

**Chaire de recherche du Canada sur la diversité juridique
et les peuples autochtones**

Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa

Étude comparative des droits des peuples autochtones et du pluralisme juridique : le cas canadien

Rapport soumis aux membres du groupe de recherche Pacifique dans le
cadre du projet « État et cultures juridiques autochtones : un droit en
quête de légitimité » (CRSH 2013-2018)

Ghislain Otis, professeur titulaire
Charlotte Chicoine-Wilson, candidate à la maîtrise (LL.M)
Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa
29/10/2014

Table des matières

Introduction.....	2
Question 1 – La reconnaissance constitutionnelle et législative des communautés autochtones.	4
Question 2 – La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones en droit canadien	10
Questions 3 et 4 – Les autorités et institutions autochtones	15
Question 5 – La discipline interne des communautés autochtones (institutions autochtones et ordre public)	27
Question 6 – Le régime des droits fonciers autochtones.....	31
Question 7 – Les droits des tiers sur les terres autochtones	41
Question 8 – Les rapports entre le droit écrit et le droit oral ou coutumier	48
Questions 9 et 10 – La reconnaissance des ordres juridiques autochtones	51
Bibliographie et ressources additionnelles	57
Articles scientifiques	57
Chapitres d’ouvrages.....	57
Ouvrages de référence	58
Législation	58
Jurisprudence.....	59
Traités.....	60
Constitutions autochtones.....	61
Sites web.....	62
Rapports.....	64

Introduction

Ce rapport a été produit dans le cadre du projet de recherche « *État et cultures juridiques autochtones : un droit en quête de légitimité* » dirigé par le Professeur Ghislain Otis de la Chaire de recherche du Canada sur la diversité juridique et les peuples autochtones de l'Université d'Ottawa. Ce projet de recherche prend la forme d'un partenariat international regroupant des chercheurs de diverses disciplines (droit, criminologie, travail social et anthropologie notamment) ainsi que des partenaires autochtones autour de questions liées au phénomène du pluralisme juridique dans certains États issus de la colonisation européenne au sein desquels le droit étatique cohabite avec des ordres normatifs autochtones non officiels. Les travaux de recherche s'organisent autour de trois thèmes (justice, famille et foncier) et de trois régions géographiques (Canada, Afrique et Pacifique).

Ce rapport sera présenté par le professeur Ghislain Otis aux membres du groupe Pacifique lors d'un colloque portant sur le pluralisme juridique et le droit comparé qui se tiendra à Nouméa (Kanaky – Nouvelle-Calédonie) du 29 octobre au 1^{er} novembre 2014. L'objectif du présent rapport est de fournir des éléments de comparaison sur la situation des peuples autochtones en situation postcoloniale aux membres du groupe Pacifique et d'alimenter la réflexion dans le cadre de leur collaboration avec le peuple kanak, lequel travaille actuellement à la mise en œuvre de la Charte du peuple kanak adoptée en avril 2014.

Les questions suivantes ont été identifiées par le professeur François Féral, coordonnateur du groupe Pacifique, suivant sa participation aux travaux ayant entouré l'adoption de la Charte du peuple Kanak :

1/Dans quels termes constitutionnels ou législatifs sont reconnus les communautés autochtones et leurs droits spécifiques?

2/Dans le droit positif est-il fait explicitement ou implicitement référence à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones de 2007?

3/Est-ce que les institutions juridictionnelles et d'autres autorités autochtones sont reconnues?

4/Comment les structures institutionnelles des autorités autochtones autonomes sont-elles organisées à l'interne?

5/Comment les communautés autochtones assurent-elles leur discipline interne?

6/Quel est le régime légal entourant le droit des autochtones sur le territoire?

7/Quelle est la relation entre les droits autochtones collectifs et les droits potentiels d'utilisateurs individuels ou de tiers sur les terres autochtones?

8/Quelle est la place respective du droit écrit et de la coutume orale dans la gouvernance autochtone?

9/Comment la jurisprudence des cours étatiques contribue-t-elle à la reconnaissance des ordres juridiques autochtones par le droit étatique?

10/Quels sont les progrès ou les blocages de la reconnaissance des droits et des ordres juridiques autochtones?

Dans le cadre du présent rapport, nous avons entrepris de répondre à ces questions dans le contexte canadien. Si la plupart des questions sont traitées séparément, certaines ont été regroupées afin d'éviter les répétitions.

Question 1 – La reconnaissance constitutionnelle et législative des communautés autochtones

Question : *Dans quels termes constitutionnels ou législatifs sont reconnus les communautés autochtones et leurs droits spécifiques?*

A. Les peuples autochtones en droit constitutionnel canadien

a. La Proclamation royale de 1783¹

La *Proclamation royale de 1783* est l'instrument par lequel la Grande-Bretagne a affirmé sa souveraineté sur le territoire de la Nouvelle-France qui venait alors d'être conquis. La Proclamation est par conséquent considérée comme la première constitution britannique du Canada. Elle affirme la souveraineté de la Couronne britannique sur le territoire de l'actuel Canada et constitue une prise de possession de ce territoire alors occupé par les autochtones selon la théorie de la découverte². C'est donc par cet instrument que la Couronne britannique opère la négation constitutionnelle de la souveraineté externe des peuples autochtones du Canada. Et si la Proclamation reconnaît les « Nations of Indians » et leurs droits collectifs, notamment sur leurs terres traditionnelles, elle prévoit également des mécanismes permettant d'éteindre ces droits – notamment la conclusion d'accords par lesquels les autochtones abandonnent leur titre sur le territoire.

La Proclamation, dont certaines dispositions relatives aux peuples autochtones sont toujours en vigueur, a constitué le socle juridique de la politique et du droit coloniaux britanniques à l'égard des peuples autochtones au Canada.

b. La Loi constitutionnelle de 1867

La *Loi constitutionnelle de 1867*³ ne mentionne nulle part les « peuples autochtones ». Tout comme la *Proclamation royale de 1763*, elle reconnaît la présence des « Indiens » sur le territoire du Canada, mais ce n'est que pour ensuite procéder à l'attribution des compétences législatives dans le cadre du nouveau régime d'inspiration fédérale mis en place dans ce qui demeure à ce moment une colonie britannique.

¹ Voir Ghislain Otis, « The State and Indigenous Peoples: Colonial Laws as the Living Law of Canada », (à paraître en 2015) 17 *Journal on the History of International Law* pour une analyse des conséquences de la *Proclamation royale* pour les peuples autochtones.

² Le professeur Otis soutient ainsi que : « The clearest affirmation of discovery in British colonial law as applied to North America is found in the *Royal Proclamation of 1763*² which was the first British constitution in Canada following its cession by France as a result of the Seven Years War. [...]The harsh fact is that through the Proclamation, King George III exercised his newly acquired discovery authority over the territory formerly claimed by France. » Otis, *ibid.* à la p. 2.

³ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.U.).

91. (...) l'autorité législative exclusive du parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

(...)

24. Les Indiens et les terres réservées pour les Indiens.

En vertu de cette Loi, c'est donc au palier fédéral que revient la compétence sur les « Indiens » et leurs terres, plutôt qu'aux provinces. L'utilisation de l'expression « Indiens » n'a pas été sans créer une certaine confusion en droit canadien, confusion ayant donné lieu à des recours judiciaires afin de déterminer à quel ordre de gouvernement il incombait de fournir des services aux Inuits⁴, aux Métis et aux autochtones auxquels la loi fédérale n'accorde pas le statut d'« Indien ». Les tribunaux ont à ce jour conclu que seuls les deux premiers groupes pouvaient être considérés comme des Indiens au sens de l'article 91(24) de la Constitution⁵. La Cour suprême elle-même devrait trancher la question dans un proche avenir.

Enfin, il importe de souligner que cette disposition constitutionnelle renvoie les Autochtones à l'état de simples objets de compétences. Certains auteurs avancent l'hypothèse que l'article 91(24) ait pu viser « à assurer une certaine forme de protection à ces peuples, en perpétuant la politique depuis longtemps établie du gouvernement britannique de ne pas laisser cette question entre les mains des gouvernements coloniaux, présumés en conflit d'intérêts lorsqu'il est question de terres. »⁶ Cependant, que les intentions des constituants aient été généreuses ou non, force est de reconnaître que cette loi constitutionnelle n'est pas source de droits pour les peuples autochtones.

c. La Loi constitutionnelle de 1982

La situation est bien différente dans le cas de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁷ qui à son article 35(1), énonce explicitement la reconnaissance des droits des peuples autochtones :

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

⁴ Dans le célèbre *Renvoi sur les Eskimaux* (1939), la Cour suprême du Canada a tranché la question en stipulant que les Inuits devaient être considérés comme des Indiens au sens de l'article 91(24) de la Constitution. *Reference whether "Indians" includes "Eskimo"* [1939] SCR 104, en ligne : <<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/8531/index.do>>.

⁵ On appelle « Indiens non-inscrits » les membres d'une Première nation qui n'ont pas leur statut d'Indiens en vertu de la *Loi sur les Indiens*, LR C 1985, c I-5. Les Métis sont considérés comme des « Indiens » au sens de la Constitution depuis la récente décision de la Cour fédérale du Canada dans l'affaire *Daniels c. Canada*, 2013 CF 6 qui a été confirmée en partie par la Cour d'appel fédérale (*Canada c. Daniels*, 2014 CAF 101). La Cour d'appel a cependant infirmé la partie du jugement de première instance portant sur les Indiens non-inscrits, refusant de les reconnaître comme des Indiens au sens de l'article 91(24) de la Constitution.

⁶ Sébastien Grammond, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruylant-Yvon Blais, Bruxelles, 2003, à la p. 78.

⁷ *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11.

Le paragraphe 35(2) vient préciser davantage l'identité des titulaires des droits reconnus au premier paragraphe : « Dans la présente loi, "*peuples autochtones du Canada*" s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada ». Or, la définition de ces catégories est elle-même sujette à débat⁸. Il reviendra donc aux tribunaux d'en clarifier le sens.

Le contenu des droits reconnus par l'article 35(1) devait à l'origine être précisé lors de conférences constitutionnelles suivant l'adoption de la Loi de 1982. Cependant, les négociations en vue d'adopter des modifications à la Constitution ayant échoué, la tâche de définir le contenu de l'article 35(1) échoit donc aux tribunaux.

d. L'article 35(1) dans la jurisprudence

La notion de droits « existants »

L'article 35(1) ne reconnaît que les droits qui existaient toujours au moment de l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁹. Il n'est donc pas question de faire revivre les droits éteints, soit par l'effet d'une renonciation par les peuples autochtones (notamment par voie de traité conclu avec la Couronne) ou par celui de l'extinction unilatérale de droits par la Couronne antérieurement à l'entrée en vigueur de l'article 35.

La notion de droits ancestraux

Il existe divers types et catégories de droits ancestraux. Certains se rapportent à la terre et aux ressources alors que d'autres ont pour objet des pratiques culturelles, linguistiques, religieuses ou sociales spécifiques. Les droits ancestraux relatifs à la terre et aux ressources feront l'objet d'une analyse détaillée dans la Question 6. Il suffira ici de mentionner que ces droits se divisent en deux catégories, savoir, le titre foncier ancestral qui est une maîtrise exclusive et générale de la terre, et les simples droits de prélèvements de ressources à des fins particulières (alimentaire, rituelle, subsistance, commerce). À ce jour, la Cour suprême a adopté une approche culturaliste pour définir les droits ancestraux. Dans l'affaire *R. c. Van der Peet*, la Cour suprême a en effet défini les droits ancestraux comme les pratiques, coutumes ou traditions qui « font partie intégrante de la culture distinctive » d'un peuple autochtone.¹⁰ Ce test de la « partie intégrante » de la culture précoloniale est universellement décrié par la doctrine et les peuples autochtones en raison de la logique passéiste et « essentialisante » que le sous-tend et qui donne au

⁸ Sur l'identification des communautés métisses au Canada, voir notamment l'affaire *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 RCS 207 et Sébastien Grammond et Lynne Groulx, « "Finding" Metis Communities », (2012) 32.1 *The Canadian Journal of Native Studies* 33.

⁹ Shin Imai, *The 2013 Annotated Indian Act and Aboriginal Constitutional Provisions*, Carswell, Toronto, 2013, à la p. 625.

¹⁰ *R. c. Van der Peet*, 1996, 2 R.C.S. 507.

juge non autochtone l'autorité de décréter de manière juridiquement contraignante ce qui est ou non authentiquement autochtone.

Bien que la Constitution ne reconnaisse pas explicitement un droit ancestral à l'autodétermination interne ou à l'autonomie gouvernementale, le caractère collectif des droits ancestraux et issus de traités fait en sorte qu'il incombera au groupe de fixer les conditions et les modalités d'exercice d'un droit par ses membres¹¹. La reconnaissance implicite de pouvoirs normatifs autochtones est d'autant plus claire dans le cas du titre ancestral que ce dernier confère

des droits de propriété semblables à ceux associés à la propriété en fief simple, y compris le droit de déterminer l'utilisation des terres, le droit de jouissance et d'occupation des terres, le droit de posséder les terres, le droit aux avantages économiques que procurent les terres et le droit d'utiliser et de gérer les terres de manière proactive.¹²

Les droits issus de traités

L'expression « droits issus de traités » renvoie aux droits prévus dans les traités historiques conclus entre la Couronne et les peuples autochtones¹³ ainsi que dans les traités modernes conclus à partir des années 1970. Ces droits sont généralement la contrepartie consentie aux peuples autochtones pour la renonciation à toute prétention de détenir des droits ancestraux sur les terres visées par le traité.

Les traités historiques prévoient la création d'une assise foncière autochtone exclusive appelée « réserve » et qui ne correspond qu'à une fraction minuscule des terres traditionnelles du peuple signataire. À cette réserve détenue à titre collectif, insaisissable et inaliénable, s'ajoutent des droits limités et précaires de prélèvement des ressources, notamment des droits de chasse, de pêche et de cueillette. Dans certains cas, les traités prévoient également la prestation de certains services (par exemple en matière de santé et d'éducation), et des compensations pécuniaires pour la cession du territoire par les Premières nations.

La conclusion de traités modernes entre l'État et les peuples autochtones vise principalement à :

définir précisément leurs droits et obligations [respectifs] quant à un grand nombre de domaines : utilisation du territoire, activités de chasse et de pêche, partage des redevances liées à l'exploitation des ressources naturelles, évaluation environnementale,

¹¹ Voir Ghislain Otis, « Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones », (1999) 40 *Cahiers de Droit* 591 aux p. 611-619.

¹² *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 SCC44 [*Tsilhqot'in*] au par. 73.

¹³ Pour une carte des traités historiques, voir : Affaires autochtones et Développement du Nord Canada, *L'établissement des traités au Canada*, en ligne : < <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100028574/1100100028578>>.

développement économique, embauche préférentielle et octroi de contrats, adaptation des services publics, etc.¹⁴

Pour les peuples autochtones, ces traités permettent d'établir avec certitude la portée de leurs droits et, plus récemment, de se voir reconnaître une certaine forme d'autonomie gouvernementale¹⁵. Pour l'État, la conclusion de traités vise « à s'assurer le contrôle ultime du territoire et à empêcher les autochtones de revendiquer des droits qui ne seraient pas expressément prévus dans le traité »¹⁶. Les traités modernes s'articulent ainsi autour de deux mouvements : d'une part, ils reconnaissent des droits aux autochtones sur un territoire donné et d'autre part, ils éteignent le titre et les droits ancestraux que le peuple concerné aurait pu avoir. Nous traiterons plus en détail des traités dans la Question 6 consacrée aux droits fonciers.

La protection des droits autochtones

La Cour suprême du Canada a déterminé qu'il fallait interpréter l'article 35(1) comme octroyant aux droits autochtones une protection similaire à celles garantie aux droits et libertés individuelles énoncées dans la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁷. S'il s'agit d'une protection importante, elle n'est cependant pas absolue¹⁸. Il est donc possible pour l'État de porter atteinte aux droits des autochtones dans la mesure où l'action gouvernementale peut être justifiée à l'aune d'un test élaboré par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Sparrow*. Ainsi, si une Première nation prouve qu'il y a eu atteinte à un de ses droits protégés par la Constitution, l'État devra établir :

(1) qu'il s'est acquitté de son obligation procédurale de consultation et d'accommodement, (2) que ses actes poursuivaient un objectif impérieux et réel, et (3) que la mesure gouvernementale est compatible avec l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe.¹⁹

Nous expliciterons de manière plus détaillée les critères de justification d'une atteinte dans le contexte de l'étude des droits des tiers sur les terres autochtones (Question 7) puisqu'il s'agit d'un domaine prioritaire d'intervention de l'État ayant un fort potentiel de restriction des droits autochtones.

B. Les peuples autochtones dans le droit infraconstitutionnel : la *Loi sur les Indiens*

Il existe plusieurs lois fédérales traitant des questions autochtones. La pièce maîtresse de cet appareil législatif est la *Loi sur les Indiens* qui fut à l'origine le résultat d'une refonte de toutes les lois concernant les peuples autochtones en 1876. Cette loi a depuis été modifiée à maintes reprises et demeure en vigueur encore aujourd'hui, bien qu'elle soit

¹⁴ Grammond, « Aménager la coexistence », *supra* note 6 à la p. 255.

¹⁵ Voir la Question 3 pour davantage d'information sur la portée de cette reconnaissance.

¹⁶ Grammond, « Aménager la coexistence », *supra* note 6 à la p. 255.

¹⁷ *R. c. Sparrow*, 1990, 1 R.C.S. 1075 [*Sparrow*].

¹⁸ *Ibid.* à la p. 1109.

¹⁹ *Tsilhqot'in*, *supra* note 12, au par. 77.

l'objet de nombreuses critiques, notamment quant à ses origines coloniales et son caractère paternaliste. La *Loi sur les Indiens* ne concerne que les « Indiens » et les bandes indiennes et ne s'applique donc ni au Métis ni aux Inuits. Il reste qu'elle régit encore aujourd'hui la vaste majorité des réserves et qu'elle règle donc encore la gouvernance, notamment foncière, de la plupart des communautés autochtones puisque seule une minorité de peuples autochtones sont dotés, aux termes de traités ou d'accords modernes d'institutions gouvernementales autonomes et constitutionnellement protégées.

Les visées assimilationnistes au fondement de la *Loi sur les Indiens* ne sont guère contestables bien que, paradoxalement, il n'est pas certain que la création de réserves ait dans les faits favorisé l'assimilation des autochtones. La *Loi* prévoit plutôt le mode de fonctionnement des bandes indiennes²⁰, les critères d'attribution du statut d'Indien et des règles entourant l'utilisation des terres de réserves²¹.

²⁰ Voir à ce sujet les Questions 3-4.

²¹ Voir à ce sujet la Question 6.

Question 2 – La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones en droit canadien

Question : *Dans le droit positif du Canada est-il fait explicitement ou implicitement référence à la Déclaration des Nations Unies de 2007?*

A. La position officielle du Canada sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones

En 2007, lors du vote à l'Assemblée générale des Nations Unies, le Canada – avec les États-Unis, l'Australie et la Nouvelle-Zélande – s'est opposé à l'adoption de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (ci-après « la Déclaration » ou « DNUDPA »). Le 12 novembre 2010, le gouvernement fédéral du Canada a modifié sa position et a annoncé son appui à la Déclaration. Cependant, cet appui n'est pas inconditionnel comme l'indique clairement l'énoncé officiel émis par le Canada lors de cette annonce²².

Voici les grandes lignes de la position canadienne quant à la portée de la DNUDPA :

- La Déclaration n'a pas de force normative en droit international ni en droit canadien :
 - « La Déclaration est un document d'aspiration (...) »
 - « la Déclaration n'est pas juridiquement contraignante, ne constitue pas une expression du droit international coutumier et ne modifie pas les lois canadiennes (...) »
- Le Canada s'inquiète de certains éléments de la Déclaration :
 - « En 2007, au moment du vote à l'Assemblée générale des Nations Unies, le Canada a exprimé officiellement ses inquiétudes relativement à diverses dispositions de la Déclaration dont celles sur les terres, les territoires et les ressources, sur le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause lorsqu'interprété comme un droit de veto, sur l'autonomie gouvernementale sans que l'importance des négociations soit reconnue, sur la propriété intellectuelle, sur les questions militaires et sur le besoin de parvenir à un juste équilibre entre les droits et les obligations des peuples autochtones, des États et des tiers. Ces inquiétudes sont bien connues et demeurent. »
- La Déclaration sera interprétée de manière à la rendre conforme au droit canadien, et non l'inverse :

²² Affaires autochtones et Développement du Nord Canada, *Énoncé du Canada appuyant la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 12 novembre 2010, en ligne : <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1309374239861/1309374546142>.

- « Nous sommes désormais convaincus que le Canada peut interpréter les principes de la Déclaration de façon conforme à sa Constitution et à son cadre juridique. »

B. La Déclaration dans la jurisprudence canadienne

Dans la majorité des affaires où la question de la valeur normative de la Déclaration a été soulevée, les tribunaux canadiens lui ont tout au plus reconnu une valeur interprétative.

Voici les tendances qui se dessinent après analyse de la jurisprudence canadienne où il est fait mention de la Déclaration (16 décisions) :

1. La partie autochtone (ou un intervenant qui l'appuie) invoque la Déclaration au soutien de ses prétentions, mais la Cour n'en tient pas explicitement compte dans le jugement²³ (7 décisions).
2. La Cour souligne le caractère non contraignant de la Déclaration sans indiquer si les principes qui en découlent peuvent être mobilisés à des fins d'interprétation (3 décisions) :
 - a. Dans l'affaire *Première Nation des Hupacasath c. Canada*, la Cour fédérale reprend essentiellement la position officielle du Canada sur la Déclaration²⁴.
 - b. La Cour canadienne de l'impôt (CCI), dans une décision de 2012, refuse de tenir compte de la DNUDPA comme le propose la partie autochtone puisque celle-ci n'a pas été ratifiée par le Canada et ajoute que la CCI n'a

²³ *Première Nation de Stoney c. Canada*, 2013 CF 983; *Simon c. Canada*, 2013 CF 1117; *Native Council of Nova Scotia c. Canada*, 2011 CF 72; *Matson c. Affaires indiennes et du Nord Canada*, 2013 TCDP 13; *White Bear First Nations c. Saskatchewan*, 2009 SKQB 151; *Acadia First Nation v. Canada*, 2013 NSSC 284; *Cameron v. Albrich*, 2011 BCSC 549.

²⁴ *Première Nation des Hupacasath c. Canada*, 2013 CF 900, au par. 51 : « Bien que la PNH [Première Nation des Hupacasath] ait aussi succinctement mentionné dans sa demande que l'obligation de consulter qui incombe au Canada découle aussi de l'obligation fiduciaire de la Couronne à l'égard des peuples des Premières Nations ainsi que de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, Résolution 61/295, 13 septembre 2007, je conviens avec les défendeurs [Canada] que la question de savoir si l'obligation alléguée de consulter la PNH existe en l'espèce doit être tranchée uniquement au moyen de l'application du critère exposé immédiatement ci-dessus [critère jurisprudentiel développé par la Cour suprême du Canada]. J'ajouterai en passant que la PNH n'a pas fait valoir ces affirmations dans ses observations écrites ou orales, et que, dans un communiqué de presse publié par Affaires autochtones et Développement du Nord Canada, intitulé Énoncé du Canada appuyant la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, on y décrit la déclaration comme étant « un document d'aspiration » qui n'est « pas juridiquement contraign[ant], ne constitue pas une expression du droit international coutumier et ne modifie pas les lois canadiennes ». La PNH n'a pas présenté d'observations ou produit de preuve à l'effet contraire. »

de toute façon pas compétence en la matière²⁵. L'usage de l'expression « ratifiée » par la cour semble témoigner d'une certaine confusion quant au statut de la Déclaration en droit international, voir à ce sujet la partie C du présent chapitre.

- c. De même, dans une décision de 2009, la Cour d'appel du Québec explique en note de bas de page qu'il n'est pas utile de s'intéresser à la DNUDPA puisque le Canada ne l'a pas ratifiée, mais souligne toutefois l'intérêt de certains articles de la Déclaration²⁶.

3. La Cour, tout en soulignant le caractère non contraignant de la Déclaration, reconnaît son utilité à des fins interprétatives (6 décisions) :

- a. Ainsi dans l'affaire *Adoption – 1212*, la Cour du Québec mentionne la DNUDPA au moment de l'analyse des obligations internationales de l'État relativement aux droits de l'enfant²⁷.
- b. Dans la décision *Société de soutien à l'enfance* rendue en 2012, la Cour fédérale invoque la Déclaration au soutien de son interprétation de la disposition en litige, soulignant que « [l]es instruments internationaux comme

²⁵ *Laboucan c. La Reine*, 2013 CCI 357, aux par. 13 à 15 :

« [13] Je ne vois pas en quoi la Déclaration des Nations Unies peut étayer l'exemption d'impôt sur le revenu qu'accorde, selon M. Laboucan, le Traité no 8 sur le plan juridique, ni en quoi cet instrument peut fonder en soi une telle exemption. Le Canada est peut-être bien signataire de la Déclaration des Nations Unies, mais le Parlement canadien ne l'a pas ratifiée. Au paragraphe 35 de la décision Sackaney, le juge Paris a également analysé cette question.

[14] Étant donné que, dans l'arrêt Benoît, la Cour d'appel fédérale a clairement statué que le Traité no 8 n'inclut aucune exemption d'impôt sur le revenu, la Déclaration des Nations Unies n'est d'aucune utilité pour en trouver une dans cet instrument.

[15] Si le contribuable estime que la Déclaration des Nations Unies oblige la Couronne à tenir des consultations sérieuses sur les droits des peuples autochtones en cas de différends, et s'il est d'avis que la Couronne ne s'est pas acquittée de cette obligation, la Cour canadienne de l'impôt n'est pas compétente pour se prononcer sur son présumé doute et y remédier. Comme dans le cas d'un présumé manquement à l'obligation de consultation, cette question relèverait de la compétence de la Cour fédérale. »

²⁶ *Adoption – 09201*, 2009 QCCA 1583 à la note 24 : « Je ne parlerai pas ici de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones puisque cette déclaration n'a pas été ratifiée par le Canada (qui s'est même opposé à son adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies), malgré qu'une motion ait été adoptée par la Chambre des Communes, le 8 avril 2008, priant le gouvernement de procéder à cette ratification. Il peut néanmoins être intéressant de signaler les articles 7, paragr. 2, 9 et 18 (...). »

²⁷ *Adoption – 1212*, 2012 QCCQ 2873, au par. 587 : « Un autre instrument de droit international qui s'applique à la situation des enfants autochtones est la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 13 septembre 2007, et approuvée par le Canada le 12 novembre 2010. Cette déclaration a été adoptée dans un esprit de partenariat et de respect mutuel et avec comme objectif de respecter et de promouvoir les droits intrinsèques des peuples autochtones. »

la DNUDPA [...] peuvent être pris en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois »²⁸ et que « dans la mesure du possible, il faut privilégier une interprétation qui reflète ces valeurs et principes »²⁹.

- c. En 2001, soit alors que la Déclaration était encore à l'état de projet, la Cour suprême du Canada en a fait mention en appui aux prétentions de la partie autochtone quant aux difficultés subies par les peuples autochtones à cause de la colonisation³⁰.
- d. Dans l'affaire *Inglis v. British Columbia*, la Cour suprême de la Colombie-Britannique (un tribunal provincial de première instance) rappelle l'importance de prendre en compte le droit international et mentionne la Déclaration parmi d'autres instruments internationaux utiles à des fins interprétatives en l'espèce³¹.
- e. Dans une décision de 2007, la Cour d'appel de l'Ontario reconnaît que le droit international peut servir à des fins interprétatives, mais décide que la Déclaration (à l'état de projet à ce moment) n'est pas utile en l'espèce³².

²⁸ *Commission canadienne des droits de la personne c. Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières nations du Canada*, 2012 CF 445 au par. 353.

²⁹ *Ibid.* au par. 354.

³⁰ *Ministre du Revenu c. Mitchell*, 2001 CSC 33, au par. 81 : « On trouve un certain appui au niveau international pour la reconnaissance des difficultés particulières des peuples autochtones à cet égard. Le *Projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, adopté par la Sous-Commission de l'ONU de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités dans sa résolution 1994/45, le 26 août 1994, prévoit en son article 35 :

Les peuples autochtones, en particulier ceux qui sont divisés par des frontières internationales, ont le droit d'entretenir et de développer, à travers ces frontières, des contacts, des relations et des liens de coopération avec les autres peuples, notamment dans les domaines spirituel, culturel, politique, économique et social. »

³¹ *Inglis v. British Columbia*, 2013 BCSC 2309, au par. 361:

« The following international instruments are of particular significance to the issues in the present case:

(...)

(f) *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, G.A. Res. 61/295, UNGAOR, 61st Sess., Supp. No. 49, UN Doc. A/RES/61/295 (2007):

Preamble

Recognizing in particular the right of indigenous families and communities to retain shared responsibility for the upbringing, training, education and well-being of their children, consistent with the rights of the child. »

³² *Mississaugas of Scugog Island First Nation v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW-Canada), Local 444*, 2007 ONCA 814, au par. 46: « Finally, the appellant referred us to the United Nations Draft Declaration on the Rights of Indigenous People (1993/4) (since adopted by the United Nations General Assembly). This convention, which Canada voted against and has not ratified, recognizes the right of indigenous peoples to "self-determination", to govern their own lands and to have their own distinct political, legal, economic, social and cultural institutions. While international law often is of assistance in the interpretation of domestic legal and constitutional norms, the general language of the Draft Declaration does not, in my view, provide any meaningful assistance to the resolution of the specific issue of Canadian constitutional law presented here.»

- f. La Cour canadienne de l'impôt a défendu une position similaire dans une décision datant de 2013³³.

C. Sur la question de la ratification

Les tribunaux canadiens soulèvent parfois l'argument de la non-ratification par le Canada de la Déclaration pour en souligner le caractère non contraignant. Cela témoigne d'une certaine confusion sur la nature de cet instrument en droit international. En effet, une déclaration adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies n'est pas un traité et n'a donc pas à être signée ni ratifiée par les États. Ces derniers ne peuvent que voter pour ou contre son adoption ou s'abstenir de voter – ou encore, comme c'est le cas du Canada l'appuyer après s'être d'abord opposé son adoption. Par ailleurs, il faut rappeler que même un traité international ratifié par le Canada n'aura pas d'effet direct dans l'ordre juridique interne, le Canada étant un pays de tradition dualiste³⁴.

³³ *Sackaney c. La Reine*, 2013 CCI 303, au par. 35 : « La DNUDPA est un instrument international portant sur les droits et le traitement des peuples autochtones, que les Nations Unies ont adopté en 2007. Comme l'a fait remarquer l'avocat de l'intimée, cet instrument n'est pas légalement exécutoire en droit international et, bien que le Canada l'ait entériné en 2010, il n'a pas été ratifié par le Parlement. Il ne donne naissance à aucun droit substantiel au Canada. Les instruments internationaux tels que la DNUDPA peuvent aider à éclairer l'approche contextuelle à l'égard de l'interprétation des lois, mais, dans la présente affaire, aucune question d'interprétation de loi n'est soulevée. L'argument des appelantes au sujet de la DNUDPA n'a pas de chances de succès. »

³⁴ Cela signifie qu'au Canada, il faut « qu'une règle internationale soit reçue, intégrée formellement par une loi ou par un décret dans le droit interne [...] pour y déployer des effets juridiques. » Jean-Maurice Arbour et Geneviève Parent, *Droit international public*, 5^e édition, Yvons Blais, Cowansville, 2006, à la p. 161.

Questions 3 et 4 – Les autorités et institutions autochtones

Questions : *Est-ce que les institutions juridictionnelles et d'autres autorités autochtones sont reconnues par l'État?*

Comment les structures institutionnelles des autorités autochtones autonomes sont-elles organisées à l'interne?

Introduction

Les rapports entre l'État et les autorités autochtones prennent différentes formes au Canada. D'abord, certaines autorités autochtones coutumières, ou autrement constituées hors de la sphère institutionnelle étatique, ont survécu au rouleau compresseur colonial. D'autres autorités sont créées de toutes pièces et unilatéralement par l'État : c'est le cas des conseils de bandes institués par la *Loi sur les Indiens*. Enfin, d'autres autorités autochtones sont mises en place dans l'ordre étatique aux termes d'un accord ou d'un traité solennel entre l'État et un peuple autochtone³⁵.

A. Les institutions coutumières ou non étatiques

Les institutions autochtones coutumières ou non étatiques sont en général très peu connues en dehors des peuples concernés. Certaines sont reconnues par l'État à certaines fins précises³⁶, mais la plupart n'ont d'existence et d'autorité qu'au regard du droit autochtone non étatique. C'est le cas par exemple des *longhouses* mohawk. En 1998, un groupe de chercheurs canadiens ont publié une étude sur l'existence de ces institutions coutumières à Kahnawake, une communauté mohawk urbanisée installée tout près de Montréal³⁷. Selon ces chercheurs, les *longhouses* constituent des foyers normatifs parallèles à celui du conseil de bande, ce dernier étant la seule source de droit autochtone positif – c'est-à-dire reconnu par l'État³⁸. Bien que l'État ne reconnaisse pas les *longhouses*, ces institutions n'en produisent pas moins de la normativité à laquelle adhère une portion plus ou moins grande des membres de la communauté – chaque *longhouse* prétendant à l'exclusivité normative et ayant son propre bassin d'adhérents³⁹. Le juriste ojibwa John Borrows présente par ailleurs les institutions traditionnelles des peuples

³⁵ Ghislain Otis, « Le traité autochtone postcolonial au Canada : la légitimation du pouvoir par le pluralisme juridique négocié » dans Séverine Bellina (dir), *La légitimité du pouvoir politique en pratiques. Guide interdisciplinaire à l'usage des praticiens*. Éditions Karthala, Paris, (à paraître en 2014).

³⁶ C'est le cas notamment des institutions niska'a qui ne jouent qu'un rôle consultatif auprès des institutions niska'a issues du traité.

³⁷ Lajoie, Andrée, Henry Quillinan, Rod Macdonald et Guy Rocher, « Pluralisme juridique à Kahnawake ? » (2009) 39 *Cahiers de Droit* 681.

³⁸ *Ibid.* aux p. 683, 694.

³⁹ *Ibid.*

mi'kmaq, haudenosaunee, anishnabek, cri, métis, carrier, nisga'a et inuit dans son ouvrage *Canada's Indigenous Constitution*⁴⁰.

Par ailleurs, les tribunaux peuvent aussi recevoir dans le droit étatique les normes élaborées par les institutions non étatiques ou des actes pris par elles. Ils reconnaissent ainsi au moins indirectement ces institutions non étatiques. Nous en traiterons plus en détail dans les Questions 9 et 10. Mentionnons ici simplement que, bien que la Constitution ne reconnaisse pas explicitement le droit à l'autonomie gouvernementale, l'exercice et la mise en œuvre des droits de groupe que sont les ancestraux ou issus de traités requièrent en pratique la reconnaissance de certains pouvoirs aux peuples autochtones, y compris leur capacité de se doter d'institutions propres pour organiser et régir l'exercice par leurs membres des droits ancestraux définis par les tribunaux⁴¹. Par ailleurs, il existe un courant doctrinal voulant que l'autonomie coutumière des peuples autochtones ait « été originairement validée par le droit colonial en tant que “droit ancestral” et bénéficierait à ce titre d'une protection constitutionnelle depuis 1982 »⁴². Sans l'avoir répudiée, la Cour suprême n'a pas encore validé cette théorie d'un droit ancestral générique qui autoriserait un peuple autochtone à se gouverner pour toutes les matières se rapportant à ses affaires internes. Si un jour cette théorie était confirmée par la Cour, il en résulterait une reconnaissance par le droit étatique des institutions autochtones compétentes pour exercer ce droit inhérent.

La question de la personnalité morale des institutions coutumières reconnues par le droit étatique ne reçoit pas de réponse claire et générale à ce jour. Il est toutefois admis par la doctrine et implicitement par la Cour suprême que le groupe titulaire de droits patrimoniaux sur la terre en vertu d'un droit ancestral détient collectivement ce titre et jouit de la capacité de prendre des décisions relatives à l'abandon de ce titre, la gestion et l'usage de la terre. Il est aussi admis qu'il a le droit formel de recevoir les bénéfices économiques du titre. En conséquence, il est admis que ce droit de groupe est doté d'une existence juridique propre distincte de celle de ses membres et qu'il détient donc la personnalité juridique aux fins de l'exercice de son droit ancestral.

B. Les autorités autochtones créées unilatéralement par l'État

La *Loi sur les Indiens* a créé les conseils de bande en vue de favoriser la colonisation du territoire ainsi que l'assimilation des peuples autochtones au régime politique canadien⁴³.

⁴⁰ John Borrows, *Canada's Indigenous constitution*, University of Toronto Press, Toronto, 2010 aux p. 59-106.

⁴¹ Voir la Question 1 à cet égard.

⁴² Ghislain Otis, « Élections, gouvernance traditionnelle et droits fondamentaux chez les peuples autochtones du Canada » (2004) 49 *McGill Law Journal* à la p. 398.

⁴³ Bien que l'État soit en négociation avec de nombreuses communautés autochtones afin de conclure de telles ententes, relativement peu de ces dernières ont actuellement été ratifiées par les parties. Ainsi, «[b]ien qu'un nombre croissant de communautés soient dotées d'institutions relevant de régimes particuliers

Cette institution autochtone entretient donc un rapport de subordination à l'État, lequel décide non seulement de sa création, mais également de son fonctionnement et des pouvoirs qui y sont attribués⁴⁴.

Les conseils de bande sont souvent comparés à des municipalités (des communes). Bien que la loi soit silencieuse à ce sujet, les tribunaux ont reconnu au conseil de bande la personnalité morale. Les pouvoirs du conseil se limitent pour la plupart à la prise de règlements administratifs en lien avec la gestion du territoire de la réserve⁴⁵. De plus, le ministre des Affaires autochtones conserve un droit de regard sur tous les règlements pris par les conseils de bandes et a le pouvoir de les annuler à sa discrétion⁴⁶.

Il est important de souligner que le conseil de bande n'a pas le pouvoir de créer une juridiction autochtone particulière qui serait compétente pour connaître de tout litige relatif aux règlements administratifs pris dans le cadre de la loi. Un tel litige devra donc être porté devant le juge de droit commun, plus précisément la Cour fédérale.

Les conseils de bande sont composés d'un chef et d'un nombre de conseillers variant en fonction de la taille de la bande. Ne sont admissibles à la fonction de chef et de conseillers que les individus qui sont membres de la bande⁴⁷ ; les nominations à ces postes peuvent se faire lors d'élections démocratiques dont la formule se rapproche de celles des élections municipales et n'ont donc que peu ou prou en commun avec les modèles de gouvernance traditionnels des premiers peuples. En effet, « dès le départ, les autorités étatiques firent du système électif de sélection des dirigeants, calqué sur le modèle de Westminster de scrutin majoritaire uninominal à un tour, un élément important de leur stratégie d'assimilation des autochtones au sein de la société majoritaire »⁴⁸.

Les membres du conseil de bande peuvent également être nommés en vertu de la « coutume de la bande »⁴⁹. La *Loi sur les Indiens* n'explicite cependant pas ce que l'on doit entendre par « coutume » ni comment l'identifier. Lorsqu'une nomination coutumière est contestée, les tribunaux étatiques ont le plus souvent reconnu comme « coutume » une pratique largement répandue et acceptée par les membres d'une bande⁵⁰. Il ne s'agit donc pas de faire la preuve d'une pratique ancestrale ou ancrée dans la tradition du groupe, mais plutôt d'établir que la majorité des membres accepte

parfois protecteurs d'une autonomie politique élargie, le gouvernement de la très grande majorité des collectivités reste encore aujourd'hui organisé et opérationnalisé par la *Loi sur les Indiens*. » Otis, *ibid.* à la p. 398.

⁴⁴ Otis, *ibid.* à la p. 399.

⁴⁵ *Loi sur les Indiens*, *supra* note 5, art. 81. Voir notamment la Question 6 à ce sujet.

⁴⁶ *Loi sur les Indiens*, *supra* note 5, art. 82(2).

⁴⁷ *Loi sur les Indiens*, *supra* note 5, art. 75-77.

⁴⁸ Otis, « Élections », *supra* note 42, à la p. 400.

⁴⁹ *Loi sur les Indien*, *supra* note 5, art. 2(1) « conseil de la bande ».

⁵⁰ Otis, « Élections », *supra* note 42, à la p. 402.

généralement une telle manière de procéder à l'élection du conseil de bande⁵¹. Par ailleurs, il importe de souligner que :

certain First Nations governed by the *Indian Act* have taken advantage of the opportunity to define their electoral customs to enact more comprehensive laws concerning their governing bodies. Many of those First Nations have seized this opportunity to create political structures that differ from the typical band council and that ensure a better balance between different centers of power.⁵²

De cette manière, une communauté autochtone peut résister au mécanisme colonial de la *Loi sur les Indiens* par l'instrumentalisation des structures de gouvernance qui lui sont imposées. On peut prendre l'exemple de la communauté huronne-wendat de Wendake qui a réintroduit le principe de l'autorité des clans dans son mode de gouvernance⁵³.

Récemment, le gouvernement a adopté une *Loi sur les élections au sein des premières nations*⁵⁴. Selon le gouvernement, cette loi a pour objet l'établissement d'un cadre légal propice à une gouvernance autochtone démocratique, stable et saine⁵⁵. Si certaines dispositions ont été bien accueillies⁵⁶, certains ont critiqué les plus grands pouvoirs d'intervention dans les affaires internes des bandes que la Loi donne au ministre des Affaires autochtones.

Le fonctionnement des conseils de bandes est financé par le ministère des Affaires autochtones qui veille à :

fournir des fonds aux bureaux de conseil de bande ou aux conseils tribaux pour les besoins de leur fonctionnement de base, comme les espaces de travail, les salaires et les avantages sociaux, les services consultatifs, le perfectionnement professionnel et le renforcement institutionnel⁵⁷.

Outre ces fonds de fonctionnement, le gouvernement fédéral a mis en place divers programmes de soutien financier à l'administration des bandes⁵⁸. De plus, plusieurs conseils de bandes gèrent les fonds dédiés aux services de logement, d'éducation et de santé sur les réserves dans les cas où le gouvernement fédéral délègue la responsabilité

⁵¹ Le professeur Grammond souligne ainsi que l'analyse de la jurisprudence laisse entrevoir que « the courts' main concern is to prevent a minority faction to take control of the governing bodies of a First Nations against the wishes of the majority. They are not looking for a "historical" or "authentic" custom. » Sébastien Grammond, *Terms of Coexistence. Indigenous Peoples and Canadian Law*, Carswell, Toronto, 2013 à la p. 401.

⁵² *Ibid.*

⁵³ Otis, « Élections », *supra* note 42 aux p. 406-407.

⁵⁴ *Loi sur les élections au sein de premières nations*, L.C. 2014, ch. 5, sanctionnée 2014-04-11. Cette loi n'est toutefois pas encore en vigueur.

⁵⁵ Affaires Autochtones et Développement du Nord Canada, *Loi sur les élections au sein des premières nations*, en ligne : < <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1323195944486/1323196005595>>.

⁵⁶ C'est le cas par exemple, celle permettant de tenir des élections aux quatre ans, plutôt qu'aux deux ans tel qu'actuellement prévu par la *Loi sur les Indiens*

⁵⁷ Affaires Autochtones et Développement du Nord Canada, *Gouvernance*, en ligne : < <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100013803/1100100013807>>.

⁵⁸ Affaires Autochtones et Développement du Nord Canada, *Programme de soutien aux gouvernements indiens*, en ligne : < <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100013809/1100100013810>>.

aux conseils⁵⁹. Les conseils de bande ont alors l'obligation de faire annuellement rapport au ministère des Affaires autochtones sur la manière dont les fonds sont utilisés.

Finalement, une partie du financement de certaines bandes découle des activités économiques menées par les conseils de bandes par le biais de sociétés en commandite de droit commun. Ces sociétés permettent aux bandes d'exploiter diverses entreprises génératrices de revenus sur le territoire de la réserve. Ces activités touchent notamment les secteurs du tourisme, du commerce de détail, de la transformation de matière première, etc. Du point de vue fiscal, de telles activités sont avantageuses, puisque les revenus d'une entreprise qui est située et mène ses activités sur la réserve ne sont pas imposables⁶⁰.

Par ailleurs, certaines bandes – souvent membres d'une même nation autochtone – se sont regroupées en conseils régionaux ou « tribaux » afin de traiter d'enjeux communs, d'offrir des services à la population des bandes membres ou de négocier collectivement avec l'État⁶¹. La reconnaissance de compétences, par exemple en matière d'éducation, de santé et de services sociaux, devra être négociée avec l'État par chaque conseil tribal. De plus, pour être éligibles au financement fédéral, les conseils tribaux doivent se constituer en société en vertu des régimes fédéraux ou provinciaux⁶². Ces conseils tribaux sont donc des sociétés à but non lucratif qui n'ont aucun pouvoir statutaire – seules les bandes qui en sont membres ayant des pouvoirs reconnus par la loi. Les conseils tribaux peuvent cependant recevoir du financement du ministère des Affaires autochtones, lequel offre un « soutien opérationnel de base aux conseils tribaux pour couvrir les frais d'administration et de gestion liés à l'exploitation d'un organisme de prestation de services régional »⁶³.

C. Les autorités autochtones de création consensuelle dans l'ordre étatique

L'État tend depuis quelques années à reconnaître l'autonomie gouvernementale autochtone. Le gouvernement fédéral a d'ailleurs adopté une politique officielle visant à négocier avec les autochtones afin de régler de gré à gré l'organisation de cette autonomie dans l'ordre étatique⁶⁴. Cependant, même si de nombreux peuples autochtones

⁵⁹ Affaires Autochtones et Développement du Nord Canada, *Politique du programme de Financement de soutien des bandes*, en ligne : < <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100013828/1100100013833>>.

⁶⁰ *Loi sur les Indiens*, *supra* note 5, art. 87.

⁶¹ Pour un exemple de conseil tribal, voir Algonquin Anishinabeg Nation Tribal Council – Conseil tribal de la Nation Algonquine Anishinabeg, en ligne : < http://www.anishinabenation.ca/fr/home_fr.htm>.

⁶² Affaires Autochtones et Développement du Nord Canada, *Financement des conseils tribaux*, en ligne : < <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100013812/1100100013813>>.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Affaires Autochtones et Développement du Nord Canada, *Règlement des revendications des Autochtones - Un guide pratique de l'expérience canadienne*, en ligne : < <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100014174/1100100014179#proselterr>>.

ont entrepris de négocier avec l'État en vue d'obtenir davantage d'autonomie, ils sont encore peu nombreux à être parvenus à une entente finale⁶⁵.

Des institutions autochtones étatiques protégées constitutionnellement

Plusieurs des ententes conclues à ce jour ont le statut de traité aux fins de l'article 35 la *Loi constitutionnelle de 1982*, ce qui signifie que les gouvernements autochtones qui en sont issus, ainsi que leurs pouvoirs et prérogatives, jouissent d'une protection garantie par la loi fondamentale du Canada. Il ne sera pas loisible aux autorités fédérales de supprimer ces gouvernements ou de modifier unilatéralement leurs attributions.

Par ailleurs, il est opportun de préciser ici que les autorités autochtones issues des traités sont le véhicule par lequel les parties entendent opérationnaliser le droit « inhérent » du peuple autochtone signataire à se gouverner, c'est-à-dire un droit qui n'est pas tributaire d'une concession étatique, mais que le peuple autochtone tient plutôt de son statut de peuple premier.

Le fondement au moins en partie exoétatique du traité ne signifie toutefois pas que les institutions qu'il aménage et le droit qu'elles produisent peuvent être qualifiés de non étatiques. En effet, le traité ne fait pas que reconnaître des institutions autochtones non étatiques préexistantes qu'il se contenterait de recevoir, tout en les adaptant, dans le giron étatique. Les institutions autochtones sont des organes modernes de droit nouveau créés par le traité, qui est lui-même devenu avec le temps un instrument capté par le droit étatique. Ces institutions s'intègrent au cadre juridique étatique qui les régit entièrement et elles sont confirmées par des lois étatiques de mise en œuvre. La loi autochtone promulguée par une institution issue d'un traité ne peut donc être décrite comme du droit dont le foyer de production se trouve entièrement à l'extérieur de l'État. C'est pourquoi ce nouveau droit autochtone peut à juste titre être qualifié de « droit autochtone étatique ».

Les traités octroient la personnalité morale aux institutions autochtones et prévoient l'attribution de certaines compétences législatives aux autorités autochtones qui y sont

⁶⁵ Affaires Autochtones et Développement du Nord Canada, *Revendications globales*, en ligne : <<https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100030577/1100100030578>>. Voir également Otis, « Traité postcolonial », *supra* note 35 à la p. 7.

prises en place⁶⁶. Or, l'État se réserve également certains champs de compétences pour lesquels il n'est pas disposé à négocier⁶⁷.

Des institutions autochtones exerçant un pouvoir législatif concurrent et non exclusif

Généralement, les autorités autochtones obtiennent des compétences législatives dans les champs suivants : la famille (mariage, divorce, adoption), l'éducation, la santé, le logement, la gestion du territoire et des ressources, la langue, la culture, la protection de l'enfance, la gouvernance et les institutions internes, l'appartenance à la communauté, la fiscalité⁶⁸. La compétence sur les institutions comprend un *pouvoir* constituant, c'est-à-dire le pouvoir de régir le fonctionnement, et pouvoir de créer, des institutions autochtones autonomes dans le cadre du traité.

Malgré l'intérêt que représentent ces ententes pour les peuples autochtones en quête d'une plus grande autonomie dans leurs affaires internes, il n'en demeure pas moins que le rapport de force entre les parties joue le plus souvent en faveur de l'État⁶⁹ :

Il en résulte pour les autochtones signataires une autonomie interne limitée, à géométrie variable, dont les modes d'institutionnalisation et le fonctionnement sont fortement calqués sur le modèle étatique et la culture juridique occidentale (constitutions, séparation des pouvoirs, droit écrit légiféré, rôle globalement marginal de la coutume, démocratie électorale, droits et libertés individuels).⁷⁰

La conclusion d'une entente d'autonomie gouvernementale ne signifie pas que les lois fédérales et provinciales cessent de s'appliquer sur le territoire du peuple autochtone partie à l'entente⁷¹. Les traités consacrent en effet le principe de *concurrence des compétences autochtones et non autochtones* de sorte qu'en cas d'omission du législateur autochtone d'agir dans son champ de compétence, l'application du droit non autochtone supplée à toute carence de droit. Si une loi autochtone et une loi non autochtone s'appliquent simultanément à une même personne pour un même sujet, il y aura parfois, notamment en matière de statut personnel, droit d'option de loi et dans d'autres cas les deux lois produiront leurs effets. S'il y a toutefois conflit entre ces lois, des règles de conflits prescrites par les ententes permettront de trancher le conflit tantôt en faveur de la

⁶⁶ Le professeur Otis souligne ainsi que « Les peuples signataires sont dotés d'institutions autonomes disposant de bases territoriales propres et dont les attributions législatives, prépondérantes en certaines matières d'un intérêt vital pour la communauté, sont protégées par la loi fondamentale du pays. » Otis, « Traité postcolonial », *supra* note 35 à la p. 9.

⁶⁷ Affaires Autochtones et Développement du Nord Canada, « Règlement des revendications des Autochtones », *supra* note 64 à la p. 32. Il s'agit des domaines ayant trait à la souveraineté, à la défense, aux affaires extérieures ainsi que d'autres pouvoirs d'intérêt national comme le droit criminel.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ À propos du rapport de force entre les parties, Jim Aldridge, négociateur pour les Nisga'a qui ont conclu une entente d'autonomie gouvernementale avec l'État en 2000, affirme ironiquement : « the governments have nothing on their side – except all the laws, all the money, and all the power. » Jim Aldridge, « The Nisga'a Treaty : Reflections after the First Ten Years » dans Ghislain Otis et Martin Papillon (dir), *Fédéralisme et gouvernance autochtone*, Presses de l'Université Laval, Québec, 2013, à la p. 159.

⁷⁰ Otis, « Traité postcolonial », *supra* note 35 à la p. 9.

⁷¹ Affaires Autochtones et Développement du Nord Canada, « Règlement des revendications des Autochtones » *supra* note 64 à la p. 33.

loi non autochtone tantôt au profit de la loi autochtone selon les matières auxquelles se rapportent les lois⁷². Toutefois,

Il n'existe qu'un nombre restreint de domaines où la compétence autochtone l'emporte sur celle des entités fédérales et fédérées. Ces domaines sont le foncier autochtone, le statut personnel, la culture, la langue et les affaires sociales. En outre, les accords limitent souvent la marge de manœuvre des autorités autochtones dans leur champ légitime de compétence en aménageant des mécanismes d'harmonisation normative qui bien souvent consistent à aligner le droit autochtone sur les principes du droit étatique. Le fonctionnement quotidien des gouvernements autochtones reste par ailleurs lourdement dépendant des financements fédéraux.⁷³

	Compétence et prépondérance
Domaine culturel (Langue, culture, médecine traditionnelle, éducation et petite enfance)	Compétences concurrentes avec prépondérance autochtone ⁷⁴
Domaine social (Santé, services sociaux, assistance sociale)	Compétences concurrentes avec prépondérance autochtone ⁷⁵ ou étatique ⁷⁶
Domaine familial et civil (Droit de la famille, adoption, mariage, protection de l'enfance, services à l'enfance et à la famille, capacité, succession)	Compétences concurrentes avec prépondérance autochtone ⁷⁷ ou étatique ⁷⁸

⁷² *Ibid.*

⁷³ Otis, « Traité postcolonial », *supra* note 35 à la p. 9.

⁷⁴ *Accord définitif de la Première nation Lheidli T'enneh*, 29 octobre 2006, en ligne : Affaires autochtones et Développement du Nord Canada < <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100022555/1100100022557>>, c. 17, art. 74, 105; *Accord définitif niska'a*, (27 avril 1999), en ligne : Affaires autochtones et Développement du Nord Canada < <http://www.nnkn.ca/files/u28/nis-eng.pdf> > (entrée en vigueur : 11 mai 2000, *Loi sur l'Accord définitif niska'a*, L.C. 2000, c. 7), c. 11, art. 101; *Accord définitif Tla'amin*, en ligne : Aboriginal Relations and Reconciliation, British Columbia Government < http://www.gov.bc.ca/arr/firstnation/sliammon/download/tliammon_final_agreement_2011.pdf >, c. 15, art. 85, 102; *Accord définitif de la Première Nation de Yale*, en ligne : Affaires autochtones et Développement du Nord Canada < <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1336657835560/1336658472497> > (*Loi sur l'accord définitif concernant la Première Nation de Yale*, L.C. 2013, ch. 25), art. 3.17.4, 3.24.3, 3.25.4.

⁷⁵ *Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, en ligne : Affaires autochtones et Développement du Nord Canada < <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1293647179208/1293647660333> > (entrée en vigueur : 1er décembre 2005, *Loi sur l'accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, L.C. 2005, c. 27), art. 17.13.5, 17.15.4; *Accord Lheidli T'enneh*, *ibid.*, c. 17, art. 80; *Accord Tla'amin*, *ibid.*, c. 15, art. 92.

⁷⁶ *Accord Inuit*, *ibid.*, art. 17.13.4, 17.14.2; *Accord Lheidli T'enneh*, *ibid.*, c. 17, art. 79; *Accord Niska'a*, *supra* note 74, c. 11, art. 79; *Accord Tla'amin*, *ibid.*, c. 15, art. 91.

⁷⁷ *Accord Inuit*, *ibid.*, art. 17.15.7, 17.18.14, *Accord Lheidli T'enneh*, *ibid.*, c. 17, art. 58, 68, *Accord Niska'a*, *ibid.*, c. 11, art. 99, 116; *Accord Tla'amin*, *ibid.*, c. 15, art. 68, 129; *Accord Yale*, *supra* note 74, art. 3.14.8, 3.16.5, 3.21.9, 3.23.2; *Accord définitif des Premières Nations Maa-nulthes*, 9 avril 2009, en ligne : Affaires autochtones et Développement du Nord Canada < <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100022581/1100100022591>> (entrée en vigueur : 1er avril 2011, *Loi sur l'accord définitif concernant les premières nations maanulthes*, L.C. 2009, ch. 18), art. 13.16.7; *Accord définitif de la Première Nation de Tsawwassen*, en ligne : Affaires autochtones et Développement du Nord Canada < <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100022581/1100100022591>> (entrée en vigueur : 3 avril 2009, *Loi sur l'accord définitif concernant la Première Nation de Tsawwassen*, L.C. 2008, ch. 32), c. 14, art. 3, c. 16, art. 63, 74.

⁷⁸ *Accord Lheidli T'enneh*, *ibid.*, c. 17, art. 95.

Gestion des ressources naturelles (ressources halieutiques, fauniques et floristiques, oiseaux migrateurs)	Compétences concurrentes avec prépondérance autochtone ⁷⁹ ou étatique ⁸⁰
Matières dont la portée dépasse la collectivité autochtone (Divorce, main-d'œuvre et formation, administration de la justice, pénitenciers, protection et évaluation environnementales, jeux de hasard, protection civile)	Compétences concurrentes avec prépondérance étatique ⁸¹
Pouvoirs relatifs à la souveraineté, à la défense et aux affaires étrangères	Compétences étatiques exclusives ⁸²
Pouvoirs d'intérêt national (réglementation du secteur commercial national, système bancaire, propriété intellectuelle, etc.)	Compétences étatiques exclusives ⁸³
Maintien de la paix et de l'ordre (Notamment droit criminel)	Compétences étatiques exclusives ⁸⁴

Tableau 1 : Le partage des compétences et la prépondérance des lois dans les traités d'autonomie gouvernementale

La prépondérance d'une loi autochtone, même si elle est prévue au traité, n'en demeure pas moins relative. En effet, l'État a toujours la possibilité de porter atteinte à un droit issu de traités dans la mesure où cette atteinte est justifiée. Ainsi, l'État a le droit d'adopter une loi qui entre en conflit avec une loi autochtone s'il parvient à établir :

- (1) qu'il s'est acquitté de son obligation procédurale de consultation et d'accommodement, (2) que ses actes poursuivaient un objectif impérieux et réel, et (3) que la mesure gouvernementale est compatible avec l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe.⁸⁵

⁷⁹ *Accord Maa-nulth*, supra note 77, art. 10.1.40, 11.11.3, 12.5.2, 23.4.2; *Accord Lheidli T'enneh*, *ibid.*, c. 11, art. 25, c. 12, art. 74, c. 13, art. 43; *Accord Tsawwassen*, supra note 77, c. 9, art. 52, c. 10, art. 21, c. 11, art. 21, c. 12, art. 15; *Accord Tla'amin*, supra note 74, c. 9, art. 67, c. 10, art. 33, c. 12, art. 26, c. 11, art. 28; *Accord Inuit*, supra note 75, art. 12.7.6; *Accord Yale*, supra note 74, art. 8.3.2, 10.2.2, 11.28.

⁸⁰ *Accord Maa-nulth*, *ibid.*, art. 10.1.42, 11.11.4, 12.5.4; *Accord Tsawwassen*, *ibid.*, c. 9, art. 54, c. 10, art. 23, c. 11, art. 23, c. 12, art. 17, c. 13, art. 19; *Accord Tla'amin*, *ibid.*, c. 9, art. 69, c. 10, art. 36, c. 12, art. 29; *Accord Yale*, *ibid.*, art. 8.3.4, 7.7.17; *Accord Inuit*, *ibid.*, art. 12.7.5; *Accord Lheidli T'enneh*, *ibid.*, c. 12, art. 78.

⁸¹ Affaires Autochtones et Développement du Nord Canada, *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*, en ligne : <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100031843/1100100031844>.

⁸² *Ibid.*

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Tsilhqot'in*, supra note 12, au par. 77.

Des institutions autochtones exerçant des compétences soumises à la hiérarchie étatique des normes

Le pouvoir autochtone s'exerce dans le cadre fixé par le traité qui est lui-même soumis à l'ordre juridique canadien. Les ententes précisent notamment que les gouvernements autochtones sont tenus de se conformer à la Charte canadienne des droits et libertés qui est enchâssée dans la loi fondamentale du pays.

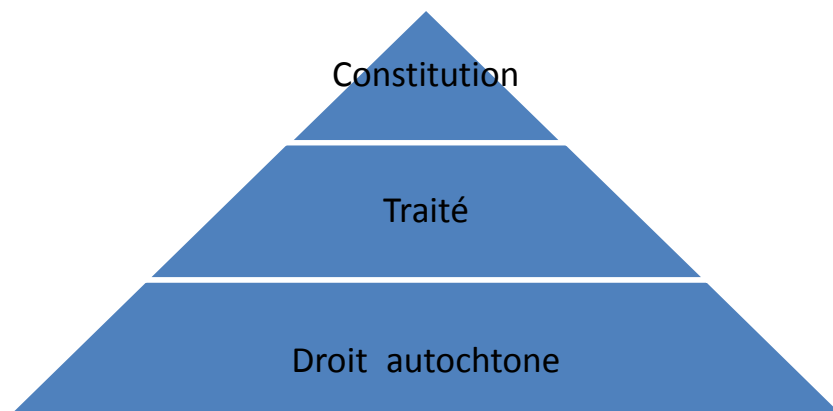


Tableau 2 : Hiérarchie des ordres juridiques dans le cadre des traités

Les paliers internes du gouvernement autochtone

Les ententes prévoient généralement que la gouvernance des nations autochtones ayant obtenu la reconnaissance de leur autonomie s'exercera selon un modèle de type décentralisé. Ainsi, certains pouvoirs sont dévolus à des institutions « nationales » ou « centrales » alors que d'autres seront confiés aux instances locales. Dans certains cas, des compétences spécifiques, notamment en matière de santé, d'éducation et de services sociaux, seront exercées par des entités autochtones spécialisées jouissant de la personnalité morale. Le partage des pouvoirs et des responsabilités entre les paliers de gouvernement et institutions est détaillé dans chacune des ententes au chapitre portant sur la gouvernance⁸⁶.

⁸⁶ *Accord Inuit*, supra note 75, c. 17; *Accord Lheidli T'enneh*, supra note 74, c. 17; *Accord Maa-nulth*, supra note 77, c. 13; *Accord Nisga'a*, supra note 74, c. 11; *Accord Tla'amin*, supra note 74, c. 15; *Accord Tsawwassen*, supra note 77, c. 16; *Accord Yale*, supra note 74, c. 3; *Accord sur les revendications territoriales et l'autonomie gouvernementale du Peuple tlicho*, 25 août 2003, en ligne : Affaires autochtones et Développement du Nord Canada < <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1292948193972/1292948598544> > (entrée en vigueur : 4 août 2005, *Loi sur les revendications territoriales et l'autonomie gouvernementale du peuple tlicho*, L.C. 2005, c. 1), c. 7.

Par ailleurs, les constitutions autochtones adoptées en vertu des ententes d'autonomie gouvernementale permettent souvent la mise en place d'institutions hybrides qui intègrent des éléments des traditions autochtones et occidentale. Par exemple,

[c]ouncil of elders or similar bodies are a frequent component of self-determined constitutions and may have functions such as giving advice, commenting on draft legislation or exercising specific powers such as appointing or removing officials.⁸⁷

Le fonctionnement des autorités autochtones et l'exercice de leurs compétences – lesquelles comprennent la fourniture de services, notamment en matière de santé et d'éducation – nécessitent d'importantes ressources financières. Le financement des autorités autochtones provient principalement de deux sources. D'abord, les ententes prévoient le plus souvent des transferts en capitaux qui s'échelonnent sur quelques années⁸⁸. Ensuite, les ententes octroient aux autorités autochtones des pouvoirs de taxation sur leur territoire et auprès des membres des nations concernées⁸⁹.

Finalement, en matière de justice, certains traités prévoient également que les gouvernements autochtones ont compétence pour créer des tribunaux. Ainsi, l'Accord inuit prévoit que le gouvernement inuit pourra créer une cour chargée d'entendre les affaires concernant la communauté⁹⁰, sous réserve de l'approbation préalable du lieutenant-gouverneur de la province⁹¹. La cour inuit aura compétence pour entendre des causes portant sur des violations aux lois et règlements inuit⁹², à l'exclusion de matières relevant de la compétence exclusive de la cour supérieure provinciale⁹³. Les parties pourront également porter appel devant la cour inuit des décisions administratives prises en vertu d'une loi inuit⁹⁴. L'Accord nisga'a prévoit également a possibilité de créer une cour nisga'a à des conditions similaires⁹⁵.

D. Les actes juridiques des institutions autochtones

Le droit étatique organise en général de manière précise l'aspect formel et matériel des actes juridiques des institutions autochtones qu'il crée. Ainsi, la *Loi sur les Indiens* précise, par exemple, la procédure de prise de règlements ou d'octroi de certificats de possession foncière et la forme écrite de ces derniers, leur transmission aux autorités

⁸⁷ Grammond, « Terms of Coexistence », *supra* note 51, à la p. 401.

⁸⁸ Par exemple, les Inuit du Labrador recevront un total de 188 995 756 \$CAN dans les quatorze ans suivant l'entrée en vigueur de l'entente. *Accord Inuit*, *supra* note 75, c. 19.

⁸⁹ Voir par exemple le chapitre 20 de l'*Accord Inuit*, *ibid.*

⁹⁰ *Ibid.*, art. 17.31.1.

⁹¹ *Ibid.*, art. 17.31.4. Le lieutenant-gouverneur est le représentant de la Reine dans les provinces, la Reine étant le chef d'État officiel au Canada.

⁹² *Ibid.*, art. 17.31.10.

⁹³ *Ibid.*, art. 17.31.11.

⁹⁴ *Ibid.*, art. 17.31.12.

⁹⁵ *Accord Nisga'a*, *supra* note 74, c. 12, art. 33, 34, 38.

gouvernementales et ainsi de suite. Il en va ainsi des institutions créées par les traités et les lois de mise en œuvre.

Les actes juridiques des institutions coutumières ou non étatiques n'intéresseront le droit étatique que s'il reconnaît les effets de ces actes. Ainsi, la législation reconnaissant l'adoption coutumière crée un processus formel de certification des adoptions qui comporte l'exigence d'un acte juridique formel et spécifique d'attestation de l'adoption par un fonctionnaire désigné dans la loi⁹⁶. Dans certains cas, le jugement d'un tribunal étatique confirmant l'adoption coutumière sera l'acte juridique requis par l'État pour donner effet à cette adoption⁹⁷.

La question des actes juridiques émanant des institutions non étatiques dans le cadre de l'exercice des droits ancestraux reconnus par le droit étatique reste encore largement inexplorée en droit positif. Il appert toutefois que dans la mesure où un groupe autochtone réclamera l'aide des tribunaux étatiques pour appliquer ses décisions à l'encontre de ses membres et des tiers, il devra démontrer que ses décisions et ses actes sont conformes, sur le plan formel et matériel, aux règles du groupe. La question de savoir si les juges poseront des conditions précises quant à la forme de ces actes reste sans réponse. En d'autres termes, il nous semble que dans ce cas de figure, le régime des actes juridiques autochtones relève de la faculté d'autorégulation du groupe qui est le corollaire du droit de ce dernier d'organiser à l'interne l'exercice de son droit ancestral.

⁹⁶ C'est le cas dans les Territoires du Nord-Ouest et au Nunavut. Cindy L. Baldassi, « The Legal Status of Aboriginal Customary Adoption Across Canada: Comparisons, Contrasts, and Convergences » (2006) 39(1) *UBC Law Review* à la p. 87.

⁹⁷ *Ibid.* à la p. 88.

Question 5 — La discipline interne des communautés autochtones (institutions autochtones et ordre public)

Question : *Comment les communautés autochtones assurent-elles leur discipline interne?*

Introduction

Il ne fait pas de doute que plusieurs peuples autochtones au Canada continuent d'utiliser le droit traditionnel comme mode de régulation sociale dans certains domaines⁹⁸. La reconnaissance de ces pratiques par l'État est cependant très variable. Il est traité de la reconnaissance étatique des ordres juridiques autochtones de manière générale aux Questions 9 et 10.

Il faut tout de même mentionner ici que le droit étatique ne reconnaît aucune validité aux régimes autochtones coutumiers ou non étatiques de peines et de sanctions en cas d'infractions ou de manquement individuel aux normes du groupe. Comme nous le verrons, il existe toutefois au Canada un droit étatique que l'on pourrait appeler « droit pénal autochtone ».

Dans le système juridique de l'État canadien, le « droit pénal » n'est pas l'équivalent du « droit criminel ». En effet, le droit criminel, de compétence fédérale, concerne uniquement les comportements portant atteinte aux valeurs fondamentales de la société. Le droit pénal s'entend plutôt comme la catégorie générale comprenant toutes les normes de droit public qui, en vue d'assurer la bonne application de la loi ou d'une législation déléguée, prévoient des peines pour une contravention à la loi.

Dans le cadre du présent chapitre, nous distinguerons entre le cas particulier du droit criminel et la catégorie plus générale des peines ne concernant pas les crimes, puisque l'attitude de l'État face à l'exercice par les autochtones de compétences pénales varie selon qu'il s'agit de l'application de sanctions en matière criminelle ou non.

A. L'État et les compétences autochtones en matière criminelle

Dans la tradition occidentale, l'État est généralement très jaloux de sa compétence en matière criminelle⁹⁹. Les infractions concernées par le droit criminel sont considérées comme portant atteinte à l'ensemble de la société, raison pour laquelle il reviendrait à

⁹⁸ Voir généralement John Borrows, « Indigenous constitution », *supra* note 40. Voir également les travaux du « Accessing Justice and Reconciliation Project » de l'Université de Victoria (Canada) et notamment leur rapport de 2014 : Hadley Friedland, « IBA Accessing Justice and Reconciliation Project: Final Report », Indigenous Law Research Unit, University of Victoria, 4 février 2014.

⁹⁹ Ainsi, le droit criminel est considéré comme un des pouvoirs régaliens, pouvoirs dont l'exercice est réservé à l'État et ne peut être délégué.

l'État de déterminer la manière dont il convient d'y réagir. L'attitude du Canada vis-à-vis de l'exercice par les peuples autochtones de compétences en droit criminel s'inscrit dans cette tradition. L'État canadien refuse ainsi que les peuples autochtones puissent traiter eux-mêmes d'infractions considérées comme des crimes en droit canadien¹⁰⁰.

Ce principe est inscrit explicitement dans la politique fédérale en matière de négociation d'autonomie gouvernementale. Ainsi, le ministère des Affaires autochtones soutient que :

Il y a un certain nombre de sujets pour lesquels les gouvernements ou institutions autochtones n'ont aucune raison impérieuse de vouloir exercer un pouvoir de légiférer. Ce sont des sujets que l'on ne peut pas caractériser comme étant intégrés à la culture autochtone ou comme faisant partie des affaires internes des groupes autochtones. [...] Les divers sujets appartenant à cette catégorie sont notamment :

[...]

le maintien de la loi et de l'ordre à l'échelle nationale et les règles de fond du droit criminel, notamment :

- les infractions et les peines prévues par le *Code criminel* et par les autres lois de nature criminelle,
- les pouvoirs relatifs aux situations d'urgence et à la *paix, l'ordre et le bon gouvernement*.¹⁰¹

Si l'État demeure maître des poursuites criminelles, une expérience hybride de détermination de la peine a fait son apparition à partir du milieu des années 1980 afin de permettre la prise en compte des perspectives autochtones¹⁰². En effet, certains juges étatiques convoquent désormais des cercles de sentence qui permettent aux membres des communautés autochtones de formuler des recommandations sur la peine à imposer. Jaccoud décrit comme suit le fonctionnement des cercles de sentences :

Concrètement, les participants (des membres de la communauté) sont assis en cercle avec le juge, l'accusé et la victime pour exprimer et partager leurs points de vue sur le conflit afin d'arriver à une décision (recommandation) qui puisse guider le juge dans le prononcé de la sentence.¹⁰³

¹⁰⁰ Il faut toutefois souligner que dans les faits, l'imposition de la justice criminelle étatique aux peuples autochtones n'est pas uniforme et qu'elle est contingente des circonstances politiques, historiques et culturelles propres à chaque époque et à chaque communauté. Mylène Jaccoud témoigne des aléas rencontrés par l'État dans sa volonté d'imposer son droit criminel sur l'ensemble du territoire national à partir de l'exemple des Inuit du Nunavik : « L'histoire de l'imposition du processus pénal au Nunavik » (1995) 6 :2 *The Journal of Human Justice* 105.

¹⁰¹ Affaires Autochtones et Développement du Nord Canada, « Approche du gouvernement concernant la mise en œuvre du droit à l'autonomie gouvernementale », *supra* note 81.

¹⁰² Mylène Jaccoud, « Les cercles de guérison et les cercles de sentence autochtones au Canada » (1999) 32 :1 *Criminologie* p. 80. Dans cet article, Jaccoud explique le contexte dans lequel les cercles de sentence se sont développés, notamment une sensibilité accrue vis-à-vis des impacts déstructurant de la colonisation sur les communautés autochtones, le phénomène de plus en plus visible de la surreprésentation des autochtones en milieu carcéral et une volonté de réparation du fait colonial de la part de l'État canadien.

¹⁰³ *Ibid.* à la p. 89.

Les cercles de sentence sont principalement utilisés dans les territoires du Yukon et du Nord-Ouest ainsi que dans certaines des provinces de l'Ouest canadien (Saskatchewan et Manitoba), mais demeurent plus rares dans le reste du pays¹⁰⁴. Aucune législation n'entoure la tenue de ces cercles et le Code criminel accorde aux juges une grande discrétion en matière de fixation de la peine. Ces derniers peuvent exercer cette discrétion afin de prévoir l'utilisation et l'organisation de cercles de sentence¹⁰⁵. Ils ne sont cependant pas obligés de tenir compte des recommandations formulées par le cercle, bien qu'ils semblent généralement le faire dans la pratique¹⁰⁶.

Bien que l'objectif de prise en compte des perspectives autochtones soit louable, les cercles de sentence font également l'objet de nombreuses critiques. Certains acteurs étatiques leur reprochent de porter atteinte à l'indépendance judiciaire ou encore de prendre trop du temps précieux des tribunaux¹⁰⁷. Pour certains auteurs, l'application des cercles de sentence aux cas de violence conjugale est problématique, puisqu'elle ne permet pas de prendre suffisamment en compte le point de vue des femmes ni la nature systémique de la discrimination et de la violence subies par les femmes¹⁰⁸. De plus, l'expérience démontre que les cercles de sentence ne sont pas des espaces à l'abri des rapports de pouvoir inégaux, lesquels peuvent s'exercer au détriment de la victime ou de l'agresseur¹⁰⁹. Finalement, certains auteurs soutiennent que les cercles de sentence demeurent une émanation du système judiciaire étatique et ne représentent pas réellement les pratiques autochtones de règlement de conflit¹¹⁰.

B. L'État et les compétences autochtones en matière pénale

Si l'État canadien ne reconnaît pas aux peuples autochtones de compétence en matière criminelle, ces derniers ont cependant certains pouvoirs en ce qui concerne l'imposition de peine pour des infractions autres que criminelles. Des compétences pénales sont ainsi prévues dans la *Loi sur les Indiens* et dans certains traités d'autonomie gouvernementale.

En vertu de l'art. 81(1) de la *Loi sur les Indiens*, les Conseils de bande se voient reconnaître certains pouvoirs réglementaires. Parmi ces pouvoirs se trouve celui de prévoir une peine en cas de violation d'un règlement de la bande :

¹⁰⁴ *Ibid.* à la p. 90.

¹⁰⁵ Barreau du Québec, *La justice traditionnelle autochtone inspire de nouveaux modèles*, en ligne : < <http://www.barreau.qc.ca/pdf/journal/vol35/no4/cercles.html> >.

¹⁰⁶ Jaccoud, « Cercles », *supra* note 102 aux p. 93 et 95.

¹⁰⁷ Barreau du Québec, *supra* note 105.

¹⁰⁸ Emma Cunliffe et Angela Cameron, « Writing the Circle: Judicially Convened Sentencing Circles and the Textual Organization of Criminal Justice » (2007) 19 Can. J. Women & L. 1. Voir également, Jaccoud « Cercles », *supra* note 76 à la p. 95.

¹⁰⁹ *Ibid.* aux p. 100-102.

¹¹⁰ *Ibid.* aux p. 98 et ss.

81.(1) Le conseil d'une bande peut prendre des règlements administratifs, non incompatibles avec la présente loi ou avec un règlement pris par le gouverneur en conseil ou par le ministre, pour l'une ou l'ensemble des fins suivantes :

(...)

r) l'imposition, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, d'une amende maximale de mille dollars et d'un emprisonnement maximal de trente jours, ou de l'une de ces peines, pour violation d'un règlement administratif pris aux termes du présent article.

Par ailleurs, la plupart des ententes d'autonomie gouvernementale conclues entre l'État et des peuples autochtones contiennent des dispositions prévoyant la possibilité pour les autorités autochtones d'imposer des sanctions. Par exemple, *l'Accord des Inuits du Labrador* prévoit ce qui suit à son article 17.28.3 : « [...] les *lois inuites* peuvent prévoir l'imposition de sanctions y compris une peine d'emprisonnement, une amende ou les deux à des *personnes* trouvées coupables de violations des *lois inuites*. » Les Accords Tlicho, Maa-nulth, Tsawwassen, Lheidli T'enneh, Yale et Nisga'a contiennent des dispositions similaires¹¹¹.

¹¹¹ *Accord Tlicho*, supra note 86, art. 7.4.5(c); *Accord Maa-nulth*, supra note 77, art. 13.31.1; *Accord Tsawwassen*, supra note 77, c. 16, art. 133; *Accord Lheidli T'enneh*, supra note 74, c. 17, art. 131; *Accord Yale*, supra note 74, art. 3.32.1; *Accord Nisga'a*, supra note 74, c. 11, art. 128.

Question 6 – Le régime des droits fonciers autochtones

Question : *Quel est le régime légal entourant le droit des autochtones sur le territoire?*

Introduction

Le droit étatique canadien reconnaît ou confère aux peuples autochtones une gamme variée des droits de groupe sur la terre et les ressources naturelles. Le tableau foncier autochtone est composite et complexe. Nous proposons ici de répartir ces droits entre deux grandes catégories soit (1) les maîtrises foncières exclusives et (2) les maîtrises ou droits non exclusifs. Par ailleurs, ces maîtrises n’occupent pas toutes le même rang dans l’ordre juridique, certaines étant protégées par la constitution et d’autres non. Le présent chapitre sera donc structurée en fonction de cette typologie des droits autochtones sur la terre et les ressources. Il importe aussi de mentionner que certaines communautés autochtones canadiennes sont pratiquement « sans terre » puisqu’elles ne se sont jamais vu attribuer ou reconnaître d’emprise foncière propre¹¹².

Les terres sur lesquelles un peuple autochtone détient une maîtrise foncière exclusive

1) Les maîtrises exclusives protégées constitutionnellement

Les terres octroyées par traité

Les traités historiques

Les traités historiques ont été conclus, du 18^e au début du 20^e siècle, entre certains peuples autochtones de l’Ontario, des Prairies et des territoires nordiques canadiens et la Couronne britannique à l’époque où celle-ci souhaitait ouvrir le territoire à la colonisation et consolider son affirmation de souveraineté. Par ces accords solennels, la partie autochtone renonce à toute revendication de droits fonciers ancestraux sur les terres délimitées dans le document purgeant ainsi le titre de la Couronne de toute servitude autochtone pouvant faire obstacle à la concession de terres aux colons. En échange de cette renonciation, les autochtones obtenaient l’engagement de la Couronne de leur octroyer une petite parcelle de terre appelée « réserve » ainsi que des droits limités et précaires de prélèvement de ressources sur les terres hors réserve.

La tenure foncière autochtone applicable à la réserve prévue par ces traités donne au groupe titulaire des droits d’accès, d’extraction – y compris du sous-sol, de gestion et d’exclusion. La maîtrise est générale en ce sens qu’elle ne se limite pas à des activités réputées « traditionnelles ». Elle est toutefois relative, puisque les traités expriment

¹¹² Grammond, « Aménager la coexistence » *supra* note 6 à la p 151.

explicitement l'interdit d'exotransmission selon lequel les autochtones ne peuvent céder ou vendre la terre bien qu'ils puissent toutefois renoncer en partie ou totalement à leur réserve par une entente avec la Couronne.

Les réserves issues des traités historiques ont été soumises à la *Loi sur les Indiens*, une loi fédérale qui en organise la gestion, l'usage et énonce notamment les procédures d'abandon partiel ou complet de droits sur la réserve. Ces assises foncières restent toutefois juridiquement autonomes de la loi en ce sens que l'abrogation de la loi n'emporterait nullement la perte des droits fonciers collectifs des autochtones sur la terre prévus par le traité. De plus, la réserve issue de traités jouit depuis 1982 d'une protection constitutionnelle de sorte que la loi ne peut indûment restreindre les droits des autochtones. En conséquence, on ne peut exclure que certaines dispositions de la *Loi sur les Indiens* soient contestables sur le plan constitutionnel, notamment celles relatives au pouvoir gouvernemental d'expropriation et au contrôle de la gestion des terres par le ministre.

Les traités modernes

Après avoir l'avoir abandonnée pendant des décennies, le gouvernement canadien fut contraint de renouer avec la politique des traités fonciers au début des années 1970 par un jugement de la Cour suprême confirmant la persistance des titres fonciers ancestraux autochtones sur les terres où ces titres n'avaient pas été validement éteints¹¹³. Devant le risque d'une insécurisation des droits de l'État et des non-autochtones sur de vastes parties du territoire canadien, les autorités entreprirent de mettre au monde une nouvelle génération de traités qualifiés de « modernes ». La clé de la sécurité juridique recherchée par l'État reste, de son point de vue, renonciation aux droits ancestraux, renonciation à laquelle plusieurs peuples se refusent maintenant à consentir. À partir des années 1970, l'État canadien a entamé un processus de négociation d'ententes portant sur le territoire et l'autonomie gouvernementale avec les peuples autochtones¹¹⁴. Ces ententes sont conclues entre trois parties : le gouvernement fédéral, le gouvernement de la province ou du territoire concerné et la partie autochtone.

Le processus des revendications territoriales concerne les peuples autochtones qui n'ont pas conclu de traité avec la Couronne britannique. Les Premières nations des provinces de l'Alberta, de la Saskatchewan et du Manitoba, ainsi que certaines des nations de l'Ontario et de la Colombie-Britannique, ne peuvent donc pas se prévaloir de ce processus. Selon les données fournies par Affaires autochtones et Développement du Nord Canada, plus de 40 % du territoire canadien serait couvert par des traités qui ont été

¹¹³ *Calder et al. c. Procureur Général de la Colombie-Britannique*, 1973 RCS 313.

¹¹⁴ On réfère souvent à ces ententes par l'expression « traités modernes » en opposition aux « traités historiques » conclus au 19^e et au début du 20^e siècle. Voir Affaires Autochtones et Développement du Nord Canada, « Revendications globales », *supra* note 65.

conclus depuis le début du processus de négociations en 1973¹¹⁵. La majorité des terres concernées se trouvent dans les territoires nordiques du Canada (Yukon, Nunavut et Territoires du Nord-Ouest) ainsi que dans le nord du Québec et du Labrador. Certaines ententes couvrant des territoires plus restreints ont également été conclues avec des Premières Nations en Colombie-Britannique.

Bien que le chiffre de 40 % du territoire canadien (soit près de 3 600 000 km²) puisse paraître impressionnant, il importe de souligner que les traités ne reconnaissent pas aux Premières nations signataires un titre foncier exclusif sur l'ensemble de leurs terres traditionnelles visées par l'entente. En effet, la majorité des terres dont il est question demeurent des terres publiques sur lesquelles les Autochtones se voient reconnaître des droits de prélèvement de certaines ressources (fauniques, halieutiques, florales et forestières notamment) à des fins particulières¹¹⁶. Ainsi, « [l]a clé de ces régimes consiste à diviser le territoire en deux ou trois catégories : les autochtones se voient reconnaître des droits exclusifs sur une petite portion du territoire et des droits plus restreints dans les terres de la catégorie résiduelle. »¹¹⁷

Les tenures foncières autochtones exclusives mises en place par les traités modernes sont à géométrie variable. Pour bien montrer la diversité du tableau foncier autochtone on peut donner l'exemple de deux traités. Ainsi, aux termes de l'*Accord Inuit* le domaine foncier exclusif des Inuit délimité dans l'accord, appelé « Terres des Inuit du Labrador », comprend 16,000 kilomètres. L'accord stipule que « les Inuit sont propriétaires en fief simple des Terres des Inuit du Labrador, à l'exclusion des ressources souterraines »¹¹⁸. Il précise que ce droit collectif « équivaut au domaine en fief simple absolu, s'agissant du plus grand domaine connu en droit, sans disposition restrictive, restriction, exception ni réserve en vertu de toute loi, sauf pour ce qui est énoncé dans l'Accord »¹¹⁹. Les terres inuites sont confiées au Gouvernement Nunatsiavut – l'entité juridique autonome créée par l'accord – à charge pour celle-ci de les gérer¹²⁰. Le Gouvernement, maître de la terre, ne peut l'aliéner, sauf à l'État, mais il « peut accorder un intérêt moindre que le titre en fief simple dans les Terres des Inuit du Labrador ou à l'égard de celles-ci »¹²¹. Aucune personne ne peut acquérir par prescription des droits sur les Terres des Inuit du Labrador.¹²² Ces terres sont insaisissables à moins qu'une loi inuit lève cette insaisissabilité¹²³. De son côté, l'*Accord définitif Nisga'a*, conclu le 27 avril 1999 par le Gouvernement du Canada, le Gouvernement de la Colombie-Britannique et la Nation

¹¹⁵ *Ibid.* à la p. 7.

¹¹⁶ Grammond, « Aménager la coexistence » *supra* note 6 à la p 257.

¹¹⁷ *Ibid.* à la p 256.

¹¹⁸ *Accord Inuit*, *supra* note 75, art. 4.4.1a.

¹¹⁹ *Ibid.* art. 4.4.2.

¹²⁰ *Ibid.* art. 4.4.4.a.

¹²¹ *Ibid.* art. 4.4.5.

¹²² *Ibid.* art. 4.4.9.

¹²³ *Ibid.* art. 4.4.11 b.

Nisga'a, prévoit que les terres visées par l'Accord sont détenues par les Nisga'a en « fee simple », un régime de *common law* équivalent à une maîtrise absolue sur les terres¹²⁴. C'est dire que les Nisga'a peuvent librement vendre leur terre à des non-Nisga'a ou convertir leurs terres en propriété privée. Ils ont d'ailleurs adopté un dispositif législatif par lequel les terres résidentielles des villages nisga'a peuvent être concédées en pleine propriété aux individus nisga'a y détenant des droits d'occupation.

Les terres grevées du titre ancestral

Le titre ancestral découle non pas d'un traité ou d'une quelconque concession de l'État, mais du fait historique de la possession précoloniale de la terre et de la continuité du lien ancestral à la terre. Il est en cela un titre *originnaire* que les autochtones sont réputés tenir des ancêtres précoloniaux et qui a survécu à l'avènement de la puissance coloniale. Pour cette raison, il est de plus en plus investi par les autochtones d'une grande charge symbolique, identitaire et politique.

Cette maîtrise foncière peut exister là où elle n'a pas été valablement éteinte par un traité ou un acte unilatéral de l'État avant 1982, ou volontairement délaissée par le groupe. La Cour suprême exige toutefois du peuple revendiquant un titre ancestral qu'il prouve être le successeur actuel du groupe précolonial qui, au moment de l'affirmation de souveraineté européenne, occupait la terre revendiquée de manière suffisante et exclusive.

Le titre parfois qualifié d'« aborigène » est le droit ancestral qui se rapproche le plus d'un droit de propriété puisqu'il donne au titulaire l'utilisation exclusive de ses terres ancestrales¹²⁵. En 2014, la Cour suprême résumait ainsi les principaux attributs du titre ancestral :

le droit d'utiliser et d'occuper les terres de façon exclusive; (2) le droit de choisir les utilisations qui peuvent être faites des terres, sous réserve de la restriction ultime que ces usages ne sauraient détruire la capacité de ces terres d'assurer la subsistance des générations futures des peuples autochtones; (3) le droit de bénéficier des avantages économiques que procurent les terres.¹²⁶

Le titre ancestral porte en principe sur un espace foncier global, c'est-à-dire qu'il s'étend aux droits miniers, gaziers et pétroliers et peut comprendre le lit de cours d'eau et des droits hydriques. Ainsi, le titre autochtone diffère, au Québec à tout le moins, de la propriété foncière privée assujettie dans un grand nombre de cas au principe de la domanialité des substances minérales. Nous ne pouvons écarter la possibilité que le titre aborigène greève également certains espaces maritimes, bien que, s'agissant de ces

¹²⁴ *Accord Nisga'a*, supra note 74, c. 3 art. 3.

¹²⁵ Voir *Tsilhqot'in*, supra note 12 au par. 73 et généralement *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, 1997 3 R.C.S. 1010 [*Delgamuukw*].

¹²⁶ *Tsilhqot'in*, supra note 12 au par. 121.

derniers, la preuve d'une occupation exclusive au moment de l'affirmation parfois tardive de souveraineté puisse être singulièrement difficile.

En outre, le titre aborigène représente une maîtrise qui englobe l'ensemble des exploitations et des jouissances de l'espace foncier. La Cour suprême a en effet refusé de réduire le titre à un simple agrégat d'affectations différenciées dont chacune, appréhendée individuellement, devrait être intégrale à la culture précoloniale du groupe. En conséquence, les usages contemporains de la terre autochtone n'ont pas à correspondre, du point de vue de leur objet, aux affectations connues des ancêtres précoloniaux et peuvent donc comprendre, sous réserve de la « limite intrinsèque » discutée ci-après, les usages agricoles, commerciaux et industriels. Autrement dit, là où les anciens s'adonnaient à des activités économiques de subsistance, il sera possible aujourd'hui d'exploiter des infrastructures touristiques ou de récolter le bois pour l'écouler sur les marchés nationaux ou internationaux.

Il existe cependant deux restrictions importantes à la capacité du groupe d'user et de disposer de la terre. Il y a en premier lieu le principe usuel d'inaliénabilité qui empêche de vendre la terre aux tiers bien que le groupe puisse abandonner ses droits aux termes d'une entente avec l'État. On dit parfois que les autochtones « cèdent » leurs droits ancestraux. Cette terminologie n'est toutefois pas juridiquement exacte. En effet, bien que les droits ancestraux puissent être délaissés ou suspendus par leurs titulaires à la faveur d'une entente avec la Couronne, ils ne peuvent passer dans un patrimoine « exocommunautaire » tout en conservant leur qualité de droit ancestral. Cela signifie, par exemple, que, lorsque les autochtones renoncent à leurs droits par traité, il n'y a pas à proprement parler de « cession » ni de « transfert » de droit. La Couronne n'acquiert aucun droit ancestral, mais son titre sous-jacent devient libre de toute charge ancestrale, sous réserve des termes du traité. De même, lorsque les autochtones suspendent leurs droits sur les terres et ressources, ils ne font que permettre à la Couronne d'octroyer à des tiers, pour un certain temps, des droits qui n'ont aucun caractère ancestral, mais qui découlent plutôt de la législation relative au domaine public.

Par ailleurs, la Cour suprême a aussi statué que le titre n'autorise pas le groupe à utiliser la terre d'une manière qui viendrait rompre le lien qui fonde le droit autochtone lui-même. Ainsi cette limite

rendrait illicite toute affectation contemporaine de l'espace et des ressources qui serait incompatible avec la pérennité du lien originel et unique que la communauté entretient avec la terre, c'est-à-dire qui ferait irrémédiablement obstacle à l'ensemble des usages, affectations ou activités traditionnelles qui ont fondé le rapport précolonial à la terre. C'est comme si un zonage culturel de l'espace foncier était décrété pour honorer une alliance ancestrale avec la terre. [...] La limite intrinsèque, qui semble procéder d'une volonté d'affirmer la différence autochtone en matière foncière, n'a aucun équivalent connu en droit comparé, et il ne s'en trouve nulle trace dans l'histoire juridique des

relations entre les autochtones et la Couronne au Canada. Elle paraît inspirée d'une conception traditionaliste et stéréotypée du foncier autochtone qui risque malheureusement d'hypothéquer la capacité des autochtones de mettre en valeur leur territoire. Il n'est donc guère étonnant qu'elle se soit heurtée au scepticisme général de la doctrine, surtout s'il est considéré qu'à cette limitation interne du titre pourront s'ajouter les limites externes découlant de la loi et dont la Couronne aura pu établir la justification au nom, notamment, de la conservation des ressources¹²⁷.

Jusqu'à tout récemment, aucun peuple autochtone ne s'était encore vu reconnaître un titre ancestral par les tribunaux canadiens. Cela peut s'expliquer par la difficulté pour les peuples historiquement nomades et semi-nomades de remplir le critère d'une occupation suffisante et exclusive du territoire antérieure à l'affirmation de la souveraineté par les nations européennes. Les peuples autochtones se voient donc plus souvent reconnaître des droits de pêche et de chasse sur leur territoire ancestral, droits bien moins complets que le titre ancestral¹²⁸. Cependant, la Cour suprême a reconnu en juin 2014 l'existence d'un titre ancestral détenu par la Première nation Tsilhqot'in dans le nord de la Colombie-Britannique¹²⁹. Les Tsilhqot'in ayant traditionnellement formé un peuple semi-nomade, cette décision permet d'envisager une plus grande ouverture de la part des tribunaux à la prise en compte des différents modes de vie et d'occupation du territoire des peuples autochtones.

2) *Les maîtrises foncières infraconstitutionnelles*

Les terres de réserves régies par la Loi sur les Indiens

Selon les données de 2013 rendues disponibles par le ministère des Affaires autochtones et du Développement du Nord, les terres de réserves couvriraient 3 millions d'hectares, soit 30 000 km², répartis entre environ 2 800 réserves¹³⁰. La superficie terrestre du Canada étant d'un peu plus de 9 millions de km², les terres de réserves ne représentent donc qu'un faible 0,33 % du territoire canadien.

Nous traiterons ici des terres de réserve qui ne jouissent pas de la protection constitutionnelle offerte aux droits ancestraux ou issus de traités.

Les terres de réserve sont de compétence fédérale en vertu de l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (voir Question 1) et la *Loi sur les Indiens* prévoit le régime applicable à ces terres. Cependant, ni la *Constitution* ni la *Loi sur les Indiens* ne précisent le mode de création des réserves. La *Loi* indique simplement qu'une réserve est une

¹²⁷ Ghislain Otis, « Le titre aborigène : émergence d'une figure nouvelle et durable du foncier autochtone? », (2005) 46:4 *Cahiers de Droit* 839.

¹²⁸ Voir notamment la décision de la Cour suprême dans l'affaire *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43 [*Marshall-Bernard*].

¹²⁹ *Tsilhqot'in*, *supra* note 12.

¹³⁰ Affaires autochtones et Développement du Nord Canada, *Terres*, en ligne : <<https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100034731/1100100034735>>.

« Parcelle de terrain dont Sa Majesté est propriétaire et qu'elle a mise de côté à l'usage et au profit d'une bande »¹³¹. Le professeur Grammond explique que : « Le pouvoir d'établir une réserve relève donc de la prérogative royale. Dans les faits, des réserves ont été créées par plusieurs types d'instruments juridiques, comme des décrets du gouvernement fédéral, des traités ou même des lois. »¹³²

Les bandes¹³³ ont un droit collectif et exclusif de possession et d'usage des terres de réserve, mais l'État en demeure le propriétaire¹³⁴. Les terres de réserve sont par conséquent inaliénables : elles ne peuvent être vendues, transmises ou cédées à quiconque, sauf à l'État lui-même¹³⁵. Cela signifie également aussi que malgré le droit de possession exclusive des bandes sur les terres de réserves, l'État conserve le pouvoir d'exproprier et de déplacer la bande¹³⁶.

Cependant, bien que l'État demeure propriétaire du territoire de la réserve, la *Loi sur les Indiens* octroie aux bandes certains pouvoirs réglementaires semblables à ceux d'une municipalité¹³⁷. Ainsi, en matière de gestion du territoire, le conseil de bande peut notamment réglementer les matières suivantes :

- « la réglementation de la circulation »¹³⁸;
- « l'établissement et l'entretien de cours d'eau, routes, ponts, fossés, clôtures et autres ouvrages locaux »¹³⁹ ;
- « la division de la réserve ou d'une de ses parties en zones, et l'interdiction de construire ou d'entretenir une catégorie de bâtiments ou d'exercer une catégorie d'entreprises, de métiers ou de professions dans une telle zone »¹⁴⁰;
- « la réglementation de la construction, de la réparation et de l'usage des bâtiments, qu'ils appartiennent à la bande ou à des membres de la bande pris individuellement »¹⁴¹;

¹³¹ *Loi sur les Indiens*, supra note 5, art. 2 « réserve ».

¹³² Grammond, « Aménager la coexistence », supra note 6 à la p 148. Voir également la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Ross River Dena Council Band v. Canada*, 2002 SCC 54.

¹³³ Les bandes sont également une création de la *Loi sur les Indiens*. Voir la Question 3 pour plus d'information.

¹³⁴ La *Loi sur les Indiens*, supra note 5, prévoit ainsi à l'art. 18(1) que : « ... Sa Majesté détient des réserves à l'usage et au profit des bandes respectives pour lesquelles elles furent mises de côté... » .

¹³⁵ *Ibid.*, art. 37(1) et 38(1).

¹³⁶ *Ibid.*, art. 35.

¹³⁷ Voir la Question 3 pour davantage d'information sur les pouvoirs dévolus aux bandes indiennes.

¹³⁸ *Loi sur les Indiens*, supra note 5, art. 81 (b).

¹³⁹ *Ibid.*, art. 81 (f).

¹⁴⁰ *Ibid.*, art. 81 (g).

¹⁴¹ *Ibid.*, art. 81 (h).

- « l'arpentage des terres de la réserve et leur répartition entre les membres de la bande, et l'établissement d'un registre de certificats de possession et de certificats d'occupation concernant les attributions, et la mise à part de terres de la réserve pour usage commun, si l'autorisation à cet égard a été accordée aux termes de l'article 60 »¹⁴²;
- « l'établissement de puits, citernes et réservoirs publics et autres services d'eau du même genre, ainsi que la réglementation de leur usage »¹⁴³.

En ce qui concerne l'exploitation des ressources naturelles se trouvant sur les terres de réserve, celle-ci doit se faire au profit de la bande, mais l'État en conserve le contrôle. De plus, il n'est pas toujours nécessaire que l'État obtienne le consentement de la bande avant d'octroyer des droits d'exploitation à un tiers¹⁴⁴.

Finalement, la *Loi sur la gestion des terres des premières nations* permet depuis 1999 aux Premières nations de se soustraire au régime de gestion des terres de la *Loi sur les Indiens*¹⁴⁵. Les Premières nations qui souhaiteraient se prévaloir de cette possibilité doivent s'engager dans un processus d'adoption d'un code foncier et de négociations avec le ministère des Affaires autochtones au terme duquel elles obtiendraient le contrôle de leurs terres de réserve et des ressources qui s'y trouvent. Jusqu'à maintenant, 94 Premières nations ont obtenu ce contrôle ou sont en voie de le faire¹⁴⁶.

Les terres de réserve régies par des régimes législatifs particuliers

Certains régimes fonciers autochtones sont régis par une loi particulière, plutôt que par la *Loi sur les Indiens*. C'est le cas des terres de la Première Nation sechelte en Colombie-Britannique dont le régime est établi par la *Loi sur l'autonomie gouvernementale de la bande indienne sechelte*, laquelle « a pour objet de permettre à la bande indienne sechelte d'exercer l'autonomie gouvernementale et de faire fonctionner des institutions autonomes sur les terres secheltes et d'obtenir le contrôle et la gestion des ressources et des services à la disposition de ses membres »¹⁴⁷. La *Loi* transfère à la bande sechelte le droit de propriété en fief simple sur les terres qui étaient à l'origine les terres de réserve de la bande¹⁴⁸. Un autre exemple est celui de la Première Nation de Westbank laquelle s'est vu

¹⁴² *Ibid.*, art. 81 (i).

¹⁴³ *Ibid.*, art. 81 (l).

¹⁴⁴ Ce sont les articles 57 et suivants de la *Loi sur les Indiens* qui prévoient le régime lié aux autorisations d'exploitation des ressources naturelles.

¹⁴⁵ Affaires autochtones et Développement du Nord Canada, *Régime de gestion des terres des Premières Nations*, en ligne : <<https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1327090675492/1327090738973>>

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ *Loi sur l'autonomie gouvernementale de la bande indienne sechelte*, L.C. 1986, ch. 27, art. 4.

¹⁴⁸ *Ibid.*, art. 23.

reconnaître une autonomie gouvernementale sur ces terres en vertu de l'Accord entre Sa Majesté la Reine du chef du Canada et la Première nation de Westbank¹⁴⁹.

3) *Les restrictions possibles aux maîtrises foncières exclusives*

Tel que mentionné à la Question 1, les droits autochtones reconnus et confirmés par l'article 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne jouissent pas d'une protection absolue. En effet, l'État peut porter atteinte à ces droits, y compris les droits fonciers issus de traités et le titre ancestral, s'il justifie cette atteinte. Dans l'affaire *R. c. Sparrow*, la Cour suprême a développé un test jurisprudentiel afin de vérifier si l'atteinte est justifiée. Ce test a été récemment reformulé comme suit :

(1) qu'il s'est acquitté de son obligation procédurale de consultation et d'accommodement, (2) que ses actes poursuivaient un objectif impérieux et réel, et (3) que la mesure gouvernementale est compatible avec l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe.¹⁵⁰

Nous profiterons du chapitre suivant, consacrée aux droits des tiers, pour expliquer plus avant l'application concrète de ces critères de justification.

A. Les terres sur lesquelles un peuple autochtone a des droits non exclusifs d'usage

1) *Les droits protégés constitutionnellement*

Un peuple autochtone peut détenir des droits non exclusifs, mais prioritaires d'accès et d'extraction de ressources sur de vastes terres qu'il a traditionnellement fréquentées. Ces droits existent indépendamment du tout titre ancestral ce qui amène la doctrine anglophone à les qualifier de « *self-standing rights* » et ils ne visent que des activités de prélèvement spécifiques (droits-activités), le plus souvent des activités de subsistance traditionnelles dans le cas des droits ancestraux car pour faire l'objet d'un tel droit une activité doit avoir été, avant le contact, une partie intégrante de la culture ou du mode de vie du peuple concerné¹⁵¹.

Dans les faits, les droits ancestraux non exclusifs seront reconnus lorsque la fréquentation ancestrale de la terre, quoique démontrée, ne satisfait pas les critères onéreux du titre ancestral que sont l'occupation intensive et exclusive antérieurement à l'affirmation de souveraineté européenne. Parce qu'ils permettent l'usage partagé de l'espace foncier, ils sont une solution d'entre-deux à laquelle recourent parfois les juges pour opérer des

¹⁴⁹ *Accord entre Sa Majesté la Reine du chef du Canada et la Première nation de Westbank*, en ligne : < <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100031766/1100100031768#chp10> > (entrée en vigueur : 6 mai 2004, *Loi portant mise en vigueur de l'Accord d'autonomie gouvernementale de la première nation de Westbank*, L.C. 2004, ch. 17).

¹⁵⁰ *Tsilhqot'in*, *supra* note 12 au par. 77.

¹⁵¹ *R. c. Van der Peet*, 1996, 2 R.C.S. 507 [*Van der Peet*].

compromis fonciers entre autochtones et non-autochtones ainsi qu'entre différents peuples autochtones.

Dans le cas de droits issus de traités, tel que mentionné plus haut, tant les traités historiques que modernes accordent généralement aux autochtones des droits de prélèvement sur des territoires considérables situés à l'extérieur des assises foncières autochtones exclusives. Ces droits sont toutefois sujets à des restrictions et des dérogations convenues par les parties et précisées dans le traité lui-même, ce qui les rend en peu plus précaires que les droits de prélèvement ancestraux.

2) *Les droits infraconstitutionnels*

Outre les droits reconnus constitutionnellement, le législateur canadien a adopté certaines lois entourant l'exercice de droits sur le territoire pour les peuples autochtones. Ainsi, le gouvernement fédéral a adopté en 1993 un *Règlement sur les permis de pêche communautaires des Autochtones*¹⁵². Ce Règlement permet l'émission de permis à des communautés autochtones par le ministère des Pêches et Océans « pour les autoriser à récolter du poisson à des fins alimentaires, sociales et rituelles et d'activités connexes »¹⁵³.

Les provinces adoptent parfois également des règlements dont certaines dispositions concernent les droits des peuples autochtones sur le territoire. Par exemple, le *Règlement sur les réserves de castor* adopté par la province du Québec prévoit que seuls les chasseurs autochtones peuvent trapper le castor dans certains territoires de la province¹⁵⁴.

3) *Les restrictions possibles aux droits non exclusifs*

Tel que mentionné plus haut, les droits ancestraux et issus de traités, bien que protégés par la Constitution, ne sont pas absolus. Ainsi, l'État pourra y porter atteinte dans la mesure où il parvient à justifier cette atteinte (voir point A.3). Nous expliquerons de manière plus détaillée l'application des critères de justification d'une atteinte aux droits non exclusifs des autochtones au chapitre suivant, consacré aux droits des tiers sur les terres autochtones. Nous nous contenterons ici de souligner que c'est la protection constitutionnelle dont ils jouissent qui donne à ces droits autochtones leur caractère prioritaire, puisque, tel qu'il sera expliqué plus loin, la justification d'une atteinte impose au gouvernement de prouver qu'il respecte le principe de priorité autochtone qui n'est en fait qu'un corollaire du principe de l'atteinte minimale.

¹⁵² *Règlement sur les permis de pêche communautaires des Autochtones*, DORS/93-332.

¹⁵³ Pêches et Océans Canada, *Permis de pêches communautaires*, en ligne : < <http://www.pac.dfo-mpo.gc.ca/abor-autoc/licences-permis-fra.html> >.

¹⁵⁴ *Règlement sur les réserves de castor*, chapitre C-61.1, r. 28, art. 3.

Question 7 – Les droits des tiers sur les terres autochtones

Question : *Quelle est la relation entre les droits autochtones collectifs et les droits potentiels d'utilisateurs individuels ou de tiers sur les terres autochtones?*

Au Canada, la question des droits des tiers est centrale puisqu'environ 96% des Canadiens ne sont pas autochtones et que cette population dépend pour sa subsistance et son développement d'un accès équitable à la terre et à ses ressources. Les empiètements sur les immenses terres traditionnelles des autochtones sont donc inéluctables. Le défi du droit sera d'organiser de manière légitime et efficace la gestion de la cohabitation sur le territoire.

Nous traiterons ici la question sous l'angle du pouvoir de l'État de concéder à des tiers de droits sur des terres par ailleurs grevées de droits collectifs autochtones¹⁵⁵. Ce pouvoir variera de manière déterminante selon que les droits autochtones en question jouissent ou non d'une protection constitutionnelle.

En l'absence d'une telle protection, l'État pourra sans entrave juridique accorder à des tiers des droits, et ce, même si ces droits viennent restreindre voire empêcher l'exercice par les autochtones de leurs droits.

Si, en revanche, les droits que détiennent les autochtones sont des ancestraux ou des droits issus de traités, la capacité de l'État d'ouvrir le territoire aux non-autochtones à des fins d'occupation de la terre ou d'extraction des ressources qui s'y trouvent sera limitée et encadrée par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cette disposition de la loi fondamentale ne prive toutefois pas l'État de toute marge d'action unilatérale en matière de répartition de la terre et des ressources entre le peuple autochtone et les autres citoyens. Seules sont proscrites les concessions et les projets de développement qui (1) portent atteinte à un droit ancestral ou issu de traité et (2) que l'État est incapable de justifier selon les critères dégagés par la Cour suprême.

A. La question de l'atteinte

La question de savoir si un projet gouvernemental de développement des terres porte ou non atteinte aux droits collectifs autochtones exige de considérer attentivement la nature et l'étendue des droits en question. La distinction entre les droits exclusifs et les droits non exclusifs apparaît encore ici déterminante.

¹⁵⁵ On peut aussi se demander dans quelle mesure les autochtones peuvent accorder à des tiers des droits sur leurs terres traditionnelles. La réponse est fonction de l'interprétation qui est faite du principe d'inaliénabilité qui a déjà été discuté. Les traités règlent en général le problème de manière expresse tel qu'indiqué précédemment. Toutefois, la capacité d'un groupe détenteur d'un titre ancestral de concéder, sans l'intervention de la Couronne, des droits d'accès et d'usage à des tiers reste sujette à débat.

Les droits non exclusifs

En l'absence d'une maîtrise autochtone exclusive de la terre, le territoire reste accessible et disponible aux non-autochtones dans la mesure où leur présence et leurs activités sont compatibles avec les droits constitutionnels des autochtones. Les droits autochtones ne sont pas, en d'autres termes, nécessairement incompatibles avec la coexistence, voire la superposition, de droits autochtones et non-autochtones à l'égard d'un même espace, voire d'une même ressource de sorte que le voisinage intercommunautaire n'y est pas a priori exclu.

Lorsque les autochtones ont sur ces terres des droits *ancestraux* de prélèvement des ressources, les droits octroyés aux tiers seront pleinement effectifs si leur exercice n'a pas pour conséquence une « diminution appréciable » de la capacité des autochtones de jouir de leurs droits (Gladstone). Par exemple, des droits miniers ou forestiers accordés à une société pourront coexister avec les droits ancestraux autochtones si les activités minières ou forestières n'ont qu'un effet négligeable sur les activités autochtones. En revanche, une telle diminution appréciable des droits ancestraux pourra résulter, par exemple, de la concession à des tiers de droits de pourvoirie qui viendraient entraver la capacité des autochtones de se procurer la ressource halieutique ou cynégétique sur les sites de prélèvement qu'ils ont traditionnellement privilégiés.

En présence de droits *issus de traités*, la question des droits des tiers sera traitée en fonction des termes explicites et même implicites du traité lui-même. Compte tenu de leur objectif visant à favoriser l'ouverture du territoire à la colonisation et au développement, les traités contiennent généralement des clauses autorisant expressément l'État à concéder des droits à des tiers sur les terres situées au-delà des limites de l'assise foncière exclusive délimitée par les parties. Les autochtones ne pourront donc pas contester ces concessions dès lors qu'elles sont conformes aux termes du traité. Bien que les traités historiques affirment en termes très généraux et inconditionnels la prérogative de l'État de prendre les terres à des fins de développement, la Cour suprême a imposé des conditions à l'exercice de cette prérogative en statuant que toute affectation ou disposition des terres par la Couronne doit préalablement faire l'objet d'une consultation auprès des autochtones et, si nécessaire, être accompagnée de mesure d'atténuation des impacts sur les activités autochtones de prélèvement. La Cour estime en outre qu'une concession dont l'effet est de priver les autochtones de tout « droit réel » (*meaningful right*) de se livrer à leurs activités sur le territoire constitue une atteinte exigeant une preuve de justification selon le test dégagé par la Cour suprême dans l'affaire *Sparrow* et la jurisprudence subséquente¹⁵⁶.

¹⁵⁶ *Sparrow*, supra note 17 ; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 3 RCS 388 ; *Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles)*, 2014 RCS 48 au par. 52.

B. La question de la justification

La Cour suprême admet sans ambages que la reconnaissance de la dépendance des non-autochtones à l'égard des terres et ressources et la promotion du développement économique sont des objectifs qui justifient que l'on restreigne les droits des autochtones. Ainsi, un projet de développement visant les terres traditionnelles autochtones et portant à première vue atteinte aux droits autochtones pourra néanmoins être justifié si l'État parvient à démontrer que ce projet a fait l'objet d'une consultation préalable auprès des autochtones et que le principe de proportionnalité ou de « priorité autochtone » a été respecté.

Les droits exclusifs

Les droits des tiers sont beaucoup plus restreints sur les terres à l'égard desquelles les autochtones jouissent d'une maîtrise foncière exclusive puisque toute concession qui y sera faite à des tiers sans le consentement de la partie autochtone constituera une atteinte à première vue au titre autochtone, atteinte que l'État devra justifier. Comme l'indique la Cour suprême :

Lorsque le gouvernement porte atteinte au titre ancestral sans le consentement du groupe titulaire du titre, il doit le faire en respectant l'obligation procédurale de la Couronne de consulter le groupe. L'atteinte doit également être justifiée par la poursuite d'un objectif public impérieux et réel et elle doit être compatible avec l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe autochtone.¹⁵⁷

L'obligation fiduciaire emporte le devoir de respecter un principe de proportionnalité de l'atteinte tant à l'égard des moyens choisis par réaliser l'objectif de développement qu'à l'égard de l'importance de ce développement compte tenu de ses effets préjudiciables sur les droits autochtones¹⁵⁸. Par ailleurs, « les atteintes au titre ancestral ne peuvent [...] pas être justifiées si elles priveront de façon substantielle les générations futures des avantages que procurent les terres »¹⁵⁹. Dès lors, sera inconstitutionnelle une concession qui donnerait à un tiers des droits dont la portée serait telle qu'ils priveraient durablement les autochtones des avantages du titre ancestral, et ce, même si cette concession recevait l'aval des autochtones puisque ces derniers sont aussi contraints par la limite intrinsèque exposée précédemment. On peut penser, par exemple, à l'octroi du droit d'exploiter une mine à ciel ouvert sur la majeure partie, ou un sur une partie essentielle, des terres grevées d'un titre ancestral.

¹⁵⁷ *Tsilhqot'in*, *supra* note 12 au par. 88.

¹⁵⁸ *Ibid.* au par. 87.

¹⁵⁹ *Ibid.* au par. 86.

C. Les réparations pour l'octroi illicite de droits à des tiers sur les terres autochtones

Que faire de la situation où des tiers obtiennent des droits sur les terres autochtones à la faveur de concessions étatiques qui s'avèrent illicites? Les autochtones peuvent-ils exiger la restitution intégrale des droits dont ils ont été illégalement privés? Il convient ici de distinguer entre le cas où des droits ont été acquis de longue date sur les terres autochtones par des tiers de bonne foi et le cas où des droits ont été concédés après l'entrée en vigueur de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans le premier cas, les tribunaux protégeront les droits des tiers quitte à exiger de l'État qu'il indemnise le groupe autochtone lésé. Dans le second cas, les tiers perdront le plus souvent leurs droits sous réserve des recours dont ils disposeront hypothétiquement à l'encontre des autorités gouvernementales lorsque la concession pourrait être jugée fautive.

Dans l'arrêt *Chippewas of Sarnia Band v. Canada*¹⁶⁰, les Chippewas contestaient la validité d'une cession d'une partie de leur réserve faite dans les années 1840. Il ne faisait aucun doute que les procédures d'autorisation de cession prescrites par la loi n'avaient pas été suivies. Cependant, la cession n'a pas été contestée avant 1995 et dans l'intervalle, le lot cédé a été subdivisé et vendu à des tiers¹⁶¹. La Cour d'appel de l'Ontario a tranché la question des réparations en *equity*, ce qui lui a permis d'exercer sa discrétion afin de déterminer quelle réparation il était juste d'octroyer en l'espèce, notamment en tenant compte du droit des tiers¹⁶². Dans cette affaire, La Cour tiendra ainsi compte de deux défenses d'*equity* qui lui permettront de rejeter la requête des Chippewas qui souhaitent voir annuler la cession et reconnaître leur droit à la possession terres en question¹⁶³. Il s'agit d'abord de la défense de « Laches and acquiescence » : selon la Cour, les Chippewas ayant eu connaissance de la transaction et ne l'ayant pas contesté pendant plus de 150 ans, il ne serait pas juste de pénaliser les propriétaires actuels qui ont acquis les terres de bonne foi¹⁶⁴. La Cour a également retenu la défense de « Good faith purchaser for value » qui protège les acquéreurs de bonne

¹⁶⁰ *Chippewas of Sarnia Band v. Canada* (Attorney General) [2000] O.J. No. 4804, 2000 CanLII 16991 (ON CA) [*Chippewas*].

¹⁶¹ Lorsque les Chippewas ont pour la première fois revendiqué leur droit sur les terres, ces dernières étaient occupées par 2000 individus de bonne foi, c'est-à-dire qu'ils avaient acquis des titres sur ces terres de manière régulière, sans avoir connaissance de quelques revendications ou irrégularités que ce soit.

¹⁶² La demande d'autorisation d'en appeler de cette décision déposée par la Première nation a été rejetée par la Cour suprême. La décision de la Cour d'appel de l'Ontario représente donc l'état du droit sur cette question.

¹⁶³ *Chippewas*, *supra* note 160, au para 310.

¹⁶⁴ *Ibid.* au para 299 : «The Chippewas accepted the transfer of their lands and acquiesced in the Cameron transaction. The landowners altered their position by investing in and improving the lands in reasonable reliance on the Chippewas' acquiescence in the status quo. This is a situation that would be unjust to disturb.»

foi¹⁶⁵. Ainsi, le tribunal refuse de déposséder les propriétaires actuels qui ont acquis les terres sans savoir que le titre original était irrégulier.

Les concessions illicites postérieures à l'entrée en vigueur de l'article 35 seront toutefois beaucoup plus susceptibles d'être révoquées. Ainsi, la Cour suprême affirme la nécessité, en présence d'une mesure illicite, d'accorder aux autochtones le redressement qui leur assurera la jouissance effective de leurs droits pour l'avenir:

Une fois l'existence du titre établie, il peut être nécessaire pour le gouvernement de réévaluer sa conduite passée compte tenu de cette nouvelle réalité afin de s'acquitter fidèlement par la suite de son obligation fiduciaire envers le groupe titulaire du titre. Par exemple, si, avant que le titre ancestral soit établi, le gouvernement a entrepris un projet sans le consentement du groupe autochtone, il peut être tenu de l'annuler une fois l'existence du titre établie si la poursuite du projet porte indûment atteinte aux droits des Autochtones. De même, si une loi a été valablement adoptée avant que l'existence du titre soit établie, elle pourra être déclarée inapplicable pour l'avenir dans la mesure où elle porte injustement atteinte au titre ancestral.¹⁶⁶

Les réparations disponibles dans le cas où l'État a porté atteinte aux droits de manière injustifiée sont nombreuses et varient selon la situation factuelle propre à chaque cas. Ces mesures vont « de l'injonction visant l'activité préjudiciable, à l'indemnisation, voire à l'ordonnance enjoignant au gouvernement de consulter avant d'aller de l'avant avec son projet »¹⁶⁷. Dans le cas où un permis a été accordé, ce dernier peut donc être annulé et la poursuite des activités sur le territoire interdite. De plus, en l'attente d'un jugement final et dans le cas où une compagnie a déjà entrepris des travaux sur le territoire, les peuples autochtones peuvent également demander au tribunal de rendre une injonction interlocutoire afin d'obtenir la suspension immédiate des travaux. La décision d'un tribunal de forcer l'arrêt des travaux porte naturellement atteinte aux intérêts économiques du tiers détenteur du permis. Ceux-ci pourraient choisir de se tourner vers l'État pour être indemnisés, puisque la perte subie résulte du manquement de ce dernier à son obligation de consulter les peuples autochtones. Cependant, compte tenu des intérêts en jeu, plusieurs entreprises privées intéressées par l'exploitation de ressources naturelles sur des territoires autochtones entreprennent désormais de s'entendre directement avec les Premières nations sur le mode d'exploitation et le partage des bénéfices, afin d'éviter des poursuites judiciaires.

D. Les droits des tiers dans les négociations relatives aux revendications territoriales autochtones

¹⁶⁵ *Ibid.* au para 303 : «The defence of good faith purchaser for value without notice has been a fundamental element of our law for centuries. It protects the security of title to land acquired without notice of claim. It reflects a basic social value that protects the rights of innocent parties. Based in simple fairness, it provides a strong defence for the truly innocent purchaser.»

¹⁶⁶ *Tsilhqot'in*, *supra* note 12 au par. 92.

¹⁶⁷ *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650

Les revendications particulières

Le processus des revendications particulières vise à régler d'anciens griefs ayant « trait aux obligations qui échoient au Canada en vertu de traités historiques ou à la façon dont il a géré les fonds ou les biens des Premières nations »¹⁶⁸. Contrairement aux revendications globales qui visent l'obtention de l'autonomie gouvernementale, les revendications particulières visent plutôt la réparation de torts subis par les Premières nations par la faute ou la négligence de l'État. Certaines de ces revendications portent sur des terres de réserves qui ont été cédées illégalement. Lorsqu'une telle violation est reconnue et que les terres en question sont toujours la propriété de particuliers, la question du type de réparation disponible est immédiatement soulevée.

La Politique fédérale sur les revendications particulières prévoit la possibilité de restituer les terres de réserve dont une Première nation aurait été privée illégalement¹⁶⁹. Cependant, une telle restitution ne se fera pas au détriment des droits des tiers :

Dans tout règlement d'une revendication particulière des Autochtones, le gouvernement tient pleinement compte des intérêts des tierces parties, s'il en est. En règle générale, le gouvernement n'accepte pas de règlement entraînant la dépossession de tierces parties.¹⁷⁰

L'usage de l'expression « en règle générale » laisse entendre qu'il pourrait y avoir des exceptions à la règle. Cependant, un peu plus loin dans le même énoncé de politique, le gouvernement exclut catégoriquement une telle possibilité :

Dans tout règlement d'une revendication particulière, le gouvernement fédéral tiendra compte des intérêts des tierces parties. Il n'acceptera aucun règlement qui entraîne la dépossession de tierces parties.¹⁷¹

Par conséquent, dans le cas de terres qui sont détenues par des parties privées, les Premières nations pourraient recevoir une indemnité financière, mais ne regagneront pas la possession des terres.

¹⁶⁸ Affaires Autochtones et Développement du Nord Canada, *Revendications particulières*, en ligne : <<https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100030291/1100100030292>>.

¹⁶⁹ Affaires Autochtones et du Nord Canada, *Politique sur les revendications particulières et Guide sur le processus de règlement*, <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100030501/1100100030506>, « Critère d'indemnisation 3. (i) » : « Lorsqu'une bande requérante peut prouver que certaines de ses terres de réserve n'ont jamais été cédées légalement, ou autrement prises par autorisation légale, cette bande est indemnisée par la restitution des terres en question ou par le paiement de leur valeur au moment du règlement, sans égard aux améliorations qui ont pu y être apportées entre-temps. »

¹⁷⁰ *Ibid.*, « Critère d'indemnisation 8 ».

¹⁷¹ *Ibid.*, « Certitude et irrévocabilité ». Cette position est également reprise sur le site web du ministère, où l'on indique clairement que les terres privées ne seront pas affectées par les revendications autochtones : « Il importe de savoir que la politique du Canada sur les revendications particulières protège la propriété et les droits des détenteurs de terres privées. Aucune propriété privée n'est confisquée pour résoudre une revendication particulière et personne n'est forcé de vendre sa propriété contre son gré. Si des terrains changent de propriétaire après un règlement, cela ne se produit que selon le principe de vente de gré à gré. » Affaires Autochtones et développement du Nord Canada, *Revendications particulières visant des terres*, en ligne : <<https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100030342/1100100030343>>.

Les revendications globales

Dans le cadre des négociations de revendications territoriales autochtones, les parties gouvernementales, tant fédérale que provinciale, prennent en considération les droits des tiers sur les terres revendiquées. Ainsi, le gouvernement fédéral prévoit que lors de la sélection des terres, le principe suivant doit être respecté : « les intérêts des tierces parties existantes à l'intérieur de la région visée par le règlement devraient être respectés »¹⁷². Plus précisément, cela signifie que :

Les terres suivantes ne sont généralement pas comprises dans la sélection :

- les terres détenues en fief simple;
- les terres en location ou visées par un permis ou un contrat de vente;

[...]

Les gouvernements peuvent acquérir des terres privées afin d'en arriver à la conclusion d'un traité, pourvu que l'acheteur et le vendeur y consentent. Tous les autres intérêts des tiers quant aux terres et aux ressources sont habituellement honorés.¹⁷³ (Nos soulignements)

La Colombie-Britannique exclut quant à elle expressément les terres privées du processus des négociations : « The BC treaty process has always been guided by the principle that private property (fee simple land) is not on the negotiation table, except on a willing-buyer, willing-seller basis »¹⁷⁴. Les autres provinces ont rarement rendu publique leur position officielle sur la question des terres privées. Cependant, l'analyse des accords conclus ou en cours de négociation, permet de déduire que la même approche quant à la préservation des droits des tiers paraît à été adoptée. Ainsi, dans le cas de la revendication territoriale des Algonquins en Ontario¹⁷⁵, les parties se sont entendues pour ne pas affecter les intérêts et les droits des tiers sur les terres visées par la revendication¹⁷⁶. L'entente des Inuits du Labrador prévoit pour sa part que « Existing surface interests in Labrador Inuit Lands (such as cabin owners and outfitters) will continue under their current terms and conditions. Applications for renewal or extensions of such interests must be made to the Nunatsiavut Government »¹⁷⁷.

¹⁷² Affaires Autochtones et développement du Nord Canada, *Règlement des revendications des Autochtones - Un guide pratique de l'expérience canadienne*, supra note 64.

¹⁷³ *Ibid.* (Nos soulignements).

¹⁷⁴ BC Treaty Commission, *Land and Resources*, en ligne : <http://www.bctreaty.net/files/issues_landres.php>. (Nos soulignements)

¹⁷⁵ En Ontario, il s'agit de la revendication la plus avancée dans le processus de règlement.

¹⁷⁶ Ontario, *Revendication territoriale des Algonquins*, en ligne : <<http://www.ontario.ca/fr/autochtones/revendication-territoriale-des-algonquins>>.

¹⁷⁷ Labrador and Aboriginal Affairs Office, *Highlights*, en ligne : <http://www.laa.gov.nl.ca/laa/land_claims/highlights.html#lands>.

Question 8 – Les rapports entre le droit écrit et le droit oral ou coutumier

Question : *Quelle est la place respective du droit écrit et de la coutume orale dans la gouvernance autochtone?*

Il faut d'entrée de jeu faire la distinction entre le droit autochtone non étatique et le droit autochtone étatique. Le premier est le droit produit par un peuple autochtone en marge de l'État par le biais de ses institutions et de sa logique endogène, le plus souvent coutumière. Ce droit peut ou non être reconnu par l'État. Le second est le droit généré par des instances autochtones créées par le droit étatique et non issues de la coutume ou des processus exoétatiques.

La plupart des cultures juridiques autochtones étaient historiquement fondées sur l'oralité et la coutume, les normes étant transmises notamment à travers des récits, des cérémonies ou tout simplement par la répétition de pratiques considérées comme obligatoires par tous. Dans la sphère non étatique, il est difficile aujourd'hui d'évaluer la part que représente le droit écrit par rapport au droit coutumier ou oral, ces dernières formes étant peu documentées et restant largement invisibles aux yeux du juriste formé dans la tradition étatique. Cependant, la coutume conserve une place importante dans la régulation des communautés autochtones au Canada et il est raisonnable de penser que le droit autochtone non étatique reste largement, bien que non exclusivement¹⁷⁸, un droit non écrit.

La discussion sur les diverses formes de reconnaissance des ordres juridiques autochtones dans les Questions 9 et 10 permet de constater que la coutume demeure une source de normativité vivante et importante à laquelle l'État et ses institutions sont confrontés et dont ils doivent tenir compte.

On retrouvera d'emblée l'écriture dans la sphère du droit autochtone étatique, c'est-à-dire le droit produit par des instances autochtones créées par le droit étatique et non issues de la coutume. C'est le cas notamment des règlements de la bande adoptés par le « conseil de bande » institué par la *Loi sur les Indiens*¹⁷⁹. Depuis peu, des gouvernements autochtones modernes institués en application de traités ou d'accords d'autonomie rédigent leurs propres constitutions et produisent un droit légiféré parfaitement adapté aux formes de la loi occidentale.

¹⁷⁸ Par exemple, des codes électoraux dits « coutumiers » sont élaborés en calquant les lois électorales étatiques.

¹⁷⁹ *Loi sur les Indiens*, supra note 5, art. 81. Le professeur Otis souligne cependant que la *Loi sur les Indiens* n'oblige pas la mise par écrit des règles coutumières entourant la nomination des membres du conseil de bande. En principe, rien n'empêche donc l'application de règles orales ou coutumières, bien que dans la pratique, la plupart des bandes préfèrent se doter d'un code électoral coutumier. Otis, « Élections », supra note 42 à la p. 403.

Bien que les lois et les traités reconnaissent parfois, mais encore très peu, le droit autochtone d'origine non étatique, cette réception dans le droit étatique n'est pas systématiquement conditionnelle à la rédaction du droit autochtone. Cependant, le passage à l'écrit dans une des deux langues officielles pourrait inciter les tribunaux à reconnaître plus facilement les droits autochtones, ceux-ci leur étant présentés dans une forme et une langue qui leur sont familières¹⁸⁰. Cela n'est pas sans soulever certaines inquiétudes quant aux risques de déformation des droits autochtones dès lors que les institutions étatiques s'en saisissent¹⁸¹. Il faut préciser qu'il n'existe pas au Canada de juridiction coutumière habilitée à trancher les litiges entre acteurs coutumiers. C'est donc au juge étatique généralement ignorant du droit autochtone qu'il incombera de dire ce droit dont la preuve devra être faite comme celle d'un fait.

La question de la rédaction de la coutume se posera très certainement bientôt chez les Inuit du Nunavik¹⁸². En effet, le gouvernement provincial québécois souhaite modifier sa loi sur l'adoption afin de permettre la reconnaissance de l'adoption coutumière autochtone et inuit. Cette adoption devra être confirmée au directeur de l'État civil québécois par une autorité coutumière chargée de s'assurer du respect de la coutume. Dans ce contexte, les Inuit réfléchissent très sérieusement à la possibilité de mettre par écrit les normes coutumières entourant l'adoption afin de s'assurer de leur harmonisation et de leur application cohérente dans toutes les communautés inuit. Ce passage à l'écrit sera également le moment de réfléchir à certains enjeux contemporains (par exemple, le phénomène de plus en plus fréquent des grossesses adolescentes) et des modifications de la coutume que cela a pu entraîner¹⁸³.

Les nations autochtones ayant conclu des ententes d'autonomie gouvernementale avec l'État doivent quant à elles se doter d'une constitution écrite¹⁸⁴. De plus, tous les lois et règlements pris en vertu de l'entente devront être écrits et publiés dans un registre public, seule la version anglaise ayant force de loi¹⁸⁵. En ce qui concerne la reconnaissance du droit coutumier, l'approche choisie varie d'un traité à l'autre¹⁸⁶. Bien que la plupart des traités ne prévoient pas de forme particulière d'énonciation de la coutume, le texte de

¹⁸⁰ Grammond, « Terms of Coexistence », *supra* note 51 à la p. 373.

¹⁸¹ Voir Ghislain Otis, « *Constitutional Recognition of Aboriginal and Treaty Rights : What Impact on Legal Pluralism in Canada?* », *Journal of Legal Pluralism* (à paraître) pour une discussion sur les avantages et les risques liés à la reconnaissance étatique des ordres juridiques autochtones.

¹⁸² Le Nunavik est la région habitée par les Inuit au Nord du Québec.

¹⁸³ Voir notamment Mylène Larivière, « Le régime coutumier de l'adoption des enfants autochtones : l'exemple du droit des Inuits du Nunavik » dans Ghislain Otis (dir), *L'adoption coutumière autochtone et les défis du pluralisme juridique*, Presses de l'université Laval, Québec, 2013, à la p. 19.

¹⁸⁴ Otis, « Constitutional Recognition », *supra* note 181.

¹⁸⁵ *Accord Inuit*, *supra* note 75, partie 17.5 ; *Accord Nisga'a*, *supra* note 74, c. 11, art. 18 ; *Accord Maanulth*, *supra* note 77, art. 13.5.1 ; *Accord Tlichon*, *supra* note 86, art. 7.8.1 ; *Accord Tsawwassen*, *supra* note 77, c. 16 art. 16 ; *Accord Lheidli T'enneh*, *supra* note 74, art. 15 ; *Accord Yale*, *supra* note 74, art. 3.6.1 ; *Accord Tla'amin*, *supra* note 74, c. 15, art. 19.

¹⁸⁶ Voir les Questions 9 et 10 à ce sujet.

l'Accord inuit laisse planer le doute sur l'obligation pour les nations autochtones de mettre par écrit leur droit coutumier. Cette question n'a pas encore été tranchée par les tribunaux, mais il semble souhaitable d'adopter une interprétation pluraliste et téléologique du traité afin de permettre l'application du droit coutumier sans en forcer la mise par écrit¹⁸⁷.

¹⁸⁷ Otis, « Constitutional Recognition », *supra* note 181.

Questions 9 et 10 – La reconnaissance des ordres juridiques autochtones

Questions : *Comment la jurisprudence des cours étatiques contribue-t-elle à la reconnaissance des ordres juridiques autochtones par le droit étatique? Quels sont les progrès ou les blocages de la reconnaissance des droits et des ordres juridiques autochtones?*

Introduction

Bien que le pluralisme juridique soit un état de fait au Canada, la reconnaissance des ordres juridiques autochtones par l'État ne va pas de soi¹⁸⁸. Lors de la colonisation, les systèmes juridiques autochtones et européens ont d'abord coexisté de manière plus ou moins étanche¹⁸⁹. Cependant, au fur et à mesure que la colonisation progressait, la politique de la Couronne en est rapidement devenue une d'assimilation. Les ordres juridiques autochtones ont donc longtemps été niés ou ignorés par le droit officiel. Cela ne les a cependant pas empêchés de continuer à exister sous diverses formes¹⁹⁰. Au cours des dernières années, la pression pour la reconnaissance des normativités autochtones s'est accentuée et cela a mené à différentes expériences de reconnaissance par l'État. Nous présenterons ici trois formes que peut prendre la reconnaissance étatique, soit la reconnaissance légale et constitutionnelle, la reconnaissance conventionnelle et la reconnaissance judiciaire. Lorsque cela est pertinent, nous traiterons également de certains enjeux liés à la reconnaissance, notamment la hiérarchie entre les normes étatiques et autochtones ainsi que les principes d'harmonisation.

A. Reconnaissance légale et constitutionnelle

Dans la Constitution

La Constitution canadienne ne reconnaît pas explicitement la diversité juridique existant au Canada ni le droit des peuples autochtones à appliquer leur propre régime juridique. Selon certains auteurs, les ordres juridiques seraient protégés à titre de droit ancestral par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁹¹. Cependant, cela n'a toutefois pas encore été clairement établi par les tribunaux.

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ Le professeur Grammond indique ainsi que : « Until the middle of the 19th century, the State did not intervene in the internal affairs of the indigenous peoples. They were thought to have their own rules and institutions of self-government. » Grammond, « Terms of Coexistence », *supra* note 44 à la p. 374.

¹⁹⁰ Voir notamment Borrows, *supra* note 36.

¹⁹¹ Grammond, « Terms of Coexistence », *supra* note 51 à la p. 383-384.

Néanmoins, on peut à minimalement inférer de la jurisprudence que l'article 35 doit s'interpréter de manière à reconnaître les ordres juridiques autochtones dans la mesure où ils régulent l'exercice des droits ancestraux ou issus de traités¹⁹². Les tribunaux ont notamment reconnu qu'il revient aux peuples autochtones de décider de la manière dont ils souhaitent réguler l'exercice des droits de pêche et de chasse par leurs membres¹⁹³. On peut résumer la situation ainsi :

Telle qu'interprétée par la Cour suprême, la notion de droit ancestral ne signifie pas que les ordres juridiques hérités des ancêtres précoloniaux sont reçus dans l'ordre étatique en tant que sources formelles du droit actuellement applicable aux autochtones. Le droit ancestral est en effet une catégorie étatique autorisant l'exercice contemporain de pratiques sociales issues de la culture ancestrale des autochtones ou la jouissance de maîtrises foncières, dont les conditions d'existence et les attributs de base sont définis par le droit étatique. Il revient toutefois au groupe autochtone lui-même de réglementer l'exercice par ses membres d'un droit ancestral à l'intérieur des balises définies par le droit étatique. À la faveur de ce processus d'autorégulation résiduelle, le régime normatif communautaire devient la loi applicable aux membres de la collectivité titulaire du droit ancestral.¹⁹⁴

De plus, on peut penser que certaines pratiques relevant de la normativité autochtone seraient protégées constitutionnellement. Ce serait le cas de l'adoption coutumière qui pourrait être reconnue comme un droit ancestral¹⁹⁵. En effet, il s'agit d'une pratique « qui jouait et joue encore un rôle clé dans l'équilibre de la vie familiale et des relations entre les familles autochtones » et par conséquent qui devrait satisfaire les critères établis par les tribunaux afin de déterminer l'existence d'un droit ancestral¹⁹⁶.

Dans la Loi sur les Indiens

Certaines pratiques coutumières autochtones sont également reconnues dans la *Loi sur les Indiens*. Ainsi, depuis 1985, la Loi prévoit que le statut d'Indien peut être transmis aux « enfants adoptés selon la coutume indienne »¹⁹⁷. De plus, le conseil de bande peut être choisi selon la coutume de la bande¹⁹⁸. Par ailleurs, si la *Loi sur les Indiens* reconnaît certains pouvoirs réglementaires aux Conseils de bande, cela n'équivaut pas à la

¹⁹² Voir notamment Otis, « Constitutional Recognition », *supra* note 181. Voir également la Question 1 du présent rapport où nous discutons de la reconnaissance implicite d'un droit à l'autonomie gouvernementale en droit constitutionnel canadien.

¹⁹³ Voir Otis, « Sources », *supra* note 11 aux p. 611-619.

¹⁹⁴ Ghislain Otis, « La place des cultures juridiques et des langues autochtones dans les accords d'autonomie gouvernementale au Canada » (2009) 54 *R.D. McGill*, à la note 28.

¹⁹⁵ Ghislain Otis, « La protection constitutionnelle de la pluralité juridique : le cas de l'adoption coutumière autochtone au Québec » dans Ghislain Otis (dir), *L'adoption coutumière autochtone et les défis du pluralisme juridique*, Presses universitaires de l'Université Laval, Québec, 2013, p. 125.

¹⁹⁶ *Ibid.* à la p. 135.

¹⁹⁷ *Loi sur les Indiens*, *supra* note 5, art. 2(1) « enfant » et art. 6. Voir aussi Baldassi, « Aboriginal Customary Adoption », *supra* note 96 à la p. 87.

¹⁹⁸ *Loi sur les Indien*, *supra* note 5, art. 2(1) « conseil de la bande ».

reconnaissance d'une normativité autochtone exoétatique. Le droit produit par les Conseils de bande en vertu de l'article 81 de la *Loi sur les Indiens* s'arrime « directement à l'appareil législatif et judiciaire de l'État et ne constitue pas à proprement parler un droit autochtone extraétatique »¹⁹⁹. Finalement, il importe de souligner que les pouvoirs règlementaires des conseils de bandes sont limités par l'obligation de se conformer au régime constitutionnel canadien de protection des droits fondamentaux²⁰⁰.

Dans d'autres législations

Les exemples de reconnaissance des ordres juridiques autochtones dans la législation canadienne sont fort peu nombreux. De plus, il ne s'agit jamais d'une reconnaissance complète de la normativité autochtone, mais plutôt de la reconnaissance de certains de ses aspects ou de ses manifestations. Par exemple, certains territoires et provinces du Canada ont modifié leurs lois sur l'adoption afin de permettre la reconnaissance de l'adoption coutumière²⁰¹. Par ailleurs, en 2003, le gouvernement territorial du Nunavut²⁰² a adopté une loi environnementale qui prévoit la prise en compte des valeurs et savoirs traditionnels inuit par les autorités gouvernementales²⁰³.

B. Reconnaissance conventionnelle

La mise en pratique de l'autonomie gouvernementale autochtone nécessite naturellement que soit reconnu aux peuples autochtones le pouvoir de faire du droit. Ainsi, dans les traités modernes aménageant des institutions gouvernementales autonomes, des dispositions précisent les pouvoirs normatifs reconnus à ces dernières²⁰⁴. Ces pouvoirs sont le plus souvent du type législatif conforme au modèle étatique dominant, c'est-à-dire que les gouvernements autochtones ont le droit de prendre des lois, tout en devant respecter des obligations quant à la forme et à la publicité de celles-ci. Cependant, les traités prévoient également la reconnaissance du droit coutumier, quoique l'approche choisie varie d'un traité à l'autre²⁰⁵.

¹⁹⁹ Otis, « Cultures juridiques », *supra* note 194 à la p. 241.

²⁰⁰ Voir notamment *Cockerill c. Première nation No 468 de Fort McMurray*, 2010 CF 337, décision dans laquelle la Cour fédérale du Canada réitère l'obligation pour les conseils de bande de se conformer à la Charte canadienne des droits et libertés lorsqu'ils exercent leurs pouvoirs règlementaires.

²⁰¹ Grammond, « Terms of Coexistence », *supra* note 44, aux p. 378-379.

²⁰² Le Nunavut est un territoire qui a été créé en 2000 suite à une entente d'autonomie gouvernementale entre les Inuit et le gouvernement fédéral.

²⁰³ Grammond, « Terms of Coexistence », *supra* note 44, à la p. 381.

²⁰⁴ Voir généralement Otis, « Cultures juridiques », *supra* note 194.

²⁰⁵ Voir Otis, « Constitutional Recognition », *supra* note 181 pour une discussion détaillée sur cette question.

Ainsi, dans le cas du traité Nisga'a, il est clairement indiqué que la définition de « droit » au sens du traité n'inclut pas le droit coutumier²⁰⁶. Ce dernier n'a donc pas force de loi en vertu du traité, mais la Constitution nisga'a prévoit néanmoins que les instances de gouvernance nisga'a ont l'obligation d'en tenir compte dans l'adoption de leurs lois et règlements²⁰⁷. D'autres traités reconnaissent l'application du droit coutumier dans certains cas particuliers, notamment en matière d'adoption²⁰⁸, de garde d'enfant²⁰⁹ et de succession²¹⁰. De plus, certaines des constitutions autochtones adoptées en vertu des traités prévoient que la coutume doit servir à des fins interprétatives²¹¹ ou encore que les autorités coutumières doivent conseiller les instances législatives autochtones²¹². Finalement, l'*Accord des Inuit du Labrador* va plus loin encore en reconnaissant aux autorités gouvernementales inuit le pouvoir d'appliquer le droit coutumier inuit²¹³.

L'application du droit autochtone élaboré dans le cadre des traités ou reconnu par ceux-ci n'entraîne pas automatiquement la non-application du droit étatique. En effet, les traités reconnaissent le principe général de concurrence des lois faisant en sorte que les lois fédérales et provinciales continuent de s'appliquer aux citoyens des peuples autochtones, malgré l'application du droit autochtone²¹⁴. Les traités prévoient également les règles applicables en cas de conflit entre une loi autochtone et une loi étatique. En vertu de ces règles de conflit, les lois autochtones auront souvent préséance sur les lois étatiques²¹⁵, notamment en matière foncière et de statut personnel.

Par ailleurs, l'exercice des pouvoirs législatifs autochtones en certaines matières est soumis au respect de principes fondamentaux. Par exemple, la plupart des traités exigent que la loi autochtone sur l'adoption ou la tutelle respecte le principe de meilleur intérêt de

²⁰⁶ Voir *Accord Nisga'a*, supra note 74, à la p. 8. Voir également *Constitution of the Nisga'a Nation*, online : <http://nisgaalisims.ca/files/nlg/The_Constitution_of_the_Nisga_a_Nation__October_1998_.pdf>, art. 62.

²⁰⁷ *Constitution of the Nisga'a Nation*, *ibid.* art. 2(2); 27; 32(2).

²⁰⁸ *Accord Maa-nulth*, supra note 77, art. 26.1.1; *Accord Tsawwassen*, supra note 77, c. 21 s. 2.c); *Accord Yale*, supra note 74, art. 25.1.1 d); *Accord Lheidli T'enneh*, supra note 74, c. 3 art. 2.b); *Accord Tla'amin*, supra note 74, c. 22 art. 1 c); *Accord Tlicho*, supra note 86, c. 1), art. 1.1.1, s.v. "Tlicho First Nation", "Tlicho" et "eligible voter".

²⁰⁹ *Accord Maa-nulth*, *ibid.* art. 13.17.1; *Accord Tsawwassen*, *ibid.* c. 16 art. 67; *Accord Yale*, *ibid.* art. 3.15.1; *Accord Lheidli T'enneh*, *ibid.* c. 17 art. 61; *Accord Tla'amin*, *ibid.* c. 15 art. 71, *Accord Tlicho*, *ibid.* art. 7.6.2.

²¹⁰ *Accord Tsawwassen*, *ibid.* c. 14 art. 7.

²¹¹ *Tlicho Constitution*, en ligne : <http://www.tlicho.ca/sites/tlicho/files/tlicho_constitution.pdf>, art. 1.4.

²¹² *Huu-Ay-Aht First Nations Constitution*, supra note 174, art. 2.15-2.17; *Kyuquot-Checlesaht First Nations Constitution*, supra note 174, art. 2.12-2.16.

²¹³ *Accord Inuit*, supra note 75, art. 17.3.4.

²¹⁴ *Accord Inuit*, *ibid.* art. 2.15.1; *Accord Maa-nulth*, supra note 77, art. 1.5.1; *Accord Nisga'a*, supra note 74, c. 2, art. 13; *Accord Tlicho*, supra note 86, art. 2.8.2 et 7.7.1; *Accord Tsawwassen*, supra note 77, c. 2, art. 19; *Accord Lheidli T'enneh*, supra note 74, c. 2, art. 19; *Accord Yale*, supra note 74, art. 2.5.1; *Accord Tla'amin*, supra note 74, c.2, art. 13.

²¹⁵ Voir par exemple, *Accord Nisga'a*, *ibid.* c. 11, art. 99 et 116.

l'enfant²¹⁶. De plus, les traités prévoient l'assujettissement des gouvernements autochtones à la *Charte canadienne des droits et libertés* – ce qui signifie pour ces gouvernements l'obligation de se conformer aux principes de respect des droits fondamentaux inscrits dans la Constitution canadienne²¹⁷.

C. Reconnaissance judiciaire

C'est surtout en matière de statut personnel que les tribunaux étatiques ont reconnu le droit coutumier autochtone. En effet, dès la fin du 19^e siècle, les tribunaux ont reconnu la validité d'adoption ou de mariages coutumiers survenus dans les territoires nordiques éloignés dépourvus d'institutions étatiques facilement accessibles²¹⁸. Cette reconnaissance judiciaire d'actes coutumiers a cependant variée selon les régions et les époques, la pratique des tribunaux à cet égard n'étant pas uniforme. Ainsi, à mesure que les institutions étatiques se faisaient plus présentes sur le territoire, les tribunaux se sont montrés moins enclin à reconnaître les actes coutumiers, jugeant qu'il était possible pour les autochtones de se conformer aux règles étatiques en matière de mariage ou d'adoption²¹⁹.

Cependant, cela ne veut pas dire que les juges aient complètement cessé de reconnaître la validité des actes coutumiers. Dans certaines régions où les autochtones forment une large partie de la population, les juges se montrent généralement plus sensibles à l'égard du fait que la coutume continue de s'appliquer. C'est notamment le cas dans les Territoires du Nord-Ouest, où les juges ont une longue tradition de reconnaissance des adoptions coutumières, mais c'est également vrai au Québec et en Colombie-Britannique²²⁰. Cet activisme judiciaire a parfois été suivi d'une reconnaissance officielle de l'adoption coutumière dans la législation, comme ce fut le cas dans les Territoires-du-Nord-Ouest, en Colombie-Britannique et comme cela semble se dessiner au Québec²²¹.

La reconnaissance de l'adoption coutumière ne se fait pas sans risque de déformation. En effet, lorsque les juges ou le législateur prévoient une telle reconnaissance, ils y accolent également certains principes fondamentaux qui trouvent leur source dans le droit

²¹⁶ Voir *Accord Inuit*, *supra* note 75, art. 17.18.10.a); *Accord Maa-nulth*, *supra* note 77, art. 13.15.4.a); *Accord Nisga'a*, *ibid.* c. 11, art. 96.a); *Accord Tsawwassen*, *supra* note 77, c. 16, art. 57.a); *Accord Lheidli T'enneh*, *supra* note 74, c. 17, art. 54.a); *Accord Yale*, *supra* note 74, art. 3.14.3.a); *Accord Tlicheo*, *supra* note 86, art. 7.4.4 (i); *Accord Tla'amin*, *supra* note 74, c. 15, art. 63.a).

²¹⁷ *Accord Inuit*, *ibid.* art. 2.18.1; *Accord Maa-nulth*, *ibid.* art. 1.3.2; *Accord Nisga'a*, *ibid.* c. 2, art. 9; *Accord Tsawwassen*, *ibid.* c. 2, art. 9; *Accord Lheidli T'enneh*, *ibid.* c. 2, art. 9); *Accord Yale*, *ibid.* art. 2.3.2; *Accord Tlicheo*, *ibid.* art. 2.15.1; *Accord Tla'amin*, *ibid.* c. 2, art. 8.

²¹⁸ Grammond, « Terms of Coexistence », *supra* note 51, à la p. 376.

²¹⁹ *Ibid.* à la p. 377.

²²⁰ Sur la jurisprudence portant sur l'adoption coutumière, voir notamment Baldassi, *supra* note 96, Ghislain Otis (dir), *L'adoption coutumière autochtone et les défis du pluralisme juridique*, Presses universitaires de l'Université Laval, Québec, 2013 et Norman K. Zlotkin, « Judicial Recognition of Aboriginal Customary Law in Canada: Selected Marriage and Adoption Cases » (1984) 4 C.N.L.R. 1.

²²¹ Grammond, « Terms of Coexistence », *supra* note 51, aux p. 378-379.

dominant et qui ne reflètent pas nécessairement la conception autochtone de l'adoption. Ainsi, les institutions étatiques considèrent le plus souvent que la validité de l'adoption dépend de l'obtention du consentement des parents adoptifs et adoptants²²². De plus, l'adoption se doit d'être faite dans le meilleur intérêt de l'enfant. C'est un principe qui fait généralement consensus tant dans les cultures allochtones qu'autochtones. Cependant, la manière dont le principe est appliqué et interprété peut parfois poser problème. Ainsi, les juges refuseront parfois d'accorder une importance aussi grande que le désireraient les communautés autochtones au maintien de l'enfant dans sa communauté et à la préservation de sa culture et de sa langue²²³.

Hors du champ du droit familial, le droit autochtone sera parfois reconnu par les tribunaux comme un fait social ayant un effet juridique en droit étatique. Ainsi, les tribunaux canadiens peuvent utiliser la preuve de régimes fonciers coutumiers comme indicateur d'une occupation ancestrale de la terre au sens du droit étatique²²⁴. Aux yeux des juges, les coutumes autochtones perdent leur statut de droit pour devenir de simples faits juridiques²²⁵.

Conclusion

Les avancées en matière de reconnaissance des ordres juridiques autochtones restent somme toute limitées. En effet, la volonté de reconnaissance ne se manifeste le plus souvent que dans certains champs très spécifiques, tels que le droit familial. Dans le cadre des ententes d'autonomie gouvernementale, la reconnaissance peut être un peu plus large, mais il importe de rappeler que seule une dizaine de Premières nations ont conclu de telles ententes avec l'État.

²²² *Ibid.* à la p. 388. Voir aussi Baldassi, *supra* note 96 et Otis, *Adoption coutumière*, *supra* 195.

²²³ Voir Otis, *Adoption coutumière*, *ibid.* et plus particulièrement le chapitre de Karina Montminy, « La reconnaissance de l'adoption coutumière au Québec : quelle place pour la *Charte des droits et libertés de la personne* ? » pour une discussion détaillée de ces questions.

²²⁴ Otis, « Constitutional Recognition », *supra* note 181.

²²⁵ Voir la Question 1 sur la question des droits ancestraux.

Bibliographie et ressources additionnelles

Articles scientifiques

Cindy L. Baldassi, « The Legal Status of Aboriginal Customary Adoption Across Canada: Comparisons, Contrasts, and Convergences » (2006) 39(1) *UBC Law Review* 63.

Emma Cunliffe et Angela Cameron, « Writing the Circle: Judicially Convened Sentencing Circles and the Textual Organization of Criminal Justice » (2007) 19 *Can. J. Women & L.* 1.

Lajoie, Andrée, Henry Quillinan, Rod Macdonald et Guy Rocher, « Pluralisme juridique à Kahnawake ? » (2009) 39 *Cahiers de Droit* 681.

Ghislain Otis, « Constitutional Recognition of Aboriginal and Treaty Rights: What Impact on Legal Pluralism in Canada? », *Journal of Legal Pluralism* (à paraître).

Ghislain Otis, « La place des cultures juridiques et des langues autochtones dans les accords d'autonomie gouvernementale au Canada » (2009) 54 *R.D. McGill* 237.

Ghislain Otis, « Le titre aborigène : émergence d'une figure nouvelle et durable du foncier autochtone? », (2005) 46:4 *Cahiers de Droit* 795.

Ghislain Otis, « Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones », (1999) 40 *Cahiers de Droit* 591.

Ghislain Otis, « The State and Indigenous Peoples: Colonial Laws as the Living Law of Canada », (à paraître en 2015) 17 *Journal on the History of International Law*.

Ghislain Otis, « Élections, gouvernance traditionnelle et droits fondamentaux chez les peuples autochtones du Canada » (2004) 49 *McGill Law Journal* 393.

Mylène Jaccoud, « L'histoire de l'imposition du processus pénal au Nunavik » (1995) 6 :2 *The Journal of Human Justice* 105.

Mylène Jaccoud, « Les cercles de guérison et les cercles de sentence autochtones au Canada » (1999) 32 :1 *Criminologie* 79.

Sébastien Grammond et Lynne Groulx, « "Finding" Metis Communities », (2012) 32.1 *The Canadian Journal of Native Studies* 33.

Chapitres d'ouvrages

Jim Aldridge, « The Nisga'a Treaty : Reflections after the First Ten Years » dans Ghislain Otis et Martin Papillon (dir), *Fédéralisme et gouvernance autochtone*, Presses de l'Université Laval, Québec, 2013, à la p. 159.

Mylène Larivière, « Le régime coutumier de l'adoption des enfants autochtones : l'exemple du droit des Inuits du Nunavik » dans Ghislain Otis (dir), *L'adoption coutumière autochtone et les défis du pluralisme juridique*, Presses de l'université Laval, Québec, 2013, p. 7.

Ghislain Otis, « La protection constitutionnelle de la pluralité juridique : le cas de l'adoption coutumière autochtone au Québec » dans Ghislain Otis (dir), *L'adoption coutumière autochtone et les défis du pluralisme juridique*, Presses universitaires de l'Université Laval, Québec, 2013, p. 125.

Ghislain Otis, « Le traité autochtone postcolonial au Canada : la légitimation du pouvoir par le pluralisme juridique négocié » dans Séverine Bellina (dir), *La légitimité du pouvoir politique en pratiques. Guide interdisciplinaire à l'usage des praticiens*. Éditions Karthala, Paris, (à paraître en 2014).

Ouvrages de référence

Jean-Maurice Arbour et Geneviève Parent, *Droit international public*, 5^e édition, Yvon Blais, Cowansville, 2006.

John Borrows, *Canada's Indigenous constitution*, University of Toronto Press, Toronto, 2010.

Sébastien Grammond, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruylant-Yvon Blais, Bruxelles, 2003.

Sébastien Grammond, *Terms of Coexistence. Indigenous Peoples and Canadian Law*, Carswell, Toronto, 2013.

Shin Imai, *The 2013 Annotated Indian Act and Aboriginal Constitutional Provisions*, Carswell, Toronto, 2013.

Ghislain Otis (dir), *L'adoption coutumière autochtone et les défis du pluralisme juridique*, Presses de l'université Laval, Québec, 2013.

Ghislain Otis et Martin Papillon (dir), *Fédéralisme et gouvernance autochtone*, Presses de l'Université Laval, Québec, 2013.

James Youngblood Henderson, *First Nations Jurisprudence and Aboriginal Rights. Defining the Just Society*, Saskatoon, Native Law Center University of Saskatchewan, 2006.

Législation

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.U.).

Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11.

Loi sur l'autonomie gouvernementale de la bande indienne sechelte, L.C. 1986, ch. 27, art. 4.

Loi sur les élections au sein de premières nations, L.C. 2014, ch. 5, sanctionnée 2014-04-11.

Loi sur les Indiens, LR C 1985, c I-5.

Règlement sur les permis de pêche communautaires des Autochtones, DORS/93-332.

Règlement sur les réserves de castor, chapitre C-61.1, r. 28, art. 3.

Jurisprudence

Acadia First Nation v. Canada, 2013 NSSC 284.

Adoption – 09201, 2009 QCCA 1583.

Adoption – 1212, 2012 QCCQ 2873.

Calder et al. c. Procureur Général de la Colombie-Britannique, 1973 RCS 313.

Cameron v. Albrich, 2011 BCSC 549.

Canada c. Daniels, 2014 CAF 101.

Chippewas of Sarnia Band v. Canada (Attorney General) [2000] O.J. No. 4804, 2000 CanLII 16991 (ON CA).

Commission canadienne des droits de la personne c. Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières nations du Canada, 2012 CF 445.

Daniels c. Canada, 2013 CF 6

Delgamuukw c. Colombie-Britannique, 1997 3 RCS 1010.

Inglis v. British Columbia, 2013 BCSC 2309.

Laboucan c. La Reine, 2013 CCI 357.

Matson c. Affaires indiennes et du Nord Canada, 2013 TCDP 13.

Ministre du Revenu c. Mitchell, 2001 CSC 33.

Mississaugas of Scugog Island First Nation v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW-Canada), Local 444, 2007 ONCA 814.

Nation haïda c. Colombie- Britannique (Ministre des Forêts), 2004 CSC 73.

Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique, 2014 SCC44.

Native Council of Nova Scotia c. Canada, 2011 CF 72.

Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien), 2005 3 RCS 388.

Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles), 2014 RCS 48.

Première Nation de Stoney c. Canada, 2013 CF 983.

Première Nation des Hupacasath c. Canada, 2013 CF 900.

R. c. Powley, 2003 CSC 43, [2003] 2 RCS 207.

R. c. Sparrow, 1990, 1 R.C.S. 1075.

R. c. Van der Peet, 1996, 2 R.C.S. 507.

Reference whether "Indians" includes "Eskimo" [1939] SCR 104, en ligne : <<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/8531/index.do>>.

Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650.

Ross River Dena Council Band v. Canada, 2002 SCC 54.

Sackaney c. La Reine, 2013 CCI 303.

Simon c. Canada, 2013 CF 1117.

White Bear First Nations c. Saskatchewan, 2009 SKQB 151.

Traités

Accord entre Sa Majesté la Reine du chef du Canada et la Première nation de Westbank, en ligne : < <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100031766/1100100031768#chp10> > (entrée en vigueur : 6 mai 2004, *Loi portant mise en vigueur de l'Accord d'autonomie gouvernementale de la première nation de Westbank*, L.C. 2004, ch. 17).

Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador, en ligne : Affaires autochtones et Développement du Nord Canada < <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1293647179208/1293647660333> > (entrée en vigueur : 1er décembre 2005, *Loi sur l'accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, L.C. 2005, c. 27).

Accord sur les revendications territoriales et l'autonomie gouvernementale du Peuple tlicho, 25 août 2003, en ligne : Affaires autochtones et Développement du Nord Canada < <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1292948193972/1292948598544> > (entrée en vigueur : 4 août 2005, *Loi sur les revendications territoriales et l'autonomie gouvernementale du peuple tlicho*, L.C. 2005, c. 1).

Accord définitif de la Première Nation de Tsawwassen, en ligne : Affaires autochtones et Développement du Nord Canada < <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100022581/1100100022591>> (entrée en vigueur : 3 avril 2009, *Loi sur l'accord définitif concernant la Première Nation de Tsawwassen*, L.C. 2008, ch. 32).

Accord définitif de la Première nation Lheidli T'enneh, 29 octobre 2006, en ligne : Affaires autochtones et Développement du Nord Canada < <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100022555/1100100022557>>.

Accord définitif de la Première Nation de Yale, en ligne : Affaires autochtones et Développement du Nord Canada < <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1336657835560/1336658472497> > (*Loi sur l'accord définitif concernant la Première Nation de Yale*, L.C. 2013, ch. 25).

Accord définitif Tla'amin, en ligne : Aboriginal Relations and Reconciliation, British Columbia Government < http://www.gov.bc.ca/arr/firstnation/sliammon/download/tliammon_final_agreement_2011.pdf >.

Accord définitif nisga'a, (27 avril 1999), en ligne : Affaires autochtones et Développement du Nord Canada < <http://www.nkn.ca/files/u28/nis-eng.pdf> > (entrée en vigueur : 11 mai 2000, *Loi sur l'Accord définitif nisga'a*, L.C. 2000, c. 7).

Accord définitif des Premières Nations Maa-nulthes, 9 avril 2009, en ligne : Affaires autochtones et Développement du Nord Canada < <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100022581/1100100022591>> (entrée en vigueur : 1er avril 2011, *Loi sur l'accord définitif concernant les premières nations maanulthes*, L.C. 2009, ch. 18).

Convention de la Baie James et du Nord québécois, en ligne : <<http://www3.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/produits/conventions/lois/loi.fr.html>> (entrée en vigueur : 20 juin 1985, *Loi approuvant la convention de la Baie James et du Nord Québécois*, RLRQ c C-67).

Constitutions autochtones

Huu-Ay-Aht First Nations Constitution, 2007, en ligne : < http://www.maanulth.ca/downloads/Constitution_Huu-ay-aht.pdf >.

Kyuoquot-Checlesaht First Nations Constitution, en ligne : < http://www.maanulth.ca/downloads/Constitution_Kyuoquot_Checlesaht.pdf >.

Labrador Inuit Constitution, online : < <http://nunatsiavut.com/images/stories/depts/assembly/labrador%20inuit%20constitution.pdf> >.

Tlicho Constitution, en ligne : < http://www.tlicho.ca/sites/tlicho/files/tlicho_constitution.pdf >.

Tsawwassen First Nation Constitution Act, 2009, en ligne : < <http://www.tsawwassenfirstnation.com/tfnlaws/laws/CONSTITUTION%20ACT.pdf> >.

Sites web

Affaires autochtones et Développement du Nord Canada, *Énoncé du Canada appuyant la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 12 novembre 2010, en ligne : <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1309374239861/1309374546142>.

Affaires Autochtones et Développement du Nord Canada, *Financement des conseils tribaux*, en ligne : < <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100013812/1100100013813> >.

Affaires Autochtones et Développement du Nord Canada, *Gouvernance*, en ligne : < <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100013803/1100100013807> >.

Affaires autochtones et Développement du Nord Canada, *L'établissement des traités au Canada*, en ligne : < <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100028574/1100100028578> >.

Affaires Autochtones et Développement du Nord Canada, *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*, en ligne : < <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100031843/1100100031844> >.

Affaires Autochtones et Développement du Nord Canada, *Loi sur les élections au sein des premières nations*, en ligne : < <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1323195944486/1323196005595> >.

Affaires Autochtones et Développement du Nord Canada, *Politique du programme de Financement de soutien des bandes*, en ligne : < <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100013828/1100100013833> >.

Affaires Autochtones et Développement du Nord Canada, *Politique sur les revendications particulières et Guide sur le processus de règlement*, < <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100030501/1100100030506>>.

Affaires Autochtones et Développement du Nord Canada, *Programme de soutien aux gouvernements indiens*, en ligne : < <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100013809/1100100013810>>.

Affaires autochtones et Développement du Nord Canada, *Régime de gestion des terres des Premières Nations*, en ligne : <<https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1327090675492/1327090738973>>.

Affaires Autochtones et Développement du Nord Canada, *Revendications globales*, en ligne : < <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100030577/1100100030578>>.

Affaires Autochtones et Développement du Nord Canada, *Revendications particulières*, en ligne : <<https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100030291/1100100030292>>.

Affaires Autochtones et Développement du Nord Canada, *Terres*, en ligne : <<https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100034731/1100100034735>>.

Affaires Autochtones et du Nord Canada, *Règlement des revendications des Autochtones — Un guide pratique de l'expérience canadienne*, en ligne : < <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100014174/1100100014179#proselterr>>.

Affaires Autochtones et du Nord Canada, *Revendications particulières visant des terres*, en ligne : < <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100030342/1100100030343>>.

Algonquin Anishinabeg Nation Tribal Council – Conseil tribal de la Nation Algonquienne Anishinabeg, en ligne : < http://www.anishinabenation.ca/fr/home_fr.htm>.

Autochtones et Développement du Nord Canada, *Note d'information générale sur les revendications globales*, en ligne : < <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1373385502190/1373385561540>>.

Barreau du Québec, *La justice traditionnelle autochtone inspire de nouveaux modèles*, en ligne : < <http://www.barreau.qc.ca/pdf/journal/vol35/no4/cercles.html>>.

BC Treaty Commission, *Land and Resources*, en ligne : <http://www.bctreaty.net/files/issues_landres.php>.

Labrador and Aboriginal Affairs Office, *Highlights*, en ligne : <http://www.laa.gov.nl.ca/laa/land_claims/highlights.html#lands>.

Ontario, *Revendication territoriale des Algonquins*, en ligne : <<http://www.ontario.ca/fr/autochtones/revendication-territoriale-des-algonquins>>.

Pêches et Océans Canada, *Permis de pêches communautaires*, en ligne : <<http://www.pac.dfo-mpo.gc.ca/abor-autoc/licences-permis-fra.html>>.

Rapports

Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, Ottawa, 1996, (présidents : René Dussault et Georges Erasmus), en ligne : <<http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1307458586498/1307458751962>>.

Hadley Friedland, « BA Accessing Justice and Reconciliation Project: Final Report », Indigenous Law Research Unit, University of Victoria, 4 février 2014.