16 à la p. 1119 ; *Nikal*, *supra* note 53 au para. 110 ; *Gladstone*, *supra* note 18 aux para. 63-64 ; *Nation Haida*, *supra* note 31 aux para. 21-25.

<sup>70</sup> Voir *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831) ; *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832). Selon la Cour suprême des États-Unis dans *United States v. Wheeler*, «The powers of Indian tribes are, in general, “inherent powers of a limited sovereignty which has never been extinguished.” [...] Before the coming of Europeans, the tribes were self-governing sovereign political communities» [référence et italiques omis]. Mais cette souveraineté «exists only at the sufferance of Congress and is subject to complete defeasance. But until Congress acts [...] Indian tribes still possess those aspects of sovereignty not withdrawn by treaty or statute, or by implication as a necessary result of dependent status» (435 U.S. 313 aux pp. 322-33 (1978)).

<sup>71</sup> 522 U.S. 520 (1998) [*Venetie*].

<sup>72</sup> 43 U.S.C. § 1601 (2000) [*ANCSA*].

<sup>73</sup> Selon la Cour suprême, les terres détenues par les corporations foncières autochtones aux termes de l'*ANCSA*, *ibid.*, qui remplaçaient le système des réserves de même que la tenure ancestrale, n'ont pas le statut de *Indian country* aux fins de l'exercice de la souveraineté tribale. Voir notamment Geoffrey D. Strommer et Stephen D. Osborne, «“Indian Country” and the Nature and Scope of Tribal Self-government in Alaska» (2005) 22 *Alaska L. Rev.* 1 aux pp. 5-6.

<sup>74</sup> En 1994, le Congrès a ratifié la reconnaissance par l'exécutif fédéral des communautés autochtones de l'Alaska en tant que tribus souveraines et les tribunaux ont jugé que cette reconnaissance est insusceptible de contrôle judiciaire. Voir *Native Village of Stevens v. Alaska Management & Planning*, 757 P.2d 32 (Alaska Sup. Ct. 1988) ; *John v. Baker*, 982 P.2d 738 (Alaska Sup. Ct. 1999) [*Baker*].

Cette lecture de *Venetie* est confirmée par une décision subséquente de la Cour suprême de l'Alaska qui statue, dans *Baker*, que depuis *Venetie* les tribus de l'Alaska peuvent être considérées comme des «sovereign[s] [...] without territorial reach»<sup>75</sup>, c'est-à-dire des entités souveraines «aterritoriales». Partant du constat que la Cour suprême des États-Unis n'avait jamais fait d'un territoire tribal la condition nécessaire de la souveraineté, la Cour applique la présomption voulant que le pouvoir inhérent de la tribu de régir ses affaires internes et les rapports entre ses membres subsiste tant et aussi longtemps qu'il n'a pas été supplanté explicitement par le Congrès. Or, la simple suppression du territoire indien par l'ANCSA ne peut, de l'avis des magistrats, exprimer une intention claire du Congrès de mettre fin à l'autonomie politique des tribus concernées<sup>76</sup>. À défaut de compétence territoriale, les tribus ont conservé une compétence personnelle à l'égard de leurs membres<sup>77</sup> pour les matières relevant des affaires de la communauté, telles que, notamment, les relations familiales<sup>78</sup>. La Cour affirme sans équivoque que la souveraineté réside dans la collectivité autochtone elle-même sans égard au territoire, parlant de «Native sovereignty as stemming from the tribe itself»<sup>79</sup>. Par ailleurs, l'autonomie purement personnelle des tribus recouvre potentiellement un large éventail de compétences, allant du droit criminel à la culture, au droit de la famille et à la protection de la jeunesse<sup>80</sup>.

Si le contrôle d'un territoire n'est pas, en droit américain, la condition nécessaire de la compétence gouvernementale autochtone à l'égard des personnes, il n'en est pas davantage une condition *suffisante*. En d'autres termes, le fait qu'une collectivité tribale soit dotée d'un territoire indien ne suffit pas en soi pour conférer à cette collectivité une compétence à l'égard de toutes les personnes se trouvant sur son territoire. La Cour suprême des États-Unis a en effet formulé que «the general proposition that the inherent sovereign powers of an Indian tribe do not extend to the activities of nonmembers of the tribe»<sup>81</sup>, même lorsque les activités des non-membres se déroulent sur le territoire indien puisque «the existence of tribal ownership is not alone enough to support regulatory jurisdiction over nonmembers»<sup>82</sup>. La compétence autochtone ne pourra être territoriale, selon la Cour, que si l'assujettissement des non-membres aux lois autochtones est nécessaire pour sauvegarder le droit des

<sup>75</sup> *Baker*, *ibid.* à la p. 759, n. 139, citant *Alaska ex rel. Yukon Flats School District v. Native Village of Venetie Tribal Government*, 101 F.3d 1286 à la p. 1303 (9<sup>e</sup> Cir. 1996).

<sup>76</sup> Voir *ibid.* aux pp. 753-54.

<sup>77</sup> Voir *ibid.* (parlant de «membership sovereignty») à la p. 754).

<sup>78</sup> Voir *ibid.* (utilisant les termes «internal domestic matters»).

<sup>79</sup> *Ibid.* à la p. 756.

<sup>80</sup> Pour une analyse de la portée probable des compétences purement personnelles des autorités tribales, voir Strommer et Osborne, *supra* note 73 aux pp. 9-16 ; William C. Canby, Jr., *American Indian Law in a Nutshell*, 4<sup>e</sup> éd., St. Paul, West, 2004 aux pp. 416-17.

<sup>81</sup> *Montana v. United States*, 450 U.S. 544 à la p. 565 (1981) [*Montana*]. Voir aussi *Nevada v. Hicks*, 533 U.S. 353 aux pp. 358-359 (2001) [*Hicks*].

<sup>82</sup> *Hicks*, *ibid.* à la p. 360.

autochtones de se gouverner<sup>83</sup>. Par exemple, les lois autochtones, y compris les lois fiscales, relatives à l'usage et la possession du domaine foncier autochtone s'étendront aux non-membres à qui des droits d'accès auront été octroyés<sup>84</sup>. Un spécialiste américain, après avoir passé en revue la jurisprudence de la Cour suprême, conclut que la compétence des tribus sur leurs territoires est désormais présumée personnelle plutôt que territoriale :

Hicks is thus the culmination of a series of cases that has reversed the usual presumption regarding sovereignty when the tribe's power over nonmembers is concerned. Instead of presuming that tribal power exists, and searching to see whether statutes or treaties negate that presumption, the Court presumes that tribal power over nonmembers is absent unless one of the *Montana* exceptions applies or Congress has otherwise conferred the power<sup>85</sup>.

Le caractère personnel de la compétence tribale est conforté par le fait que les lois autochtones pourront atteindre les membres de la communauté même lorsqu'ils se trouvent à l'extérieur du territoire tribal<sup>86</sup>.

### Conclusion : les défis d'un nouveau droit interpersonnel

Tout régime de personnalité des lois et d'autonomie personnelle, en raison de la pluralité d'ordres juridiques qu'il fait coexister sur un même territoire, pose le problème des conditions de rattachement des individus aux groupes nationaux dotés de compétences personnelles ainsi que celui des règles de conflit entre les ordres juridiques. Les juristes d'ici pourront à cet égard tirer de riches enseignements de l'expérience de pays où se pratique depuis longtemps le pluralisme des statuts personnels<sup>87</sup>. Le professeur Gannagé, spécialiste des droits proche-orientaux

---

<sup>83</sup> Dans *Hicks*, la Cour rappelle que «[w]here nonmembers are concerned, the "exercise of tribal power beyond what is necessary to protect tribal self-government or to control internal relations is inconsistent with the dependent status of the tribes, and so cannot survive without express congressional delegation" [note et italiques omis]» et, par conséquent, «[t]ribal assertion of regulatory authority over nonmembers must be connected to that right of the Indians to make their own laws and be governed by them» (*ibid.* aux pp. 359, 361). Dans *Montana*, la Cour avait précisé que les non-membres seraient liés par les lois autochtones lorsqu'un non-autochtone entre «[into a] consensual relationship with the tribe or its members» ou lorsque le comportement d'un non-autochtone sur le territoire indien «threatens or has some direct effect on the political integrity, the economic security, or the health or welfare of the tribe» (*supra* note 81 aux pp. 565-66).

<sup>84</sup> Voir notamment *Merrion v. Jicarilla Apache Tribe*, 455 U.S. 130 (1982). En revanche, ce n'est qu'à titre exceptionnel que la compétence autochtone à l'égard des terres sises dans une réserve, mais appartenant en pleine propriété à des non-membres, sera reconnue. Voir *Hicks*, *ibid.* à la p. 360. Voir aussi *Atkinson Trading v. Shirley*, 532 U.S. 645 (2001).

<sup>85</sup> Canby, *supra* note 80 à la p. 85.

<sup>86</sup> Voir Strommer et Osborne, *supra* note 73 aux pp. 10-13.

<sup>87</sup> Voir notamment Pierre Gannagé, *Le pluralisme des statuts personnels dans les États multicommunautaires : Droit libanais et droits proche-orientaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001 ; Régis Lafargne, *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003.

conjuguant pluralisme religieux et pluralisme juridique à l'intérieur des États, définit ainsi le «droit intercommunautaire», aussi appelé «droit interpersonnel» :

Il s'agit ici du droit qui règle, dans l'ordre interne, les conflits des statuts des diverses communautés pourvues encore dans beaucoup de pays comme le Liban, d'attributions législatives et judiciaires. Ce droit est aussi souvent désigné de droit interpersonnel, ou de droit inter-confessionnel pour bien signifier que le conflit qu'il doit résoudre trouve son origine dans les liens personnels et religieux<sup>88</sup>.

Il suffira de souligner ici, en guise de conclusion, que plusieurs des problèmes de droit interpersonnel se rapporteront au rôle de la volonté individuelle dans le rattachement au groupe et de la désignation du droit applicable à une situation donnée. La question des choix individuels se posera d'abord relativement aux conditions d'entrée et de sortie du groupe, qui elles-mêmes influenceront au premier chef sur le domaine d'application des lois personnelles. Le principal défi consistera ici à concilier les valeurs d'égalité et d'autonomie de la volonté avec l'impératif de protection des intérêts, collectifs ou individuels, potentiellement menacés par l'idéal libéral d'une autodétermination identitaire affranchie de toute contrainte substantive ou temporelle.

L'incidence des préférences individuelles apparaîtra également comme un enjeu majeur en raison de la dualité de statut qui caractérisera la situation de l'autochtone dont le statut personnel ancestral n'est pas exclusif de son lien juridique avec l'État. C'est ce que signifie notamment le principe du *citizen plus* comme fondement de la condition juridique de l'autochtone au sein de l'État<sup>89</sup>. L'autochtone membre d'un groupe titulaire d'un droit ancestral ne reste-t-il pas citoyen de l'État et, à ce titre, ne continue-t-il pas de bénéficier des droits que procure ce rattachement? Y aurait-il quelque principe de nature à empêcher un autochtone de réclamer les avantages du droit étatique dès lors qu'il souhaite conserver son statut autochtone? Il faudra, en d'autres termes, déterminer si, pour une matière relative à un droit ancestral, l'individu pourra opter pour un régime à l'exclusion de l'autre, s'il pourra plutôt se réclamer simultanément du droit autochtone et du droit étatique, ou encore s'il lui sera loisible de passer à sa convenance d'un régime à l'autre. Ici encore, l'aspiration individuelle à la «libre circulation» entre les ordres normatifs pourra se heurter à des préoccupations liées à la sécurité juridique, l'intégrité du régime communautaire, la protection des droits individuels des tiers ou quelque autre nécessité d'intérêt général.

Enfin, le défi de l'articulation des ordres juridiques et des choix individuels se présentera aussi lors d'une interaction entre un individu autochtone et un non-membre, comme, par exemple, dans le cas d'un mariage ou d'une adoption. Il faudra alors déterminer le droit applicable en se demandant notamment dans quelle mesure

---

<sup>88</sup> *Ibid.* à la p. 239, n. 1.

<sup>89</sup> Voir Alan C. Cairns, *Citizens Plus: Aboriginal Peoples and the Canadian State*, Vancouver, UBC Press, 2000.

les parties pourront décider de soumettre leur relation au droit autochtone ou au droit étatique.

Dans la recherche de solutions à ces difficultés, il faudra composer avec la capacité constitutionnelle limitée de l'État d'évincer les ordres juridiques issus des droits ancestraux, et donc renoncer à l'idée de résoudre les conflits de droit par l'imposition d'un droit étatique commun jouissant d'une prééminence systématique et inconditionnelle.

---