

7100-4.1

Final
edited
09/09/94

**Aboriginal Citizenship and Federalism:
Exploring Non-Territorial Models**

by David J. Elkins
Department of Political Science
University of British Columbia

Paper prepared as part of the
Research Program of the
Royal Commission
on Aboriginal Peoples

September 1994

Table of Contents

Executive Summary	iii
Community versus Communities	3
Elements of a New Political Culture	9
Caveats	11
Territoriality and Sovereignty	13
Territory and Aboriginal Peoples	17
Non-Territorial Forms of Pluralism	19
Non-Territorial Federalism	21
Aboriginal Peoples Province	28
Pros and Cons	31
Violating Assumptions About Territoriality	35
Jurisdictions and Administration	42
Delivery of Services in Aboriginal Peoples Province	46
The Value of Shared Jurisdictions	48
Differences and Equality	52
Exit, Voice, and Loyalty	56
Avoiding All-or-Nothing Thinking	61
Recommendations	65
Notes	67

Executive Summary

This paper has been motivated by a concern about the ways in which thinking about any topic can become hostage to habit. Even (maybe particularly) for experts on a topic, assumptions and frameworks can be taken for granted, and fresh approaches may not be evaluated because they are not even considered. Thus, I have endeavoured to question presuppositions and to offer a framework of analysis that steps outside our customary views of Canada and of possible vehicles for Aboriginal self-government. The purpose of such reconsiderations ultimately aims at a richer conception of Aboriginal citizenship and, with any luck, a more meaningful Canadian citizenship as well. The following recommendations, therefore, remind the reader of challenges to existing concepts or preconceptions; they may be less useful as hard-and-fast policy prescriptions.

1. Before anything else, one must recognize that public opinion and government policies have already changed in important ways that open up new possibilities that were politically unfeasible even a few years ago.
2. Federalism still provides a useful framework, and more so than consociationalism or corporatism, because of the peculiarly Canadian historical evolution of provincial powers; both orders of government (federal and provincial) are sovereign within their heads of jurisdiction.
3. Although a third order of government should be the goal for Aboriginal people in Canada, much can be learned from a provincial model, since we understand provinces through long historical experience. This is especially true when we recall that provinces have significant domains of sovereignty and have evolved a great deal since Confederation and even in recent years.
4. In assessing a provincial model for a third order of government, one must grapple with the undeniable fact that this political unit will be *non-territorial* in several senses. Much of the paper therefore dwells on how one can administer programs and deliver services non-territorially and extra-territorially.

5. Assumptions about the importance of exclusive, contiguous, and continuous territory have come under question after about three centuries of unquestioned hegemony. This profound challenge to the system of territorial nation-states will probably allow greater scope for traditional Aboriginal concepts of land use, governance, and culture. Not all traditional customs have survived or can be reconstructed, but wherever possible, they should be taken into account.
6. Aboriginal people should decide for themselves what form of self-government is best without presuming that Canadian (or 'European') assumptions will provide the framework; for example, a different balance between individual and collective rights should be possible.
7. Aboriginal people should decide for themselves who is or will be an Aboriginal person, just as Canadians have been able to decide who is or will be a Canadian.
8. An Aboriginal Charter of Rights and Freedoms should be drafted and approved by Aboriginal people; until agreement on the new Charter, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (as limited by its own section 25) should continue to apply, as should section 33.
9. The portability of treaty rights should be encouraged, facilitated, and respected.
10. In negotiating a set of powers or jurisdictions for the third order, one should endeavour to reconsider the way Canadians have traditionally done this. In particular, the Royal Commission should question the value of efforts to delineate exclusive powers for each order of government and consider the usefulness of increasing the number of concurrent powers, even if some units (such as the less affluent existing provinces) may choose not to exercise many of the newly available powers.
11. Finally, and perhaps the central premise of this paper, one should question whether rights entrenched in the Constitution provide a substantial basis for Aboriginal citizenship; instead Aboriginal citizenship should be an integral part of one or more governments (with substantial and appropriate powers) whose legitimacy rests on an Aboriginal majority. Aboriginal in this instance, as well as in recommendations 6 and 7 above, should be understood as a complex mix of features, as the Royal Commission has already asserted, and not as a purely or primarily racial or genetic category.

**Aboriginal Citizenship and Federalism:
Exploring Non-Territorial Models**

by David J. Elkins
Department of Political Science
University of British Columbia

Citizenship is an inherently exclusionary concept. Its content, meaning, and significance depend on the nature of the political entity in which it is embodied. It excludes those who are not part of that political entity, and its meaning must evolve as that political entity changes. A citizen of Periclean Athens did not bear the same status as a citizen of Canada today, and it seems likely that Canadian citizenship a century from now will be different from ours today just as ours has distinct features compared to a century ago. By the same logic, Aboriginal citizenship can be comprehended only within the ambit of the several political entities (Canada, province or territory, Aboriginal nation, etc.) in which it finds expression. It may thereby be less exclusionary than citizenships defined in only one political unit, but there must still be non-citizens, even if non-Aboriginal people in Canada may also share a broad Canadian citizenship with Aboriginal people.

This report argues therefore that Aboriginal citizenship will not be identical to Canadian citizenship even if a third order of government for Aboriginal people comes to exist within the Canadian purview. To use a phrase from an earlier context, Aboriginal citizenship will represent a form of "citizens plus".¹ By grappling with what Aboriginal citizenship might look like in the near future, we may also learn something about new dimensions of Canadian citizenship in the twenty-first century.² After all, Canada has for over a century experienced competing visions of how nationality may be reconciled with citizenship, and in particular whether provincial rights may be reconciled with individual equality. Heretofore these debates (or solitudes) have concerned mainly English and French, that is, the European founders of Canada. Now as a new rhythm gains voice and resonance, the debate becomes more complicated even if the dilemmas sound familiar.

How much personal or group autonomy must one give up in order to be accepted as a member of any particular political community? The answer can be found, among other ways, by examining the values embodied in the community's concept of citizenship. These values may be written down — as in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and elsewhere — or they may be inferred from practice and from the unwritten assumptions in the political culture. An example should help to clarify the point.

In the feudal world in Europe, fealty and protection encapsulated certain implicit values and assumptions. Individuals not in the same family were connected vertically by certain kinds of ties to a common lord of the manor. These lords were linked by vassalage to higher lords and they in turn to a prince or king. Some people might characterize these values by saying that individuals were subjects rather than citizens, but that would imply a degree of common status and uniformity of membership that the facts belied. The vertical linkages took so many specific forms and depended so much on local circumstances that one hesitates to lump together peasants, artisans, lords, clerics, city-based merchants, and princes into any single category. Rather than horizontal links among individuals, which we now take for granted as part of citizenship, there were social and religious barriers between groups and statuses, and dependence of lower on higher statuses.

With the hegemony of the territorial state after the mid-seventeenth century, one could speak meaningfully of 'subjects'.³ Absolute monarchs and their courts *were* the state, and a long period ensued in which people subject to a monarch struggled to gain uniform rights or privileges, even if these were different in other monarchies. The American and French revolutions marked the point at which 'citizens' replaced 'subjects', even though women were not full citizens with the right to vote and even though two centuries later a majority of humans worldwide are probably still closer to being subjects than citizens.⁴ But legally or officially in most nation-states today, citizenship now involves uniformity and equality, and it implies horizontal linkages among people.⁵ These horizontal ties derive from common status as voters, taxpayers, bearers of rights, and the like.

The world stands at the cusp of a new development in the understanding of citizenship. Citizenship will, it appears, broaden in a global sense while becoming more focused in our identities. The implicit equation of citizenship with status as members of a

territorial nation-state will increasingly give way to growing obligations implicit in our belief in *human* rights regardless of national citizenship.⁶ The Charter may define Canadian rights and freedoms, but our greater awareness of the suppression of rights of global neighbours reminds us that the horizontal linkages of human rights need not and should not end at national borders. In this way, citizenship takes on a wider meaning. Just as there is no sharp line between dialects of a language and separate languages, and no definitive line between cultures and sub-cultures, so in my view there need not be a dichotomy between citizenship (in a nation-state) and membership in other salient groups.

Some people feel empathy with all humans, but few of us have that capacity. Instead our awareness of abuses elsewhere most often involves people who share common features with us. Some features are visible and others are not. Thus, one may point to a host of personal or group characteristics that now serve as transnational bonds: gender, race, class, ideology, sexual orientation, disabilities or 'challenges', and, of course, aboriginality. As our purview broadens to a global scale, our focus often narrows to a single feature or set of features of our identity. If citizenship has come to define those who recognize each other as worthy of concern, that concern may now be more narrowly focused but transnational or global. Lest the reader conclude that my analysis devalues citizenship by stretching it to cover a wider range of solidarities, recall that the term will be applied to associations that are in process of becoming more numerous, important, salient, and visible.

Community versus Communities

Citizenship entails community. One person alone cannot create or sustain citizenship. Traditionally we reserve the word 'citizenship' for all-inclusive territorial communities.⁷ For other types of associations we use other words like member, user, stakeholder, partner, or beneficiary. So long as we all understand the conventions, these usages will do. But many non-territorial communities deserve the concept of citizenship because they are increasingly important to us; and as the historical conditions sustaining territorial nation-states have evolved and weakened, their exclusive claim to citizenship is less compelling.⁸

Whatever else we may learn by relaxing our assumptions about territoriality and exploring new concepts of community, it should be obvious that these entail broadening our

understanding of citizenship. Where can I live and still be a citizen of here? Of what community can I be a citizen without giving up too much of here? What do I have to give up in order to be accorded the status of citizen? If readers feel uncomfortable with stretching the concept of citizenship as I do here, they may substitute other terms. But I believe we should change our words to reflect the changes we experience and those that we hope to bring about. Whether or not we use any particular terminology, the establishment of a non-territorial province or third order of government will result in the evolution of our understanding of citizenship for Aboriginal people and probably for all Canadians.

Citizenship is the right word, I argue, because of the moral force it conveys. In its national meaning, it has connotations appropriate to the new non-territorial communities gaining in significance, whether Aboriginal, economic, or interest-based. Citizenship goes beyond membership because it involves a sense of commitment, of being engaged by the actions related to that community. It is a concept that takes us beyond individualism, self-interest, and self-centredness, and thus it is inherently related to concepts of community.⁹

Unlike citizenship in a world of exclusive territorial nation-states, the new concept of citizenship does not limit itself to a single overarching community but may be shared and may rest on multiple loyalties and identities.¹⁰ The communities that engage us and provide our citizenship remind us that there are other people who share our concerns, other people to whom we are linked by mutual obligations, other people who have a right to call us to account — only citizens have these rights and duties. This has not always been the case. In earlier ages people were called to account by the pope or his bishops and later by kings who embodied the state; in such cases people were at best subjects rather than citizens.

Citizenship has come to signify rights and privileges, duties and responsibilities in a political community. It encompasses how one may gain or lose the status of citizen, what opportunities or liabilities follow from the status, and whether other loyalties or identities can co-exist as equals or will be subsumed by it. A good part of our concept of citizenship derives from the same set of historical circumstances that engendered the modern nation-state and the concept of individualism. As territorial units bundled together the varied and competing political forms into an all-purpose, sovereign entity, they blurred the distinctions of estates, cities, statuses, roles, and fealty.¹¹ Rights and duties, and thus citizenship, were

divorced from offices or roles and attached to the personality of the incumbent. As bearers of rights, individuals gained in significance and became equal in crucial respects. Hence, they became invested with citizenship rather than being simply subjects or vassals or lords.

In Roman times and throughout most of the medieval period in Europe, laws were 'personal' rather than territorial. That meant that a political group's laws did not apply to members of other groups, even if they lived among the group.¹² The criminal law became local and territorial fairly early, as it was felt that individual personal law should not interfere with public law, of which the criminal law was a supreme example. Eventually almost all laws became local and territorial in this sense. This process was cause and consequence of the creation of territorial states and accompanied national integration. In relaxing the assumptions about territoriality and developing various non-territorial forms of political organization and citizenship, we are indirectly recreating conditions of the first millennium of the Christian era and perhaps also of 'tribal' law in other parts of the world.¹³ Of course, conditions are quite different today because of travel, commerce, and communication on a global scale; but it is salutary to recall that non-territorial political and legal systems have existed and functioned for hundreds if not thousands of years. Our territorial model and its related concept of citizenship are the latecomers and probably a passing phase, however dominant they may seem.

Citizenship in our modern sense of national rootedness and civic rights and duties has never been unchallenged. There have always been some people who felt that duties as 'citizens of the world' could compete with, be balanced by, or override duties as citizens of a nation. Obversely, the growth over the past two centuries of the concept of individual *human* rights has limited citizen subservience to the nation and its state. More recently still, as Canadians are learning, sharing rights can serve as a potent basis for a sense of common citizenship.¹⁴

Yet the growth of supra-national loyalties and the legitimation of individual or human rights have obscured a once powerful strand of community and citizenship. Formerly, corporate or collective rights of several types co-existed. Cities had rights and autonomy, and their citizens partook of those rights and autonomy not as individuals but by the act of residing for a period in the city. Likewise, for centuries, the Church, convents, monasteries,

and holy orders were communities that did not answer to an overarching non-religious political authority, as they came to do when the state gained its pre-eminence. In short, there existed many types of citizenship based on several types of community. Perhaps we find ourselves coming full circle to multiple citizenships, albeit integral to quite different kinds of communities.

However different city-states, religious orders, or medieval guilds may seem to our modern sensibility, they constituted self-chosen, self-governing, and self-enhancing communities. They did not grow out of an aggrandizement of other forms of authority, nor did they endeavour — as modern nation-states have done — to be all-purpose, sovereign, and unchallenged. Thus, in startling ways, new or resurgent non-territorial communities offer parallels to earlier communities that also guarded as best they could their rights as autonomous entities. Pre-modern communities, modern nations, and the future non-territorial communities share the goal of harbouring, protecting, and fostering ways of life. However individualistic modern people have become, we still seek and welcome communities to sustain us, as did our ancestors. But just as nation-states supplanted or submerged those earlier communities, so our unbundled communities represent a stage beyond nations. And so our concept of citizenship will evolve too.

By forgetting earlier forms of community that sustained particular concepts of citizenship, we have also lost the sense that neither community nor citizenship need be zero-sum. Indeed we are so thoroughly imbued with territoriality and national citizenship, we have overlooked the historical nature of the idea of nation-state. We have forgotten that it is not the only true embodiment of citizenship. Thus, to posit as I will a non-territorial province or third order as the basis of Aboriginal citizenship does not automatically subordinate it to Canadian citizenship. The idea of the nation-state was invented and grew to dominance as our assumptions about territoriality became hegemonic on a world scale through imperialism and settlement. Conditions have changed, and nation-states now share the stage with political units larger and smaller than themselves. They will increasingly share the stage with non-territorial political frameworks as well.

Within the borders of Canada co-exist Canadian nationalism, Quebec nationalism, and an incipient Aboriginal nationalism. Their symbiotic existence underlines the arbitrary nature

of our notions of exclusive communities and all-encompassing citizenship. Former prime minister Pierre Trudeau used to taunt advocates of provincial autonomy by asking if they were British Columbians first or Canadians first, Quebecers first or Canadians first. This question posed then, as it does now, a false dilemma. One does not have to choose one identity and discard the other, and one is not required to embrace one community to the exclusion of another more encompassing community.

Fifteenth-century Europeans would have been puzzled and fearful if told that each individual must choose only one community — sovereign above all others — to which loyalty would be owed and that would define their citizenship. And yet by the end of the seventeenth century, that was taken for granted by most people. Perhaps it is just as hard for us today to give up that singularity. It is challenging to our habits of mind and heart to learn to think of citizenship as residing in several independent communities. Our puzzlement is the mirror-image of those Europeans before contact with the New World. Our fear of multiple citizenships as threatening to national order and stability is the obverse of their fear of a sovereign territorial state as unbalanced and as threatening to the order and stability so familiar to them.

With individualism and an ever-widening concept of rights have come new and muscular identities. Some are ancient but have been eclipsed or put in the shadows; others have been 'constructed' in our time as nations were constructed in an earlier time. Examples of enhanced identities that draw their new or renewed strength from the language of rights include Aboriginal people, women, gays and lesbians, people with disabilities, and ethnicity.¹⁵ The question posed by Trudeau about whether provincial or national identity came first can no longer seem so simple, if it ever was, when one factors in these emergent identities and the communities they represent. For many people, and probably almost all Aboriginal people, the political (social) groupings called Aboriginal nations seem 'natural' compared to the historically contrived provinces or Canada itself. This perception reflects the lack of historical knowledge of how Aboriginal groups were formed and evolved over several millennia. Particularly in light of post-contact developments, we should not endow 'native' political units with eternal significance. (I use 'native' here to emphasize that 'Aboriginal' is a post-contact term.) Instead we should endeavour to create flexible political units that

Aboriginal people may use as they see fit to construct their own meaningful communities and identities.

The psychological space of citizens in many — although not all — countries has become conditional as it has expanded and contracted. It has expanded by witnessing the legitimization of many identities that were once very private — family, sexual identity or orientation, and physical disability. These are now ‘public’ identities fostered by the rhetoric of rights and freedoms. The psychological space has, however, contracted to the degree that many people view these once private identities as more central to their well-being; they are unwilling to stay in the closet. The privatization of identities parallels their more public display. As identities and loyalties become more varied and distinct, the concept of citizenship unbundles. A person’s identity is conditioned more and more by what aspect of identity is activated or threatened by public events — and not just events ‘at home’ in one’s country or locale.

Territorial states can defend and act on behalf of some interests and identities. They cannot be champions of these new or resurgent identities, which have no territoriality. Different communities are even now gaining strength and security relative to the waning hegemony of territorial nations.¹⁶ One type of these vibrant and diverse communities consists of Aboriginal people living in Canada. Perhaps someday all such non-territorial communities can co-exist without the constraints of overarching territorial nation-states. Until that distant day, however, Aboriginal people need a government that can share power with — and resist — the territorial governments that have so far served non-Aboriginal interests. My proposal for Aboriginal Peoples Province has been made in that spirit. There are many ways to achieve dignity and self-government, but I believe that a third order of government modelled in part on provincial status (or several provinces confederated as a third order) affords the most practical, defensible, and attainable alternatives in the present context.

Although later sections spell out my proposal in detail, let me outline a few key features to guide the reader through a very abbreviated analysis of complex topics. Majoritarian governments do not protect minorities with distinctive ways of life, although the Charter has gone a small way in overcoming this defect. Hence, one may postulate that Aboriginal people in Canada cannot protect their cultures and languages unless they control

one or more governments where they constitute the majority. To advance beyond this vague generality, I suggest that the Royal Commission urge the establishment of a third order of government for Aboriginal peoples, with extensive sovereign powers. To help see how this can be done 'within Canada', I use the device of a province (or several provinces) for Aboriginal people. These will need to be non-territorial in a specific sense explained below. This feature and some general problems already evident in federal-provincial relations will lead to modifications in the concept of 'province'; some readers will feel at the end that what I propose is not really a provincial model. That conclusion is plausible, and I will return to the issue near the end of this paper.

'Within Canada' needs some justification beyond the practical point that the overwhelming majority of Canadians would probably insist on it. My reasoning runs like this. Several United Nations declarations assert the rights of "peoples" to self-determination. This looks promising because Aboriginal peoples — or traditional groupings within that new category — seem to satisfy the criteria for status as peoples. This right of peoples, however, seems to be trumped in these documents by the stipulation to respect the territorial integrity of existing member nations (or states, actually). Hence, I start from the assumption that some form of non-territorial sovereignty 'within Canada' will accomplish more than self-determination did for colonies after World War II, even if it may not accomplish everything that Aboriginal people seek.

Elements of a New Political Culture

The postulates and assumptions that Canadians have taken for granted seem to have shifted recently, and new elements of the political culture are taking root. Some of these appear to be part of a global change in tectonic assumptions about political authority generally. In particular, the territorial nation-state — after two or three centuries as the hegemonic framework for politics — has been challenged in several ways. There are more and more supra-national organizations, such as the European Community, the North American Free Trade Area, GATT, the World Bank, and many others. Sub-national forces also compete with nations for the loyalties and energies of citizens, whether they involve separatist movements, ethnic cleansing, regional grievances, or urban-rural conflict. I will return to these global

changes below, because they raise questions about territory and sovereignty that are especially pertinent for the analysis of Aboriginal self-government.

More specific to Canada and to Aboriginal people in Canada are a series of assumptions, now fairly widely shared, that were once unthinkable. Of course, not everyone shares these assumptions, in the sense of consciously affirming them; but many people do, and some of them have been entrenched in the Constitution or embodied in government policies. I will not at this point do more than list these assumptions, as they are largely self-explanatory, especially for readers of a report about Aboriginal citizenship.

1. Assimilation of Indians was the goal of federal Indian policy for about a century, but that goal has now been completely abandoned. Special status has replaced it. Some readers will feel more comfortable with saying that assimilation has been replaced with a policy of pluralism. That may be one interpretation, but I prefer to follow Doug Sanders (see below) and be provocative. As I note near the end of this paper, phrases like 'special status' could be rehabilitated in Canada in a way that may be impossible in the United States.
2. Inuit were included in the category 'Indian' by judicial decision, and Métis may have been added to federal responsibilities as a result of the definition of Aboriginal in section 35(2) of the *Constitution Act, 1982*, although this is contested. Thus, there is a new legal term (Aboriginal) that, for at least some purposes, supplements or even supersedes the categories Indian, Inuit, and Métis.
3. Section 35 also affirms the existence of special rights for Aboriginal people, although without spelling them out. These may include an inherent right to self-government. Even if that were disputed, the Charlottetown Accord in 1992 revealed that all major governments in Canada had accepted the concept, and public opinion has since then been predominantly favourable to that inherent right.
4. At least since the constitutional negotiations in 1981, resulting in modifications of the *Constitution Act, 1982*, one has had to assume that constitutional change needs input from Aboriginal people and groups. Meech Lake's defeat proves that by the failure of its obverse.

5. More specifically, constitutional negotiations in the Charlottetown round saw four Aboriginal organizations treated as equals with the eleven senior governments, the territories, and their first ministers. Future meetings may or may not consist of the same four organizations, but it seems extremely unlikely that such gatherings could regress back to earlier situations where Aboriginal people were not participants, at least on issues affecting them directly or indirectly.

Caveats

In order to clarify what I hope to accomplish, it is necessary to indicate what cannot be considered. I will now mention several topics that deserve lengthy attention, but to treat them here would pre-empt the focus on the meaning of Aboriginal citizenship when decoupled from assumptions about territory and territorial nation-states.

First, I will examine Aboriginal citizenship within Canada. I will not investigate what forms of citizenship may have existed before 1492 or what forms could be developed if Aboriginal groups in the future were 'sealed off' from Canada. The positive responses from many people - Aboriginal or not - to the proposal for a third order of government in the Charlottetown Accord suggest that 'within Canada' is a widely shared reality, although several treaty nations reject it as not sufficient. Of course, the precise meaning of 'within Canada' remains unclear, and the resolution of that ambiguity will affect the applicability of my proposals in this report. One must start somewhere, and one cannot avoid some assumptions in order to have any focus at all.

Second, I will assume that some version of a charter of rights and freedoms will apply to this third order (or whatever it is called). It seems doubtful that all Aboriginal groups will accept the Canadian Charter in its entirety, nor need they do so, since section 25 already implies that some parts of the Charter must be interpreted so as not to derogate from Aboriginal rights.¹⁷ Whether these revisions will involve different scope for the notwithstanding clause (section 33) or some ways to take fuller account of communitarian forms of decision making, or even more imaginative possibilities, the concept of 'within Canada' requires some framework for rights-bearing citizenship. Non-Aboriginal Canadians

will expect the Charter in some form to apply to Aboriginal governments,¹⁸ and it is well-known that many Aboriginal women (among others) insist on basic Charter rights.¹⁹

Third, the Charter contains many examples of what may be called collective rights, as distinct from individual rights.²⁰ Perhaps Aboriginal communities need more or different collective rights. Be that as it may, readers should not be distracted by this debate as it applies to citizenship in this report. Frequently Aboriginal and non-Aboriginal people argue about the Charter's appropriateness for Aboriginal people on the assumption that it contains or protects only individual rights. Since that assumption is clearly wrong, let us note that the issue can be better framed as the appropriate *balance* between individual and collective (or community) rights.²¹ Honourable people may support quite different mixtures or balances, and I take for granted here that whatever balance is struck, the issues of citizenship in this report are independent topics.

Fourth, in arguing in this report for creation of a non-territorial unit of government, I do not mean that Aboriginal peoples will not have a collective land base. This should become clear below. But let me avoid any possible misreading by asserting emphatically and unequivocally that my proposal should not be used as an excuse to abandon land claims, to weaken the already inadequate land base, to absolve the federal government of its fiduciary responsibilities to the various Aboriginal communities, or to get the federal or provincial governments off the hook in any other manner. Land is even more crucial for Aboriginal people because the reserves are not fully exclusive, continuous, or contiguous, as outlined below.

Finally, concepts of citizenship cannot solve all problems. They cannot substitute for reasonable policies fairly administered. In putting forward innovations in understanding Aboriginal citizenship, I will try to temper them by particular reference to two broad types of problems for Aboriginal people, especially those in off-reserve situations (in towns and cities). Other problems are worthy of sustained attention, but there must be limits to one's focus, or solutions may not be relevant to any particular problem.

The two types of problems are quite distinct but interrelated. The first is practical — the delivery of services to Aboriginal people, especially when living away from the reserves. The second is moral, ethical, and political — the basis for diverse types of service delivery

without opening the door to discrimination in the negative sense of inferior services so common up to the present. To explain the nature of these problems at this point would be like putting the cart before the horse — possible but unwieldy. Thus, I turn now to a series of issues that frame and contextualize the specific solutions to these problems. These include the concept of territoriality and its presumed importance to sovereignty; the sharing of sovereignty in a federal system; specific problems of territoriality faced by Aboriginal peoples; non-territorial pluralism as a general approach in federal and democratic political systems; and a specific suggestion for an Aboriginal province (or several provinces) as the expression and embodiment of Aboriginal citizenship and self-government 'within Canada'. Only after this extensive background can I present possible solutions to the problems of service delivery and discrimination.

Territoriality and Sovereignty

The grand categories of political analysis in the 'modern' world consist of persuasive systems, market systems, and authority or command systems.²² All have been assumed, rightly or wrongly, to require or rest on a territorial basis.²³ Nations protect 'their' industries; governments exercise coercive force over 'their' territory and enforce the authoritative allocation of values; and media of communication (especially radio and television) are deemed to be instruments of indoctrination and control to such an extent that planners of a coup d'état move simultaneously against the seat of government and the headquarters of the national broadcasting system.

These assumptions about the territorial basis of political authority have not been universally accepted, nor are they very old compared to recorded history. For only about 300 years, three specific assumptions have formed a deep and unconscious part of the political culture of the European world and, in more recent times, of its colonies and other countries touched by its influence. In particular, western political thought has come to accept as natural, logical, and necessary that sovereign political entities must *exclusively occupy contiguous* territory that is also *continuous* in composition. When I use the term 'territoriality', it refers to these three assumptions. 'Non-territorial' means that one or more of these assumptions does not apply. That is to say, a nation or province or state should not share territory with

another; for example, Labrador must be part of Newfoundland or Quebec but not both. Likewise territory should be contiguous, so one cannot allow Labrador to be part of British Columbia. Continuous territory requires that there be no 'islands' of another sovereign political entity embedded in or completely surrounded by a nation or province. For example, towns in New England states are not counted as part of Quebec even if a majority of their inhabitants are Quebecers or descendants of Quebecers.

All three assumptions have been violated in one place or another. For example, the United States does not seem greatly concerned that its 48 mainland states are not contiguous with Alaska. The location of Hawaii is not viewed as separated in the same way, just as Labrador's location across a body of water from the rest of Newfoundland does not raise concerns about their contiguity. Behind the assumption of contiguity is an implicit belief that water (rivers, bays, straits, etc.) cannot have deleterious effects on contiguity; only land occupied exclusively by another province or nation can do so. Embedded units or 'islands' are quite rare, unless one counts things like the 'homelands' in South Africa. Of course, countries like Paraguay and Switzerland are landlocked, but they are surrounded by several countries rather than by a single country. Thus, they do not interrupt the continuity of other countries.

The assumption of exclusive use of territory is violated in most federal systems, since two 'sovereign' orders of government share the same territory. This was, of course, one reason why federalism was a novel idea; and it is easy to overlook what we now take for granted. The British colonial office in the 1860s was hesitant to endorse Canadian federal schemes because of this feature; they thought it odd or illogical to divide the sovereignty of the Crown or of Parliament. Nevertheless, it worked well enough that we now forget how tentatively the idea was put forward because of the concern about exclusive use of territory. Other possible examples of non-exclusive use of territory might be joint trusteeship of colonial possessions, as in some South Pacific islands. By and large, as with the other two assumptions, 'violations', when they occur, are not always noticed because these assumptions are part of the perceptual lens through which we view the institutions of modern government.

These assumptions are worth questioning, I believe, because they are very recent additions to our political culture. For the first millennium or so of the Christian era, politics was carried out with no belief that a territorial base was essential to the state, even though

many rulers coveted the wealth territory provided. Peoples migrated and conquered other peoples.²⁴ Warriors ruled and were challenged by other warriors. Exclusive use of territory was rarely achieved for long, and continuous and contiguous territories were almost unknown except for some cities or towns. Vestiges of that era still remain, especially the idea of the Vatican as a non-territorial authority.

These three assumptions about territoriality lead logically to a fourth condition — congruent territories. That is, administrative units within a nation or province have the same boundaries even though they deal with different matters. Of course, we do not make these assumptions about local, regional, and municipal governments. School districts, parks boards, rapid transit systems, and flood control authorities — to name only a few — rarely coincide, and yet this striking contrast to what is thought natural or necessary at the national or provincial level attracts little comment.

The reason given for this discrepancy between municipal and 'higher' levels of government concerns sovereignty. Exclusivity, contiguity, continuity and congruence are necessary — or so our traditional theories tell us — because they underpin sovereignty. To be sovereign over only a single function such as parks or schools, the reasoning goes, is not to be sovereign at all.²⁵ Thus, sovereigns claim the right to control or regulate all public activities, to be all-purpose or at least multi-purpose political organizations. It has been assumed for three centuries that such a conception of sovereignty requires a territorial base, even though it has been known for much of that same period that federalism involves shared or joint sovereignty.²⁶ But even so, the national and provincial governments in Canada constitute multi-purpose organizations and thereby stand apart from narrowly focused local governments and authorities.

Technology and ideas and theories evolve, and new situations arise. Not only have market systems penetrated all countries — and not just the industrialized — but international globalization of economic relations has placed many economic and commercial functions beyond the control of nations, even rich and powerful ones like the United States and Japan. Likewise, political organizations at the local or regional level and at the supra-national level compete with nation-states for the allegiance of citizens. And the mass media have changed in important ways: more television channels and hence more specialized and less 'mass'

targeting, formats, or content; fewer newspapers and more cross-media competition; decoupling of broadcasting from territory because of cable and satellite transmissions; and greater audience control because of multiplication of options. There no longer exists, in most countries, a 'headquarters' for national media that can be taken over in a coup d'état, as the anti-Gorbachev plotters discovered to their dismay in August 1991.

In short, the territoriality of political, economic, and cultural life has been shattered in recent decades, just as it was becoming fashionable on a global scale. The many ways in which our lives have been bundled or packaged in containers called nation-states have been increasingly challenged and subtly eroded. The weakening of assumptions about territoriality does not portend the disappearance of nation-states, even though particular ones (like the Soviet Union and Yugoslavia) will do so. Nations will continue for the indefinite future, but they will perform fewer sovereign functions as those functions come to be performed piecemeal by specially created political entities that focus on one or a few jurisdictions defined by function rather than by territory. One of these -- whether a province, a third order of government or a multiplicity of community self-governments -- will constitute a non-territorial government for Aboriginal people within the wider territorial framework of Canada. It has important implications for Aboriginal citizenship.

Dwelling at this length on the ways in which ideas or assumptions that are uniquely European in origin have been taken for granted in Canada and elsewhere should not be seen as condoning their continued hegemony. Nor do I wish to divert attention away from the particularities of Aboriginal people in Canada.²⁷ The purposes of this historical excursion are instead twofold. For one, I have endeavoured to show that our ideas have historical roots, and I have pointed to some evidence that historical conditions are changing. Hence, it may be easier now than in previous periods to question the territoriality and sovereignty of existing political frameworks. Second, by recognizing the inherently European origins of our conceptions of nation-state, sovereignty, and citizenship, I believe they can be put in perspective and seen as limited and particular rather than natural or universal.²⁸

Territory and Aboriginal Peoples

From the perspective of Aboriginal peoples, it is beneficial that territoriality has come under serious scrutiny as the basis of political frameworks. Centuries of contact, conquest, treaties, settlement, and assimilation of many individual Aboriginal people have left Aboriginal populations with a scant territorial base. This is most clear in regard to reserves south of 60°. In the Yukon and Northwest Territories, the land base is not so fragmented or constricted. Particularly in the new territory of Nunavut — which I assume will become a province eventually — one finds an Aboriginal majority with control of mostly contiguous and continuous territory.

South of 60° one encounters vastly different conditions. There are currently more than 2,000 reserves among more than 600 bands grouped historically into 40 or 50 nations. Thus, fragmentation and isolation characterize the territorial base more than continuity or contiguity. Furthermore, these lands on a per capita basis could not be considered generous or sufficient. Beyond that issue, many groups lack any valuable land; and the Métis (outside of Alberta) have no collective land base at all. When one notes that many Aboriginal people have no reserves, and that among those who do, a large minority or at times even a majority live off-reserve,²⁹ mainly in large towns and cities,³⁰ the disjuncture between the territoriality of Aboriginal people and the assumptions about territorial nation-states seems absolutely unbridgeable.

Before contact the territorial situation was obviously different than it is today, but it did not correspond precisely to the European assumptions outlined above. This is not the place to explore the differences in detail, since the European assumptions themselves are evolving and loosening their grip on our thinking. But brief mention of some features may help to show how non-territorial political entities and their attendant concept of citizenship may be less contrary to traditional Aboriginal ways than the framework imposed up to now.

The first divergence concerns the assumption of exclusivity. No doubt many Aboriginal groups had a concept of their land or territory. But it allowed, in most cases, for flexible use and control to a degree that appears widely at variance with European notions of exclusive territory. This feature may be noticed most clearly in the treaty process, which revealed a remarkable willingness to share the bounty of a given territory.³¹ The fact that the

settlers did not share the land, but claimed ownership, merely highlights the different assumptions at work.

Other examples strengthen the point. There seems to have been a general sense throughout pre-contact North America that one did not *own* the land but used it on sufferance.³² Land usage in many cases could be justified only if one were certain that the use would have no net negative ecological impact to the seventh generation of descendants. Likewise, cyclical and seasonal usage reduced stress on ecological balance, and movement across large areas intermittently allowed for the possibility of overlapping territories of different groups. It is facile to say that all Aboriginal groups lived in harmony with their environment and had no lasting impact. Nevertheless, compared to the settlers in the post-contact era, territoriality was more spiritual and less exploitative.

Superficially at least, current conditions parallel some aspects of pre-contact life, albeit in more constricted and stressful circumstances. These might include such non-territorial features as sharing land, seasonal migration, and spiritual concern for the land. For example, several land claims settlements have delineated zones of exclusive control and use (whether called reserves or not) and large tracts nearby where non-exclusive usage for specific purposes (trapping, fishing, gathering flora and fauna for ritual purposes) derives from historical patterns.³³ Migration is still common in some areas,³⁴ and regular movement on and off the reserves for seasonal employment can be found almost everywhere. The revival of customs, language, and spiritual traditions has occurred unevenly, but these are very strong in some nations.

However tentative and brief, these remarks should draw attention to several key points that new conceptions of Aboriginal citizenship must address. They should wherever possible build on traditional strengths and customs while taking account of the fact that those traditions have evolved in the contact period; and these traditions might have changed substantially even if settler society had not impinged so massively. The arrival of the horse would by itself have changed plains life profoundly without settlement and restriction to reserves. New forms of citizenship should also be adapted to the social situation as it has developed. This requires sensitivity to strong family, language, and national ties, even where the group has been divided into widely separated settlements and where large numbers live

and work for long periods off-reserve. Hence, we must accept the 'portability' of treaty rights.³⁵ Finally, 'within Canada' also implies that we must devise schemes for *Aboriginal* citizenship (Indian, Inuit, Métis)³⁶ and not just for local bands or traditional nations.³⁷ Achieving an appropriate *balance* among multiple groupings and identities will be essential, and this cannot be accomplished if we consider the purely territorial models with which our thinking has been imbued for too long.³⁸

Non-Territorial Forms of Pluralism

The best known versions of pluralism have been thought to rest on individualism and thus to be somewhat antithetical to Aboriginal concerns about social cohesion, community, and consensus. There can be no doubt that many of the foremost exponents of pluralism as a model for democratic societies have assumed that the basic unit of analysis should be the individual. One thinks of Robert Dahl, David Truman, and Harold Lasswell, among others. There has always been another strand of thought — more common in Europe and sub-dominant but increasingly influential in North America — that has emphasized collective, communitarian, and non-individualistic aspects in pluralism. The most visible versions have been consociationalism and corporatism. Interestingly, both of these models are also non-territorial in orientation, whereas individualism was a concept that arose out of the same historical circumstances as territorial nation-states.

Consociationalism posits at least two social formations that are geographically intermingled. Because of non-exclusive use of territory, it is a non-territorial concept, and in an important sense it is also non-federal, because of its applicability in countries where the social 'pillars' cannot be separated into distinct sub-national territorial units. Some observers would contend that consociational arrangements are akin to federalism. This is a matter of definition, and thus it is not worth more than a brief mention. In my usage, consociationalism and federalism differ in degree and in the balance between unity and separateness. Federalism aims to create multiple loyalties and to unite groups without submerging them.

Consociationalism aims instead to keep the groups as separate as possible while still sharing territory. It leans away from unity and toward social separation more than federalism. Since other scholars use the terms differently, or draw different conclusions, it is important to spell

out my stipulative definitions; I do not want to impose them on anyone, but I do want to be clear about why I use federalism rather than consociationalism as the central concept in this analysis.

As usually expounded, consociationalism is elitist in the sense that most people let inter-community relations be handled by elected, appointed, or traditional leaders, usually expressed through 'communal' political parties and ancillary organizations. Political arrangements satisfactory to all major leaders of each 'pillar' can be presumed to be accepted by each community as a whole, especially if elected parties constitute the leadership. Thus, there is an element of deference or authoritarianism in this model. However one feels about its features, consociationalism has, according to its proponents, procured long periods of stability and prosperity in several countries, including the Netherlands, Switzerland, and Austria. Its critics are less charitable, but nearly everyone agrees that the model is interesting and that it is inherently non-territorial.

Corporatism — or corporate pluralism, as it has sometimes been called — involves a non-territorial structure of communities or organizations constituted in quite a different way from consociationalism. Instead of 'societies' or 'peoples' intermingled in the same territory, corporatism assumes an occupational or class base to public policy making. In theory and in practice, corporatism has been tripartite, bringing together 'peak' organizations of business and labour with the national government to conclude political deals involving complex trade-offs among wages policy, fiscal policy, monetary policy, and sometimes trade policy and industrial reorganization or restructuring. It has been practised in countries like Australia, Germany, Sweden and Norway and, in looser versions, in a number of other European countries.

Power sharing takes non-territorial forms, since government, business, and labour permeate all areas and domains of each society. These three units of organization cannot be located in different territories; they all share all areas of each country. Even if, as is logically possible, one expanded beyond a tripartite structure, corporatism would still be inherently non-territorial. Other 'corporate' voices might include consumer groups, environmental groups, and gender groups. In all cases, corporatism presumes that each of the peak organizations has an equal voice and veto; only if consensus prevails and all groups, of

whatever size, agree can one justify this model. If two 'corporate' partners gang up on the third, there is no incentive whatsoever for the odd one out to go along with any policy decisions. Thus, its consensual decision-making process, coupled with non-territorial representation, might make it an attractive way of handling Aboriginal participation in Canadian politics.

Attractive though they are in some respects, I will not explore either consociationalism or corporatism as models for Aboriginal citizenship. Both are nearly always informal arrangements, and both rest on trust and mutual respect. These qualities are in short supply everywhere but most particularly between Aboriginal and settler societies in Canada. The need for consensus in broad coalitions also seems to make both models less applicable than they first appear. One must therefore postulate a model sharing some features with these but that can be 'constitutionalized' adequately so that rules, procedures, and powers are spelled out more carefully, and that relies as little as possible on trust in one's opponents or allies.

Non-Territorial Federalism

Although federalism has commonly been realized in territorial forms, it need not be so restricted. In many instances, sub-national units premised on the assumptions of exclusive control of continuous and contiguous territory may be sensible, but not in all cases. For example, in opting for federalism of a territorial sort, the Fathers of Confederation believed that they were solving a serious social problem by geographically separating the antagonists. The United Provinces of Canada had been created in 1841 as a result of Lord Durham's report; his recommendation presumed that the Catholic (that is, French) populations would be overwhelmed by the rapidly growing Protestant (that is, English) populations.³⁹ By the 1860s this prediction had proven false. Hence, Confederation was an effort, among other things, to protect the French Catholic society in what is now Quebec by creating a province in which that 'people' could control a government with substantial powers.⁴⁰ The other provinces would have English Protestant majorities.

Even in the early decades, this territorial solution was not fully satisfactory. Large islands of French Catholic communities remained outside Quebec, and over time the non-French populations in Quebec — especially in Montreal — grew steadily. Eventually, Quebec

took a strong 'extra-territorial' interest in this 'diaspora', including even former Quebecers living in the New England mill towns near its borders.⁴¹ By the time the Parti Québécois came to power in 1976, most Quebec nationalists had concluded that the best strategy was to withdraw within fortress Quebec and let the French enclaves elsewhere fend as best they could. Since the Acadians in New Brunswick have seen their security enhanced by entrenched bilingual policies, the two oldest and geographically most compact communities came to believe that a territorial solution was feasible. Some members of both francophone communities were thus led to become advocates of territorial nationalism.

This digression about French Catholic communities points up the strengths and weaknesses of the territorial form of federalism. The greatest strength, of course, lies in having a government accountable to the majority rather than being a minority in a wider society, as franco-Ontarians and francophones in the West have learned.⁴² The weakness is equally obvious: scattered populations of permanent French minorities in any territorial model will have only as much clout as the dominant society is willing to grant.

Just as 'a wider union' based on federalism of the territorial sort proved to be a creative innovation that solved, for a period of time anyway, the religious (and later linguistic) deadlock of the 1840s and 1850s, so a non-territorial version of federalism may serve a creative purpose in our time. By this I mean that the existence of ten (and eventually more) territorial provinces may be supplemented by the creation of non-territorial provinces for specific groups. I favour two types of non-territorial provinces, one for francophones outside Quebec and at least one for Aboriginal people south of 60°.⁴³ In the context of this paper, however, I will explore only the latter hypothetical province.⁴⁴ Some preliminary clarifications should be put on the table before describing the new province and its implications for Aboriginal citizenship.

Many if not all Aboriginal people will wonder why one would speculate about a province when tentative agreement was reached in 1992 on the creation of a third order of government. The latter sounds so much more grand and imposing that a mere province may seem a come-down. My defence takes three forms. For one, nomenclature is not at issue. I favour a third order of government for Aboriginal people, and not 'just another province'. However, that third order will very likely be federal or confederal in nature, and thus the

discussion of provincial status may do double duty. In this paper, whenever I refer to an Aboriginal province, readers should understand that this may constitute a third order or that several such provinces (including Nunavut) will jointly constitute the new third order. It may also happen that agreement will be reached between Canada and Aboriginal groups on a particular configuration and then that arrangement will evolve or be transformed as a result of its own sovereignty. Thus, the object of this paper is to understand Aboriginal citizenship within a third order; and even if the exact form of the third order is necessarily indeterminate, one can still explore the nature of citizenship within a very broad range of possible institutional frameworks for the third order. But we already know what a province is, and so we have a head start in thinking about some consequences of granting that status. We even take it off the rack and try it on. For example, all provincial premiers attend first ministers' meetings, and provincial legislatures must vote on all constitutional amendments. These are automatically accorded to new provinces, whereas one would have to negotiate the status of a third order. Second, provinces are very powerful and (within the powers of section 92) sovereign political organizations. Indeed many Canadians fear they have become too powerful. Later sections will return to this issue. Finally, part of the argument below concerns the types of powers of this new province, since it will need, in my opinion, a few jurisdictions beyond those of existing provinces.

The Hawthorn report, as noted above, recommended that Indians be accorded the status of "citizens plus". (That report was not allowed to make recommendations regarding Inuit or Métis, although the authors imply that they would have done so had their terms of reference been different.) By analogy, I am recommending a political entity that might be described as 'province(s) plus'. 'Plus' would have several complementary meanings, including more powers than existing provinces (such as some but not complete international personality), recognition that it was partly a rectification (or affirmative action) for historical treatment, especially abuse of nation-to-nation treaties, and explicit status as a third order (or third pillar in consociational language) of Canadian government (along with existing federal and provincial orders).

What might it mean, therefore, if Aboriginal peoples gained the status of a province (or several) on the basis of an inherent right to self-government? The remainder of this paper

constitutes my answer to that question. A few points now will clear the underbrush; the next two sections outline how the province or third order would be set up, and the remaining sections explore the problems of service delivery and discrimination mentioned above and also explore the expanded conceptions of citizenship implied by this province.

In considering the creation of a non-territorial Aboriginal province, I leave aside the Yukon and Northwest Territories and the Aboriginal people who live north of 60°. I assume that at least part of this area will eventually gain provincial status and will have a majority Aboriginal population.⁴⁵ If so, then there will someday be at least two and perhaps more Aboriginal provinces, one or more in the North and one or more non-territorial. Besides that practical consideration, it is probably fair to assume that language, culture, economic base, and distance also argue for keeping Inuit as a category or province in their own right. Indeed, diversity south of 60° may dictate that there be several provinces within a third order. To use a provincial model does not limit the number of such provinces or require that they all be non-territorial. The challenge, however, is showing that non-territorial provinces are feasible.

Second, one may ask how to identify the people eligible to reside in the Aboriginal province or provinces I am proposing. There are several ways to do so, including racial or 'blood' ties to status Indians, but I suggest instead a self-selection. Section 35(2) of the *Constitution Act, 1982* defines the Aboriginal peoples of Canada as "including" the Inuit, Métis, and Indian peoples of Canada. I take this to mean that those groups must be included but that other groups or individuals *may* be included. This is what I propose by self-selection of official residence. It is fully in line with the position of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, which has stated that "the phrase 'aboriginal peoples' in section 35 does not refer to groups characterized by their racial make-up. Rather, it designates historically defined political units, which often have mixed compositions and include individuals of varied racial origins."⁴⁶ After we identify the land base of this province — let us call it Aboriginal Peoples Province — we will know who lives there at that moment. If they prefer to move to another province, they may do so, just as they can in the current situation. If non-Aboriginal people choose to move to Aboriginal Peoples Province from the existing ten provinces, that is acceptable. Of course, any province is entitled to place some restrictions on mobility, as specified in sections 6(3) and (4) and 15(2) of the Charter; and Aboriginal Peoples Province

might do so. Note, however, that restrictions would not have to be based (although they could be) on racial or ethnic characteristics. One would not need to be an Indian or Métis, nor would one need to assume one of those identities, in order to live in Aboriginal Peoples Province. Self-selection here refers to location, not to identity as an Aboriginal. This self-selection will be crucial to a later stage of my argument.

Readers of an earlier version of this paper identified a problem with phrases like "who lives there", "to live in this province", or "self-selection here refers to location". They read into such phrases territorial significance that was not intended. Let me try to clarify my usage since it has important implications for my proposal. The primary content of the phrases to which I refer concerns legal residence or conceptual space. For example, a resident of British Columbia may currently visit or even live for extended periods in other provinces without becoming a resident of those provinces, except by conscious choice. Whatever the dominant social identities of the province of residence (such as French in Quebec or English in British Columbia), residents do not automatically assume those identities when they arrive, nor need they ever do so. To the extent identities are involved, they might be better expressed that newcomers 'identify with' the goals or aspirations of the political unit. In different provinces, one finds different priorities, such as linguistic security in Quebec, economic development in British Columbia, and Aboriginal integrity in Aboriginal Peoples Province. To opt for official residence in Aboriginal Peoples Province — which could occur without physical movement — would in most cases constitute an affirmation of such priorities.

Residence has another meaning because of the existing system of reserves. Some people are entitled to live on a reserve, although not all those eligible choose to do so or they move on and off at intervals. Many people have no reserve, or they are legally attached to some reserve but not others. Since I have posited that reserve land and land gained through the claims process would *in the first instance* constitute the physical presence of the hypothetical province, some people who might opt to 'live there' (legal residence) could not physically move there under current legislation. Thus, readers must be careful to note whether residence has the meaning of conceptual space or of physical location on a reserve.

At present, the *Indian Act* determines who is an Indian for the legal purposes of carrying out section 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. Since I assume that the *Indian Act*

would be rescinded, perhaps in its entirety, once Aboriginal Peoples Province had been established, the definition of an Aboriginal would be a matter for the groups concerned to work out. This is no different, in its own way, than the situation in regard to members of French, English, or other minorities who identify themselves to each other or not, as they please. It may also be analogous to pre-contact situations.

After a period of time, one would undoubtedly find that not all Aboriginal people lived in Aboriginal Peoples Province and not all who lived in Aboriginal Peoples Province were Aboriginal people by our conventional measures, but that the majority of Aboriginal people would live there and the majority there would be Aboriginal people. Substitute the word 'French' for 'Aboriginal people' and 'Quebec' for 'Aboriginal Peoples Province', and the previous sentence would be equally meaningful. The two provinces would, in short, respond to a market-like situation, and eventually an equilibrium would be reached in which a group that is a minority in Canada would have its 'own' province where it could be a majority without restricting members of other groups from residing there.⁴⁷

In specifying self-selection as the basis of official residence, I wish to repeat that this criterion operates in the first instance. This is crucial in order to avoid the appearance of *apartheid*. After the province has been established and its government elected, however, other possibilities could be considered. Just as there are currently several different ways of determining Indian status — defined by the *Indian Act*, matrilineal descent in some traditional settings, adoption, and so on⁴⁸ — the new province would have to clarify which procedures should predominate, or how to delegate these decisions to particular groups within its population. Where entitlement to services follows from membership, the ability to control membership becomes an integral power of this new political entity or its component units.⁴⁹ Where residence is physical, as with existing provinces, section 6 of the Charter limits provincial controls on mobility in several ways. Where residence involves a legal tie without any necessary physical location, the hypothetical province may need to restrict 'mobility' in ways that violate section 6 of the Charter. Otherwise, for example, if there were no sales taxes (see below) this would induce many people to opt for residence in Aboriginal Peoples Province. This province or third order will therefore need carefully crafted rules of residence, because our current assumptions about territoriality do not apply. The need for such rules is

twofold: to protect the integrity of the political units and to protect individuals who might suffer deprivation of Charter rights. I do not know how to postulate a solution, because one must first agree on the nature of the unit; and my proposal is open-ended in several respects and thus stipulates that official residents will jointly decide many features rather than accept the current features of territorial provinces.

Another issue that I will leave to the new province or third order to resolve is the form or structure of government. In my own mind, I imagine that responsible government in the Westminster parliamentary tradition might not be the most suitable format for Aboriginal Peoples Province, since its emphasis on party discipline and clear lines of conflict between government and opposition would run counter to Aboriginal traditions of decision making. However, a form of government too different from that of other provinces or the federal government might make intergovernmental discussions and negotiations more difficult than they will be in any event. Furthermore, one might postulate a bicameral arrangement where one chamber fitted a model parallel to other provinces and the second chamber consisted of elders and/or other leaders who followed more closely some traditional model of consensual decision making. Whether these are sufficient reason to use or adapt responsible government should be left to the participants.

An independent question involves the legal or constitutional limits of governmental structures. The *Constitution Act, 1867* provides that Canada will be "One Dominion under the Crown of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, with a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom." That brief principle has usually been understood to authorize a form of responsible government in the British parliamentary tradition. Whether it mandates that form or principle of government for new provinces is unclear. The *Constitution Act, 1982* provides in section 45: "Subject to section 41, the legislature of each province may exclusively make laws amending the constitution of the province." Section 41, of course, requires unanimous consent among provinces and the federal government to amend "(a) the office of the Queen, the Governor General and the Lieutenant Governor of a province", and other matters not pertinent to this issue. If these constitutional provisions were deemed to be impediments to a form of government desired by the hypothesized province or third order, perhaps they could be amended, since to reach that stage of development would have required

a remarkable degree of support for and flexibility regarding Aboriginal self-government by other Canadian authorities. Finally, one may speculate that recognition of the inherent right to self-government could carry the right to determine any form of democratic government.

Aboriginal Peoples Province⁵⁰

The proposed Aboriginal Peoples Province would, in the first instance, consist of all the land and water now contained in the 2,000 or so reserves south of 60°. As current land claims are settled, land would presumably be added to Aboriginal Peoples Province. The province might trade some territory for that of surrounding provinces in order to consolidate currently scattered reserves or to create land bridges. Additional land would need to be set aside in recognition of the lack of land base of many Métis.

The population of Aboriginal Peoples Province would include people not otherwise entitled to live on the territory specified in the first instance. At present, large numbers of non-status Indians and Métis have no rights to residence on reserves, and that might continue to be the case depending on the decisions by the elected government of Aboriginal Peoples Province. At present there are also large numbers of status Indians who are entitled to residence on reserves but who choose to live, for varying lengths of time, off-reserve, usually in large towns or cities in order to gain education or employment. These 'urban' off-reserve Indians must be kept conceptually separate from those who live on urban reserves, but they must be integral parts of the province if they choose to affirm official residence. In discussing service delivery below, I will use the shorthand expression of urban Aboriginal people to mean only the off-reserve Indians or the Métis and non-status Indians or Inuit who have no reserves. Reserves in urban areas, such as the Musqueam in Vancouver, will be conceptualized in the same way as reserves in rural areas.

These arbitrary definitions have a purpose. Aboriginal Peoples Province will be a non-territorial province or third order in two distinct ways. It will involve land, some of which is controlled exclusively, but that is non-contiguous and perhaps non-continuous as well. But equally or more important, the province will allow for 'residence' in an official sense even though the persons involved may never or rarely reside on the land that constitutes the physical presence of the province. As we will see, service delivery may be different for land-

based and urban populations in the province, although not for all topics of jurisdiction or kinds of services.

Those Aboriginal people who have no current right to live on a particular reserve would still have the right (but not the obligation) to take up official residence in Aboriginal Peoples Province. Eventually there may be a land base developed for Métis and non-status Indians, or they may be incorporated into existing reserves and the added land resulting from land claims settlements. For urban Aboriginal people, however, there may never be a land base in the sense of a *particular* place where they may reside physically. This is perhaps analogous to Canadians living abroad who own no property in Canada; they have the right to return to Canada but no guarantee of the right to live on any particular piece of land unless they purchase or inherit it.

If these arrangements sound tentative and complex, those features are intended to leave open the decisions about such issues. As a province or third order with some sovereign powers, Aboriginal Peoples Province should be able to decide its own residence requirements, at least within certain very broad parameters. A fundamental component of this assumption concerns the right to vote. If everyone who chooses Aboriginal Peoples Province as their official residence has the right to vote in electing its new government, then that government has a powerful incentive to take account of the urban Aboriginal people as well as those entitled to reside on the reserves. Since these two groups are roughly equal in size,⁵¹ it would be virtually impossible to form a majority government without support from both groups, and thus without sensitivity to the situations of both groups.

To this end, political parties, pressure groups, and voluntary organizations will undoubtedly come to exist, and many already do. They may not duplicate the names or structures in the rest of Canada, but functional equivalents seem likely to arise and play similar roles of interest articulation, interest aggregation, and political accountability. It should be emphasized that political parties and private groups are inherently non-territorial since they bring together people of a certain type or who share certain views regardless of where they live. Thus, they are well suited to a non-territorial province even though their historical origins and current use have been confined to territorial political entities.

A final point needs explicit formulation. If these organizations are adaptable to non-territorial politics, one might argue that they could be sufficient for self-government. Do we need to set up something as elaborate and costly as a province? The answer is unequivocally 'yes'. There are already many equivalents of political parties and 'interest groups' (such as the Assembly of First Nations, the Native Women's Association of Canada, and others) and of private or service organizations (such as the Urban Representative Body of Aboriginal Nations in Vancouver, the Métis Child and Family Services in Edmonton, and the Canadian Council for Native Business in Toronto). However, "they lack the tax base and legislative authority to compensate for the lack of policy and programs emanating from all levels of government."⁵² They must currently incorporate under the various societies or corporations acts and cannot therefore have independent standing or be accountable to inclusive governmental authorities. A province for Aboriginal people could validate such groups, and its government would need to be responsive to them and the voters and taxpayers they involve.⁵³

Several of the organizations just mentioned have visibility among both Aboriginal and non-Aboriginal people. In part this reflects their ongoing service functions, but part of their standing derives from participation in the Charlottetown process as more or less official representatives of Aboriginal people. As I envision the third order, these groups will not automatically have such clear status, although if they become, in effect, political parties, they could form the government. If not, there may be tensions during a transition period in which some residents of Aboriginal Peoples Province — even political leaders elsewhere — view these organizations as legitimate representatives alongside 'official' representatives such as members of parliament or members of the legislative assembly (or whatever the third order's legislative body is called).

The most important aspects of Aboriginal Peoples Province would be its status and the powers that confers.⁵⁴ As a province, it would have the same powers as existing provinces: jurisdiction over education, health, welfare, administration of criminal justice, natural resources, and the like; representation at all first ministers' conferences; participation in the constitutional amending procedure; and shares in equalization payments and other federal transfers, among the main advantages. As a province, Aboriginal Peoples Province could also

invoke the notwithstanding clause where necessary. There might be some obligations not now imposed on Indian reserves, such as paying taxes,⁵⁵ but to my thinking these would be clearly outweighed by the powers, status, and prestige of provincial status. The creation of this province would be coincident with revocation of the *Indian Act*, would result in abolishing the Department of Indian Affairs and Northern Development, and should see the end of federal paternalistic responsibility for "Indians, and Lands reserved for the Indians". While less paternalistic, the new arrangements probably need to recognize that there might still be continuing fiduciary responsibilities of the federal government to Aboriginal peoples.

Most of these powers figure prominently in Aboriginal negotiations for community self-government⁵⁶ and in their concern at being excluded from the process of constitutional change in the Meech Lake Accord. Instead of letting the federal government negotiate piecemeal deals with several hundred local bands, the creation of Aboriginal Peoples Province would satisfy most of these demands and relieve the federal government of a set of thorny issues. Indeed, it would be incumbent upon the leaders and residents of Aboriginal Peoples Province to solve internal distributional and service issues.

Pros and Cons

Response to this proposal usually engenders a caution that Aboriginal people might not be ready for these responsibilities or that this province would further weaken a federal government already under siege from provincial demands for more autonomy. The first reaction can be dismissed for what it is — paternalism. Every colonial power in history has claimed that colonists were not yet ready for self-government. Perhaps some were not, but the experience of Canada, Australia, New Zealand, India, and several other former colonies suggests a reservoir of expertise sufficient to the task. If this reaction is not paternalism, then it is centralism, which is the second type of response.

Prime Minister Trudeau often argued in the 1970s that the provinces aimed for a power grab from the federal government. By that he seemed to mean that the provinces wished to have sufficient taxing powers to pay for all of their constitutional responsibilities without interference from the federal government. This, many have argued, would weaken the federal government so much that it could not play its proper roles of maintaining national

unity and protecting Canadians from American influence. No one, it should be clear, can protect us fully from American influence, judging by the inability of countries distant from the United States (Australia, for example) to resist. So the real issue is: Will national unity be helped or hindered by the federal government carrying out its own responsibilities and letting the provinces carry out theirs? Why would one expect that sovereign governments — as the provinces are, at least in certain areas of jurisdiction — would be induced to support calls for national unity while witnessing federal intrusions in those jurisdictions central to their autonomy such as health and education in Quebec or natural resource rents in Alberta? To the extent that an Aboriginal Peoples Province is viewed as weakening the federal government, the issue cannot be divorced from the broader conceptions of federal-provincial relations that have been contending in this country for generations.

Let us leave aside, then, issues of paternalism and centralism as irrelevant or unresolvable in the short run. What are some other implications of the creation of Aboriginal Peoples Province?

Canada has always been proud of its image as a haven of freedom and dignity for immigrants and refugees. But it has sometimes appeared hypocritical about its treatment of Aboriginal people. Creation of an Aboriginal Peoples Province would almost certainly put Canada back into a leadership role in regard to Aboriginal peoples, oppressed peoples, and human rights generally. This may be especially urgent at a time when Canada claims to be linking its foreign aid to human rights improvements in target countries.

How would the new province affect existing provinces? Three areas should be mentioned: loss of land and other resources, fiscal arrangements, and dynamics of future constitutional changes.

The 2,000 or so existing reserves in the ten provinces do not belong to the provinces. The constitution gives the federal government exclusive jurisdiction over Indians and lands reserved for their use. Thus, to cobble them together and call them a province or third order would not automatically subtract any land or natural resources from existing provinces.⁵⁷ Of course, currently ongoing land claims will almost certainly result in land or resources being transferred to Aboriginal Peoples Province, but that would happen whether it was organized as a third order, as a province, or as band reserves. The concentration of land and resources in

an Aboriginal Peoples Province might lead to greater success in ongoing or future land claims negotiations because of its greater visibility and powers.

The Crown, federal and provincial, holds title to vast areas. Some of these lands could be used to enhance the land base of Aboriginal Peoples Province, especially where bands have been forced onto extremely small or unproductive reserves. Since there are questions about whether all of these Crown lands were actually ceded or sold to the Crown by Aboriginal nations, one might argue that a gesture of returning some areas to Aboriginal people could serve several useful purposes.⁵⁸ This would presumably be much more acceptable to non-Aboriginal people if residents of Aboriginal Peoples Province agreed to pay taxes to their province and to Canada as a whole, but legal and political obstacles may make that less likely, as I argue below.

Such a transfer of ownership would also have symbolic value. At present, the land is held by 'the Crown in right of the federal government' or by 'the Crown in right of the province'. To transfer ownership to 'the Crown in right of Aboriginal Peoples Province' would be an equivalent status, and it would constitute a government-to-government relationship, which has been an objective of Aboriginal leaders for some time.

All provinces participate in fiscal arrangements such as equalization grants, either by being net donors or net recipients. Who falls into which category has varied over time, and thus it is hazardous to predict that Aboriginal Peoples Province would be a have-not province requiring major infusions of tax dollars skimmed off from wealthier provinces.⁵⁹ At first, there would likely be such a net transfer because of the current lack of infrastructure (such as hospitals and airports) on many reserves. Given the compensation -- in land, rents, or cash -- that has characterized some land claim settlements (such as the James Bay Cree), one might anticipate that Aboriginal Peoples Province has a chance of being self-sustaining. More exactly, some parts of it would be relatively affluent, and therefore internal redistribution might be as extensive as any equalization grant. Even if grants are needed, one wonders whether they would greatly exceed the amounts regularly spent by the Department of Indian Affairs and Northern Development and other departments on Aboriginal people and their administration (currently in excess of \$5 billion, or at least \$5,000 for each potential resident of Aboriginal Peoples Province).

The dynamics of constitutional change, at least under current procedures, would almost certainly be changed by adding Aboriginal Peoples Province. An extra premier (or several) could bring new perspectives or new objections. Where unanimous agreement is mandated, change will generally be more difficult where more groups have a veto. But one must recall that Elijah Harper exercised what was, in effect, a veto regarding Meech Lake; and Aboriginal people were quite effective in 1981-82 in lobbying for changes in the *Constitution Act, 1982*. Hence, it might happen that their official representation could smooth the process rather than inhibit it, since some of their grievances would have been met earlier in the negotiating process. The dynamics of the Oka crisis might have been quite different if the premier of an Aboriginal Peoples Province could have met with other first ministers.

Where unanimity is not necessary, the presence of Aboriginal Peoples Province should have only a small impact. Two-thirds of the provinces with, together, more than 50 per cent of the total Canadian population is the amending formula for most constitutional matters. Two-thirds of 11 is 7.33 or eight, which is slightly larger than two-thirds of ten, namely, seven provinces (actually 6.7). Since Aboriginal Peoples Province would be a medium-size province — with roughly 4 or 5 per cent of the population — it would not be decisive in the way Ontario or Quebec is, since at least one of the latter must support any amendment in order to achieve the 50 per cent rule. One could alternatively envision a third order as co-equal with the federal government and all the provinces, which would be a version of the veto situation above.

Each of the existing provinces would presumably become less diverse, socially and demographically, by the 'removal' of Aboriginal people to their own province. The fact that a certain proportion of Aboriginal people would choose to live in provinces other than Aboriginal Peoples Province would not change the generality of this point. Hence, it might be easier for any given province to reach consensus on its own political or constitutional position under this proposed arrangement.

Under section 42(f) of the *Constitution Act, 1982*, the creation of new provinces must occur under the amending procedure specifying concurrence of seven provinces with at least 50 per cent of the population, plus the federal Parliament. Hence, this proposal would not require unanimity, as had been proposed in the Meech Lake Accord. This does not guarantee

that approval would be easy, but at least the conditions are less stringent than they would have been if the Meech Lake Accord had been entrenched in the Constitution. Section 43 of the *Constitution Act, 1982* outlines the procedure of constitutional amendment where "one or more, but not all, provinces" are affected. It stipulates that the federal Parliament and the legislature "of each province to which the amendment applies" must give consent. Since 43(a) refers to "any alteration to boundaries between provinces", does this mean that existing provinces have a veto over creation of Aboriginal Peoples Province? Without a Supreme Court interpretation of "boundaries" or other features of this section, one cannot be certain. Part of my emphasis on the non-territorial nature of the third order derives from a desire to avoid negotiating physical borders of the new unit; but "boundaries" may be social, legal, or conceptual and not just physical. If this proved to be a serious obstacle, one might turn to another procedure that I will mention but not develop.

If one retreats from the strict concept of a *province*, then implementation of a third order might be achieved by other means. In particular, section 35 of the *Constitution Act, 1982* offers the possibility of a treaty-based constitutional amendment. This might have the additional benefit that all Aboriginal groups would then have access to treaty status and its implicit nation-to-nation standing. Currently the distinction between treaty and non-treaty status causes some hard feelings and may prove important in certain types of court cases.⁶⁰

Violating Assumptions About Territoriality

At the beginning of this paper I outlined the major assumptions about territoriality. The reader will recall that these three assumptions involve exclusive control of territory, contiguous territory, and continuous territory. They have been, for good historical reasons, accepted so thoroughly that we are usually unaware that we take them for granted. But historical explanations may be set aside in order to focus on the fact that First Nations would not conform to these assumptions. If based on 2,000 or more reserves scattered among all ten provinces, the assumption of contiguity would clearly be violated. The patchwork quality of the reserves defies any simple description.

Exclusivity might also be violated if Aboriginal Peoples Province were created. Current reserves and some other land claims settlements include, besides the reserves proper,

the right to use nearby land for certain purposes such as trapping, hunting, fishing, and gathering flora and fauna for ritual purposes. If those rights continued under this proposal as one would expect, since they were strenuously sought and defended by Aboriginal people — then it would be correct to say that the residents of two or more provinces share certain territory, and not just in the vicarious sense in which all Canadians 'share' the Rockies or Niagara Falls.

Perhaps the Parti Québécois intended to question the value of exclusive territory when it revised its policy on Aboriginal people in January 1991. After extensive debate about the interdependence of Aboriginal peoples' and Quebec's aspirations, the policy conference adopted as a goal the creation of "autonomous native nations within an independent Quebec".⁶¹

Rather than pursue the ways in which some of our customary assumptions would be violated, let us ask whether those violations matter. Are there positive or negative consequences of this territorial peculiarity of Aboriginal Peoples Province? Let us consider first the possible negative implications. These can, for shorthand reference, be grouped under the label of inconveniences and diversity. By inconveniences, I mean that the distances among the parts of Aboriginal Peoples Province would be great, much greater than in any other province, and that one would have to cross at least one or several provinces to get to other parts of one's own province. So what? It takes two days to drive across Ontario; why should three days or four or five days matter in any critical sense? There are large parts of British Columbia and other provinces that cannot be reached at all by road. Surely distances are less important in the age of telecommunications and jet air travel than in earlier periods. (This is one of the historical explanations of the declining importance of territoriality to which I alluded above.) To me, a five-hour drive from Vancouver to Kelowna and a five-hour flight to Montreal are the same; both are equally distant physically.

If a third order were to encompass several provinces or equivalent units, the issue of distance within each unit might be thought to be less critical. This would, I believe, be misleading. For one thing, a Cree nation or nations (as one example of a type of sub-unit within the third order) would be widely spread across half the width of Canada. Second, and more important, all arrangements envisioned in a non-territorial framework will come up

● against off-reserve Aboriginal people, often in distant towns or cities. Thus, distance and extra-territoriality are inevitable features of any imaginable third order or province, with the implications for new conceptions of citizenship outlined in this paper.

Another inconvenience may seem more serious. Would there be any cities in Aboriginal Peoples Province? Although there are urban reserves (one of which owns much of the Vancouver harbour waterfront), there are no reserves that are themselves major urban centres. If one wants to retain a traditional lifestyle, this may be an advantage. Or perhaps cities will grow up in some of the larger reserves. Or perhaps we are incorrect in believing that cities are essential to all forms of civilized life. Or perhaps we have an overly narrow notion of civilized life.

Diversity is a potential negative. Aboriginal Peoples Province would consist of groups speaking several very different languages (although most Aboriginal people also know French or English) and enjoying distinct cultures with different social organizations. That, plus the distances from one part of the territory to others, might make political organization, election campaigning, and administration cumbersome and expensive. Of course, administering the many bands and reserves through the Department of Indian Affairs and Northern Development is also cumbersome and expensive, and it has the decisive disadvantage of lacking self-government.

One way to accommodate such diversity would be to organize Aboriginal Peoples Province as a federation or confederation.⁶² The 600 or so bands historically constituted about 40 or 50 nations. Perhaps each of these nations could be a partially self-governing unit within the province, electing members of the legislature and administering certain local services. Many existing provinces have regional as well as municipal units for administrative purposes, so perhaps diversity within Aboriginal Peoples Province could be respected with adjustments to existing sub-provincial models.⁶³

Without meaning to imply that the social, economic, linguistic, and other diversities would be easy to overcome, let me outline a few ways in which a non-territorial province could address some of these difficult issues. I can only mention education, health, and social services briefly at this point. A later section will examine health care in depth as an example of service delivery.

Education would be, as for all provinces, an exclusive jurisdiction for Aboriginal Peoples Province. Because of the great variety of languages, much decentralization of the delivery of educational services would be necessary. This is one reason I suggested that this province or third order have a federal structure. Of course, many materials could be distributed or broadcast from central locations, and some might involve facilities shared with contiguous provinces (for example, French language materials for some Aboriginal groups in Quebec).

Health care and social services might be handled in novel ways. Indeed, other provinces might be able to learn from experiments in Aboriginal Peoples Province. Take health care facilities first. Primary care would presumably be local and very similar to private and community health care centres in existing provinces. Where Aboriginal communities were small or isolated, they might share specialized facilities with the existing province in which they constituted a small island, such as in parts of B.C. or Alberta. The two provinces -- let's say Aboriginal Peoples Province and B.C. -- could share costs and benefits proportionally, keeping a record of usage by their official residents. Currently a resident of one province may use facilities in another province (whether a doctor, hospital, surgery, or whatever) and the cost will be billed back to the home province. It would, therefore, not be an insuperable obstacle to work out more extensive arrangements for shared facilities.

Social services could, in principle, follow the model just outlined for health and hospitals. Some modifications might be necessary to reflect the fact that Aboriginal groups often want somewhat different types of services or styles of delivery. Of course, provinces already differ quite a bit in these ways, but Aboriginal Peoples Province (or units within it) might want or need radically different services or combinations of services.⁶⁴ Besides the fact that this is clearly feasible -- although requiring imaginative thinking -- I would argue that we might find that existing provinces come to imitate some innovations pioneered in Aboriginal Peoples Province. One of the values of federal systems is tolerance for local experiments that may later (as with health care in Saskatchewan) be copied by other governments.

Let me reiterate that I do not have solutions to all problems, and many problems will prove vexing. What I wish to emphasize, on the other hand, is that current problems for

Aboriginal people are already extremely vexing, and current solutions are not working. This proposed province or third order may not solve all the problems, but it offers some hope of dealing favourably with some of them. And it allows Aboriginal people to take charge of dealing with their own problems at last.

On the other side of the equation, diversity may have some advantages. Underlying the great diversity is an important unity: Aboriginal people would at last have a clear institutional voice instead of working through several organizations to try to influence ten provinces and the federal government. If an analogy is possible, one might contrast the relative security and self-confidence of the French in Quebec or New Brunswick compared to the small and isolated communities in many other parts of Canada.⁶⁵ Furthermore, one must concede that Aboriginal people have demonstrated considerable political skills in their fragmented situation up until now. Perhaps organizing and running a province would prove no more daunting a task.⁶⁶

The central questions regarding diversity are three. They should be noted, even though they cannot be answered here. First, would there be enough coherence within the new province or third order to support and sustain extensive redistribution of resources? After all, some bands or nations enjoy impressive resources while others live in the most abject poverty. Second, would some bands feel just as oppressed by the new province as they do now by Ottawa? Third, will Aboriginal women eventually be comfortable within Aboriginal Peoples Province? Spokeswomen have repeatedly expressed concern about their status if the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not apply fully.

One obstacle might involve the absence in traditional Aboriginal social organization of a concept of province-hood or even of a large, impersonal bureaucracy. That may be correct, but such concepts will inevitably take hold, whether Aboriginal people are organized as a province, as a nation, or other forms of self-government. Even the growth of national organizations such as the Assembly of First Nations or the Native Council of Canada involve developments beyond traditional political forms. Although not 'command structures', they involve types of organizations not present, as far as we know, in the pre-contact period in northern parts of North America.

The violation of these territorial assumptions, I argue, could be beneficial for Canada. The creation of Aboriginal Peoples Province might have many positive consequences, as I mentioned above, but here I refer to the benefits of questioning territoriality as the fundamental basis of political organization. This questioning is an inevitable part of what is usually called the globalization of the world economy. Nations — even large and powerful ones like the United States — have less sovereignty, autonomy, or independence as markets become interdependent. Environmental issues, we are coming to understand, do not fit neatly within provincial, national, or even continental boundaries. In short, territoriality has less meaning as nations become less useful for some important human purposes. Thus, an Aboriginal province consisting of noncontiguous 'islands' and non-exclusive use of territory could turn out to be the cutting edge of the twenty-first century's geopolitical and economic structures.

The forces constraining nations come from below or inside as well as from global and international challenges. As cities grow larger and provincial governments seem more remote, many people seek empowerment in local and regional affairs.⁶⁷

Furthermore, many of our most cherished loyalties and identities cannot easily be defined in territorial terms. Gender equity, professional and occupational ethics, constitutional rights and freedoms, and religious, leisure, and recreational activities are just a few of the growing number of aspects of people's lives that cannot be confined to a group in a single location. The affinity among Aboriginal groups across Canada (and indeed among Aboriginal peoples in Canada, the United States, Australia and elsewhere), which leads me to propose a province for them, cannot be satisfied by a traditional territorial identity.

Richard Falk has also presented a complementary case for non-territorial organizations. He has urged the creation of "...cooperative ventures and voluntary associations linking indigenous peoples as a kind of transnational pressure group that is not a creature of governmental or intergovernmental activities. The focus on the rights of peoples as a new normative foundation for rights follows directly from this realization of the oppressiveness of a state system based on deference to territorial supremacy."⁶⁸ He goes even further in stating that "...there needs to be an acceptance of some international personality for indigenous

peoples...so that the resolution of conflicts between indigenous peoples and modern society is not totally subject to the institutions and criteria of modern society." (p. 608)

There are already concessions to the international personality of Canadian provinces, including trade missions, collaboration with the federal government on selecting and targeting immigrants, and Quebec's and New Brunswick's participation in La Francophonie (the French equivalent of the Commonwealth). Thus, I argue that Aboriginal Peoples Province should, as a province, have some responsibilities for external relations that go beyond those available to existing provinces.⁶⁹ This form of asymmetric federalism could be justified on the grounds of an inherent right to self-government, and it would apply also to other Aboriginal provinces such as Nunavut. One might usefully note that passports issued by Aboriginal nations are accepted as valid travel documents by some countries, especially in Europe. There is hence a good case for sanctioning Aboriginal Peoples Province to issue passports, although they might also indicate that they were valid as Canadian passports. Other provinces would, of course, expect the same jurisdiction, and that could be considered. Since Aboriginal Peoples Province would be the only province explicitly based on the inherent right to self-government, one could argue that other provinces have a lesser claim to their own passports.

It may seem ironic to many people that Aboriginal struggles for a land base, for land claims, and for a place to pursue their own customary lifestyles might result in a province or third order that challenges the importance of exclusive and contiguous territory. This attitude tells us something important about our own preconceptions and reminds us of an essential characteristic of most Aboriginal societies around the world. In their worldview, one does not own the land, one nurtures and uses the products of the land. By careful migration, by seasonal variations in use, by overlapping boundaries, most Aboriginal groups were tied to the land but not to one particular place that they alone used exclusively. Understanding the dangers of territoriality may help non-Aboriginal people live together more productively and less antagonistically, and if so we will owe some thanks to Aboriginal peoples for making us face and question some assumptions no longer necessary.

But will it not be terribly confusing if boundaries overlap and many types of groups share a place? Think for a moment about how one's own town or city is organized. Some agencies and institutions co-exist in the same territory; for example, a school board and a

parks board may coincide with the boundaries of a municipality. But there is no commonality of territory for others: telephone toll-free areas, hospital boards, water districts, hydroelectric power utility districts, air traffic control regions, and rapid transit systems. Each functional institution is designed to deal with a specific problem or issue, and thus each adopts a size of territory that seems appropriate to that issue. Why should one expect all problems to fit neatly within the same territorial boundaries?

Some people respond to this question by answering that these agencies do not relate to the same territory because, of course, they do not all answer to the same sovereign government. That begs the question. Why should we assume that sovereign governments must be all-purpose entities, dealing with all issues in regard to the same territorial base? It is arguable that the federal and provincial governments might perform better if they undertook fewer activities and instead allowed political units larger and smaller than them to handle some other problems. Perhaps the motto for the twenty-first century should be to do less but do it better.

Jurisdictions and Administration

One may distinguish between jurisdictions and administration. The former refers to topics, heads of power, content, or kinds of services delivered or rules imposed. The latter refers to how the delivery occurs, how policies or rules or incentives are managed. When one keeps separate the issues of *what* is delivered and *how* it is delivered, there is more scope for a refined analysis of both dimensions. It should be clear that 'jurisdiction' in my usage refers to heads of power and not to a form of government.

Currently, most public administration texts (although not all) assume that nations, provinces, and most political units should be based on territoriality, as defined to include exclusive, continuous, and contiguous territory. When one examines what governments do, it is immediately clear that only a few topics of jurisdiction are inherently territorial. As technology has evolved, fewer jurisdictions have remained inherently territorial; and it may be that eventually very few will be. Before placing too much faith in a non-territorial entity like Aboriginal Peoples Province, one must demonstrate that it can administer enough non-territorial jurisdictions to be a viable province or third order.

If territoriality involves exclusive control or use of territory that is continuous and contiguous, there are relatively few jurisdictions that are inherently and unequivocally territorial. Even if we relax these conditions slightly, to mean that proximity is the ultimate criterion, that is, a combination of contiguity and continuity, there are still a great many non-territorial jurisdictions. An incomplete list of inherently territorial jurisdictions includes primary health care (such as emergency wards and general or family physicians), mass transit, and daycare centres for children. One should note that defence and military matters may be set aside in this discussion as examples of federal jurisdiction of a territorial nature.

One thing each of these jurisdictions shares is that distance has negative consequences. If one is too far from primary health care, accidents or illnesses are more likely to be fatal. Mass transit works most effectively where everyone in an area shares the system, rather than having separate systems for different groups, as was the case for decades in South Africa with bus and train systems restricted to white or non-white. Daycare centres would serve little useful purpose for parents who had to drive hours to drop off and pick up their children.

Another example of a territorial jurisdiction will serve to make another kind of point. The provision of postal services could be set up in a non-territorial manner, but that would be enormously more expensive. For example, one could have separate systems for men and women, or one for businesses and another for residences. But both systems would have to cover the same territory and would thus duplicate basic overhead costs. Hence, it seems reasonable to state that postal services should be territorial. If we redefine postal service to mean messenger service, then it will not be inherently territorial, because electronic messages can be non-territorial. For example, academics have a different electronic mail system from doctors and hospitals, and most people in an area do not participate in such systems yet. With the penetration of telephones, fax, e-mail, and the like, postal services in the traditional sense (carrying hard copy) have had less and less to do with messages. The important conclusion is simple: technology can and does affect what counts as inherently territorial. As postal systems come to have less and less to do with messages, their remaining functions are almost totally territorial.

Some taxes seem to be territorial and others non-territorial, even though at present all taxes are administered by territorial governments. Retail sales taxes and VAT (or GST) are

currently territorial, although there are exceptions, which may grow in extent as technology changes. Income taxes, on the other hand, need not be territorial, or at least not to the same degree as retail taxes.

Retail sales taxes appear to be inherently territorial; that is, everyone in a particular area will be charged the same tax. Fairness as well as practicality may require that each customer in a store be charged the same tax, rather than a tax rate determined by their country or province of residence. But perhaps not, since in some jurisdictions today certain types of people are exempted; for example, clothing for children under a certain age or equipment for people with disabilities may be exempt from sales tax. Even now, when purchases are made by mail, certain kinds of taxes are not collected for residents of some places, either foreign or some provinces. Thus, as electronic shopping (for example, by use of TV catalogues) becomes more common, it may happen that VAT, GST, and retail sales taxes will be assessed according to place of residence rather than place of purchase. Such taxes would then be non-territorial in application even though territorial governments would still set the rates.

Income taxes have not been territorial for a long time, even though they too are administered by territorial governments. Although the basic rates apply to everyone who is resident in a territory, there are a great many non-territorial features. For one thing, official residence in a province or country does not entail physical presence; one may live away from home for extended periods and still maintain that home as official residence. Second, tax codes everywhere make distinctions of a non-territorial sort about tax rates, tax deductions, tax credits, exemptions, and surtaxes. For example, capital gains may be taxed at a different rate from salaries, wages, or dividends. Likewise, individuals incorporated as a business may be treated differently from salaried individuals. In some areas, income below a certain level attracts negative income tax. Almost everywhere, family structure affects tax rates by determining who counts as a spouse or a child eligible for deductions for dependents. In short, people pay income taxes only in small part because of territorial residence; they are treated as *types* of individuals at least as much as a territorial group.

Besides the jurisdictions mentioned as territorial, most of the remaining provincial jurisdictions are non-territorial either wholly or in large measure. Take education, for

example, where neighbourhood schools are a clear example of territoriality based on proximity. There are several non-territorial aspects, such as shared territory between public and private systems, between English and French systems in some provinces, and between private, secular, and Catholic schools in many areas. At more advanced levels — colleges and universities — students do not restrict their choices to the nearest school. Without modern telecommunications, distance education has still occurred; and with them, education by combination of post, television, fax, telephone, and electronic mail should be easier, cheaper, and more common.

Although primary health care needs to be localized, specialized care, hospitals, and high-tech equipment seem to be non-territorial. They serve needs beyond a locale, and they will be used only by certain types of individuals. Likewise, many social benefits are targeted to individuals with particular characteristics rather than to all people living in an area. For example, unemployment insurance, welfare assistance, low-income housing, and the former family allowance involved the identification of needs and services based on personal characteristics. Although they are all administered by regional offices of territorial governments, they are targeted to types of people rather than particular places.

We may conclude therefore that a non-territorial province or third order is not an oxymoron. There will be plenty of jurisdictions for Aboriginal Peoples Province to administer, just as there are for existing territorial provinces. Some very localized matters will also fit in easily, since the nature of Aboriginal Peoples Province consists of small communities, mainly on reserves but also in many towns and cities. There may be problems, such as schools conducted in Aboriginal languages, but those problems exist under present arrangements as well. By leaving such issues aside for now, I do not imply that they do not pose formidable challenges. Instead I assert that those challenges would exist under any system, and Aboriginal Peoples Province can handle many challenges at least as well as territorial provinces. One must also bear in mind that Aboriginal people themselves should be given the opportunity to address these issues, and Aboriginal Peoples Province seems to me to be a good framework for that goal.

Delivery of Services in Aboriginal Peoples Province

Some jurisdictions may have inherently territorial features that the hypothesized province must handle. By itself Aboriginal Peoples Province would do so inefficiently, but by sharing some services with territorial provinces, delivery should be at least as efficient as it is now in existing provinces. I will discuss collection of retail sales taxes and delivery of health care services as representative examples of beneficial co-operation between provinces.

Taxation is even more vexatious in the context of Aboriginal people than for other Canadians. Some treaties exempted Indians from taxation, and the *Indian Act* exempted residents of reserves from taxation. Furthermore, the fiduciary responsibilities of the Crown in right of the federal government may preclude any tax revenue from Aboriginal people in an Aboriginal province or the third order. The issue of tax collection needs to be addressed, however, because it can take several forms that are completely independent of each other. For one, Aboriginal people may pay no taxes to Ottawa after a third order is established, because of the historical origins of the fiduciary relationship. Second, they may wish to pay taxes to themselves in an Aboriginal province or third order, as a symbol of citizenship or common sharing. Finally, Aboriginal people would presumably want to collect taxes from non-Aboriginal people shopping in the province or from non-residents who reside temporarily in the province. Since the second and third possibilities, at least, have some plausibility, it is necessary to say something about retail sales taxes.

One cannot easily discriminate at the cash register between people who live in different provinces, although I suggest one procedure below. Would this pose a problem in financing Aboriginal Peoples Province? In particular, would it be deprived of the revenues from such taxes? If so, this could be crippling, given the degree of dependence of nine of the existing provinces on sales tax — all except Alberta. There are at least three major alternatives for dealing with this issue.

The first involves self-identification by customers in the retail outlet. One would charge a particular tax and remit it to Aboriginal Peoples Province for the customers who identify themselves as residents there, and all other tax from customers would go to the territorial province within which the retail outlet was located or, if on a reserve, the province 'surrounding' the reserve. This procedure would be feasible but expensive for retailers to

administer and almost prohibitive to police. It might also be time-consuming at the point of check-out. So let us consider two other procedures.

Second, one might designate each retail outlet as Aboriginal or not, depending on the official place of residence of the owner (if a local business) or manager (if a branch of a regional or national company). Aboriginal stores would remit tax to Aboriginal Peoples Province, while all others would do so to the territorial province 'surrounding' the store. This method has the merit of simplicity and low cost of administration. If it were felt, however, that one or the other of the provinces got an unfair share, then one could consider alternative number three.

Third, one could monitor the use of retail outlets by Aboriginal and non-Aboriginal people and then allocate tax revenues proportionally. In other words, one need not record every transaction (as in the first procedure above) but simply have spot-checks. These would be analogous to labour force surveys on unemployment, which are now done once a month on samples of people rather than on everyone. A combination of the second and third methods might be most reasonable: one would divide the tax revenues according to the residence of the owner (or manager) unless a survey indicated deviation from the norm beyond a certain margin.

The purpose of this extended example is twofold. I want to show, for one thing, that a non-territorial province could be funded by a reasonable mix of tax sources. These would obviously be supplemented as necessary by transfer payments collected and disbursed by the federal government, as occurs now among all provinces. But those transfers would be distorted if Aboriginal Peoples Province (or any other province) made no effort to collect its own taxes. Taxes are, after all, public goods; they require an enforcement mechanism to deter free-riders, whether individuals or provinces.

My second purpose in dwelling on sales tax -- and another example in a later section concerns the need for interprovincial co-operation. Instead of each province collecting and keeping its own sales tax revenues, these would be handled in a co-operative manner to ensure that neither territorial nor non-territorial provinces suffered. One might also perceive the issue from the residents' vantage point, since they would like to be assured that their taxes were destined for their province's treasury. There is already considerable co-operation

of this type currently, and one should encourage rather than discourage it. For example, residents of a province travelling or residing temporarily in other provinces continue to pay income taxes and health insurance premiums to their province of residence, but all provinces reimburse each other for certain costs such as hospitalization, automobile accidents, and the like.

The Value of Shared Jurisdictions

A great deal of effort has been expended — by theorists as well as judges and politicians — in trying to clarify the division of powers in federal systems. After all, the reasoning goes, federalism was created to keep distinct national issues and matters of local concern. Therefore, each order of government should have jurisdictions that are clearly delimited and defined. I propose to challenge this doctrine at least as regards joint delivery of some services by provinces.

It is easy to lose sight of the relatively novel division of jurisdictions in Canada. For good historical reasons, Canadian federalism has relied on lists of exclusive jurisdictions for federal and provincial governments, especially in sections 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. That federalism may also be used as a vehicle to share powers follows from examining other federal systems. The United States and Australia, for example, allow relatively few exclusive jurisdictions and rely instead on mostly concurrent powers. I will explore in the next section a sweeping change in that direction for Canada. In that section, my focus will be on the merits of asymmetric federalism; in this section, I propose to focus on the value of co-operation for service delivery.

The first specific example analyzed in this section is the delivery of health and hospital services in the non-territorial Aboriginal Peoples Province. I have already stated that emergency wards and other primary health care seem to be inherently territorial in the sense that proximity must prevail or else more fatalities and greater suffering will occur because of the link between distance and time lapse.⁷⁰ For all other types of health and hospital care, contiguity may be convenient, but it is not essential. Non-routine check-ups, elective surgery, expensive diagnostic procedures, rarely used treatment facilities, and experimental programs should not be located in or near every neighbourhood or community, since the expense of

doing so would take resources away from other governmental programs or from private disposable income. For ease of reference, I will refer to these latter types of services as secondary or specialized, to distinguish them from primary or all-purpose emergency services.

In the existing territorial provinces, allocation of secondary facilities and services among communities has been accepted from the beginning of the Canadian universal care system in the 1960s. Where a community cannot fully utilize a specialized facility, ambulance or air ambulance transportation becomes an extra service so that artificial or arbitrary barriers to use are minimized. In some cases, provincial health plans even pay for the procedure to be performed in other provinces, the United States, or elsewhere and for related travel costs. Since there is a central clearinghouse for payments, use anywhere in the system has the same effect; and thus where use should occur can be determined on the basis of efficiency, cost, and fairness rather than proximity.

As hypothesized, Aboriginal Peoples Province would consist of about 2,000 pockets of reserve land, varying in population from a handful to several thousand. In addition, most Aboriginal people live off-reserve, permanently or temporarily, and their numbers and demographic composition change frequently. Thus, one cannot realistically expect to set up the full range of secondary services in all locations, whether on-reserve or off-reserve. Some reserves will be too small, even if several are located near each other, and urban or other off-reserve sites would often duplicate existing specialized facilities run by territorial provinces.

As a result of these considerations, I propose that Aboriginal Peoples Province share its jurisdiction over health with the other territorial provinces, at least where reserves or groups of reserves may not allow sufficient population base for elaborate facilities. Sharing will mean several related aspects: sharing the use of facilities, sharing the cost of operating them, sharing capital costs, and sharing responsibility for quality and accountability. Some of these aspects are already shared among existing provinces, since federal co-ordination ensures that members of any provincial health plan can use facilities in the other provinces and have that use paid for by the home province. Capital and other costs are shared between federal and provincial governments, which follows logically from equalization grants and other transfer payments between have and have-not provinces. These would presumably continue but not be limited to transfers among territorial units alone.

The sharing would, on a practical level, be quite simple. Imagine a community in Aboriginal Peoples Province that is too small to justify a full-service hospital but is relatively near a town or city with an existing facility. The members of the band or reserve will have identity cards that entitle them to service, just as Canadians have now. When they make use of a service in a territorial province next to their homes, billing will occur — electronically if possible, by mail if not — so that the relevant province or order of government pays for the service. At regular intervals, the two provinces can determine proportions of use by residents of the two provinces — such as during a yearly audit — and therefore apportion the operating and capital costs for the next fiscal year accordingly. If all billing were handled electronically, as it surely will be in the future, such cost sharing could be done weekly, monthly, quarterly, or whatever. By the same token, accountability and responsibility would be transparent, and ministers of health in each province would be able to answer questions about usage, cost, efficiencies, and planning in the time frame defined by the audits or monitoring.

Note that the same exact sharing and accounting would also be feasible for off-reserve citizens of Aboriginal Peoples Province.⁷¹ Instead of a short trip from reserve to town, these people would travel from one part of a city to a nearby hospital of their choice (or their doctor's choice). Billing to Aboriginal Peoples Province would be automatic. Since income tax is, as we have seen, non-territorial, those citizens of Aboriginal Peoples Province who reside for extended periods off-reserve would (or at least could) declare their wish to be official residents of Aboriginal Peoples Province, in which case their income taxes (if there are any) would revert to that province. The territorial province would then reclaim a portion of revenue from the non-territorial province or the federal government to pay for the shared operating and capital costs. These procedures would require some legislative changes to take account of long-term physical residence without a change of official residence. There is, presumably, no reason why such changes could not apply among territorial provinces as well if that seemed to be preferred. Part of the value, I believe, in exploring these alternatives to territoriality concerns the potential benefits even where territorial provinces are retained. This could result in greater choice and flexibility for all citizens.

It is only fair to note that some services for urban Aboriginal people might not be susceptible to shared jurisdictions, even if many others would work well. For example, the

Royal Commission on Aboriginal Peoples has heard testimony that Aboriginal people are discriminated against when referred to social service agencies run by non-Aboriginal people. This problem might have two sorts of solutions. One might use a rule about special services 'where numbers warrant'; these would be warranted in all the major cities, since Aboriginal people number in the thousands in such centres. One could also insist that existing agencies be modified - after negotiations between Aboriginal Peoples Province and the territorial provinces - to hire Aboriginal staff, to train existing staff to be more culturally sensitive, and to open branches in areas with heavy Aboriginal concentrations.

The scale of sharing in the envisioned system would greatly exceed what now occurs as a result of tourism, business travel, and temporary residence in another province. As just suggested, however, the example of joint or shared jurisdiction and administration between Aboriginal Peoples Province and territorial provinces might have a demonstration effect. Then the territorial provinces might find it advantageous - either for cost reasons or to satisfy citizens with unusual living arrangements such as commuting couples who live or work in different provinces - to share some or all of their health systems or other services.

These suggestions may not seem very radical, since they constitute incremental changes beyond current practice.⁷² By themselves they may not involve fundamentally different arrangements. But they represent a new and beneficial mind-set based on a habit of co-operation rather than conflict, sharing for mutual benefit of citizens rather than the zero-sum attitudes of "what you get, I lose." This orientation will become more visible and marked, the greater the number of shared jurisdictions. Besides health, territorial provinces might share with Aboriginal Peoples Province many other jurisdictions, including highways construction and maintenance, firefighting, secondary and post-secondary education, tax collection and auditing staffs, environmental regulation, licensing of private businesses, and many others. Some jurisdictions might never be shared, since most Aboriginal communities seem to place great emphasis on their own police and administration of justice.⁷³ Leaving aside such jurisdictions, one might ask whether some of the territorial provinces might benefit from joint jurisdiction in some of these areas. This already occurs in the Maritime region to a limited extent, but more of it might be helpful.

Differences and Equality

At the beginning, I identified two types of problems — service delivery as a practical challenge and whether ‘positive’ discrimination in service delivery might lead to ‘negative’ discrimination. The previous sections have outlined feasible solutions to service delivery in a non-territorial province and ‘extra-territorially’. The procedures would ensure delivery to meet the needs of Aboriginal peoples by giving them a government that has financial resources to pay for dedicated or shared services. Some procedures involve doing what is now done but in a slightly different way, while others may be innovative and even of interest to territorial governments. Now it is time to turn our attention to issues of discrimination.

To discriminate usually means to treat a group badly compared to fellow citizens, but it can also mean affirmative action or (neutrally) separate categories that receive different but equal treatment. A century of discrimination against Afro-Americans in the South was justified under the slogan, "Separate but equal." Hence, most residents of North America shy away from that and equally loaded phrases such as ‘distinct society’, ‘special status’ and ‘asymmetric federalism’.⁷⁴ While recognizing that abuses can and do occur, I want to argue that we should not reject the labels out of hand. I shall endeavour to show that Canadians have discriminated but maintained equal treatment for decades and in some respects since Confederation. One way to think of how to reconcile pertinent differences with equality involves fitting the solution to the particularities of a problem rather than to the average of several problems.⁷⁵ Another way, of course, is to entrench in the Charter — after a broad consensus develops — those categories or cleavages deemed acceptable for positive discrimination or for rectification of former negative discrimination. Section 15 of the Charter lists most of the features where consensus has existed up to now and permits the judiciary to define others by rules of analogy.

In this section, therefore, I want to demonstrate that particularistic treatment of provinces and their jurisdictions has paralleled equality in important respects. In the next section, I will turn to some specific concerns of a non-territorial province or third order for Aboriginal people.

The faith in exclusive jurisdictions for federal and provincial governments has proved groundless.⁷⁶ Except for a few cases, such as currency and military defence, none of the

jurisdictions have remained exclusive in practice. In some cases, deceptive terminology disguises overlap; for example, exclusive provincial jurisdiction over education but federal jurisdiction over training. In other cases, courts have delineated 'aspects' of the same jurisdictions; for example, different aspects of banking or insurance or trade. In three cases, concurrent jurisdictions have been entrenched in the Constitution Acts — immigration and agriculture with federal paramountcy and old age pensions with provincial paramountcy.

It is time, I believe, to recognize that all orders of government in Canada have legitimate interests in many, if not most, jurisdictions now considered exclusive to one or the other. In proposing that most jurisdictions become concurrent among all three orders of government, I want to emphasize that my motives go beyond facilitating a third order for Aboriginal people. I believe that the benefits of concurrency would accrue to all of the governments in Canada and would enhance the operation of particular jurisdictions. If Canadians prove reluctant to create concurrent jurisdictions across the board, there would still be value in increasing their number, and especially where the third order's jurisdictions are concerned. These jurisdictions should become concurrent with paramountcy by one or the other order of government. Usually paramountcy can be decided in the first instance on the basis of which domain currently has exclusive jurisdiction in the relevant sections of the Constitution Acts. By this I mean that where section 91 entrenches federal jurisdiction, it would have paramountcy, and where section 92 entrenches provincial jurisdiction, the provinces and the third order would have paramountcy. Deviations from that rule would be negotiated. As a result, one would deal with several issues now causing difficulties. One could reduce the amount of litigation over which order of government has jurisdiction, thereby saving money on court costs and, even more important, reducing delays in implementing programs. One might also foster an attitude of co-operation and responsibility, as argued in the previous section. This would be a welcome change, from the perspective of citizens at least, in avoiding the now common efforts to protect one's turf and avoid responsibility for contentious issues.

The largest single benefit of shared jurisdictions, in my estimation, would be the entrenchment of a flexible form of asymmetric federalism. This type of federalism has usually been resisted for three reasons, none of which I accept as reasonable. The first has been an

assumption that it runs counter to the equality of the provinces. The concept of equality has several meanings — equal legal standing, fair treatment, uniformity, homogeneity, reciprocity, and equal opportunity, among others. One should note that the provinces have equal standing in most respects — in constitutional revisions, in the right to attend first minister's conferences, in reference cases, and a host of other matters. They also vary enormously in treatment: number of senators (some are parts of regions, other constitute a whole region), equalization grants, transfer payments, deviations from proportional representation in the House of Commons (small provinces are overrepresented, large ones are underrepresented), provisions regarding terms of entry into Confederation, provisions regarding the status of Catholic or dissentient schools and of the two official languages, and many others. There is no homogeneity or uniformity, and thus legal equality rather than these types of equality should be our focus. If all were to share jurisdictions legally, equality would be preserved.

The second objection revolves around the role of members of Parliament. If a province has jurisdiction over some matters that other provinces have left to the federal government, then MPs from the former province, it is alleged, should not vote on those matters since that federal legislation would not affect their province.⁷⁷ Concurrent jurisdictions clearly do not raise this issue, or otherwise one would have heard concerns about the three concurrent jurisdictions now shared or about problems in other federations where concurrent jurisdictions predominate. They also fail to raise the issue because exercise of a head of power is totally voluntary and can be taken up or put aside as need be, whether under the present examples of concurrent jurisdiction or any further instances. Thus, no MPs would have to abstain on any issues before Parliament, and one would not need elaborate procedures for determining who was allowed to vote on which bills or amendments. Differential treatment of provinces in a particular piece of legislation has never up to now disqualified some MPs from voting on any bill, such as unemployment insurance, fisheries, regional economic stimulus, the Quebec pension plan, or transfer payments — all of which differ enormously in intent and in impact on different provinces or regions within provinces. Urban MPs vote on farm subsidies and rural MPs on urban facilities such as airports, ports, and convention centres.

The final objection concerns 'special status', and especially its entrenchment in the Constitution. When entrenched, it cannot change in response to unforeseen circumstances. The

most common example hypothesizes that Quebec might someday be notably less French, and thus not deserve special powers to protect its 'Frenchness'. Leaving aside the fact that no projection of current trends has envisioned French becoming a minority language in Quebec in a century or more, one should note that, once concurrent jurisdictions were established, the current proposal would require no constitutional change to reflect changing circumstances. If Quebec decided that French could not or need not be protected, it could simply cease to exercise the powers available to it, or would exercise them less vigorously. Likewise with federal policies and legislation on bilingualism.

Let us put aside these objections and focus on how concurrent jurisdictions would work in practice. Then we can assess their value in asymmetric federalism. The simplest description of what would occur in the immediate future might be that Quebec and British Columbia would occupy most heads of jurisdiction, Alberta and Ontario almost as many, and the less affluent provinces fewer of them. Furthermore, what each province chose to do in any given concurrent jurisdiction would be, to a greater or lesser degree, different from activities in that jurisdiction undertaken by the other provinces. In other words, provincial experimentation would occur, and sometimes other provinces or the federal government would emulate the program. Sometimes, unique local needs would engender programs in one or more provinces that were of no interest to the rest of the provinces. Federal programs in areas of concurrent jurisdiction might also be quite different in each province or region, as they often are now in areas of exclusive jurisdiction. All of this variety should be judged by its value in reaching the stated objectives; it should not be sought for its own sake or condemned simply because it occurs. Variety does not in itself weaken Canada, despite what some advocates of federal power claim.

Consider one further likely consequence of concurrent jurisdictions. At present most governments feel obliged to occupy their jurisdictions in order to head off potential encroachments by the other order of government. "Use it or lose it" seems to cover many situations. If the Constitution made plain that each order could move in or out of a domain without risking a battle, retaliation, or loss of standing, concerns might be lessened and tempers might subside. If these speculations proved correct, then each order of government could rationally consider as a course of action the option of doing less but doing it better.

One might see, thereby, a variety of mixes of public and private administration in different places or orders of government.⁷⁸ Some mixtures might prove less costly or more effective or more popular, and thus other governments might learn from them.

But some critics will assert that this recommendation is purely academic. No political leader would wish to share jurisdictions. Of course, one may point to other federal systems where shared jurisdictions are much more common, such as Australia and the United States. Even in Canada, there has from time to time been considerable enthusiasm for concurrent jurisdictions, and that is why I have proposed it here. The fact that the most recent advocacy of these ideas came from Quebec — and in particular the Allaire report in 1991⁷⁹ — has meant that most observers reacted negatively, fearing that otherwise they would be labelled separatists or seen as weakening the federal government or appear to be giving in to Quebec. Regardless of the source and regardless of the motives of the Allaire Committee, these innovative ideas deserve evaluation in their own right.

There have always been many ways in which the provinces have been different or unique. Size, affluence, mix of economic activities, ethnic origins of population, proportion of Aboriginal people, types of natural resources, and climate constitute only a few of these dimensions. If one were to allow each province to choose the jurisdictions it deemed most important to its well-being — even if some chose to let the federal government exercise them on its behalf as currently happens in many cases — the asymmetry would be one more way in which federalism tried to balance local and national interests. If one went one step further, one could imagine a different pattern of public and private means of service delivery in each province. If the third order were itself a confederation, that would be a further source of asymmetry. Finally, the ultimate asymmetry would involve creating one or more non-territorial provinces where those could more adequately answer the needs of groups long neglected in the politics of territorial provinces.

Exit, Voice, and Loyalty

If one accepts the argument of the previous section, differences recognized as significant to one or more groups in the country may be reconciled with formal equality. Many Canadians have apparently not agreed with this conclusion, judging by the strenuous opposition to

Quebec's demand for designation as a distinct society. Some opponents of a third order of government and of the inherent right to self-government for Aboriginal people probably share the same concerns, although Aboriginal opposition may have a different basis. Proponents of a Triple-E Senate, on the other hand, unwittingly support my conclusion to the degree that they try to justify equal representation of provinces by reference to the inability of small provinces (i.e., all but Quebec and Ontario) to secure the policies they need against the nearly two-thirds majority of the two large provinces.

Accepting that difference and equality are compatible, let us examine some potential consequences of asymmetric federalism and special status for Aboriginal Peoples Province or other non-territorial provinces. The first approach will examine responses to the existence of differences between regions, especially between territorial provinces; and the second will broaden that inquiry to differences between neighbours (individuals or families) who live near each other but in different provinces, one territorial and the other non-territorial.

The first approach has often focused on the notwithstanding clause (section 33) of the Charter. In 1981, opposition to it centred on the notion of checkerboard rights: some people would have more rights than others depending on the province in which they lived.⁸⁰ The concern about this result was lessened by placing a five-year time limit on each use of section 33. Hence, voters in the relevant jurisdiction would have a chance to vote out the party that made use of the clause, or to affirm its acceptability by re-electing them. Although the section has not been used often (only twice really, leaving aside *pro forma* uses by the Parti Québécois in the early 1980s), the concern with uneven rights across the country has, if anything, grown stronger, judging by the opinions voiced by many groups and some first ministers during the Charlottetown process in 1992.

The logic of this concern about checkerboards, if pushed to its limit, leads to the conclusion that provinces or other sub-national governments should not exist or should be nothing more than the administrative arms of the central government. That conclusion is clearly nonsense. There are two reasons for a federal system: to achieve a degree of unity instead of many independent political systems, and to avoid too much unity. Some might agree as far as policies or programs but argue that 'rights' must be absolute and universal. This response fails to solve the dilemma because there is no definitive boundary between

programs and rights. For example, is abortion a right or an aspect of health policy? It probably involves both. Is the presence in one's hometown of a heart transplant team a right, or can one have a policy that forces some people but not all to travel some distance to receive the service? If absolutely no variations are acceptable in anything people cherish, then there can be less justification for federalism, for provinces, for responsiveness to local concerns, for minority ways of life that are sheltered from majority rule.

Hence, we have accepted for over a century that the package, bundle, or basket of policies and services in each province will be somewhat different than in the others. Of course, one reason that situation is acceptable concerns the limited range of variation we believe will in fact occur and the existence of boundaries set by equalization payments, federal jurisdictions, and the Charter, among other checks on local experiments.⁸¹ If people around you in this province share your situation, you will be less likely to feel aggrieved that other people far away have a different basket of services. If those distant comparisons bother you enough, you have a constitutional right to migrate to the other province. This option of 'exit' is the ultimate right in regard to some aspects of one's life chances.⁸²

The second approach to issues of difference and equality concerns neighbours. With the creation of Aboriginal Peoples Province as a third order of government, its nature as non-territorial entails that at least some people will live next door or just down the street or road from each other and yet will live in different provinces.⁸³ Hence, 'discrimination' in the sense of a different bundle of services or opportunities or even rights will be that much more visible. How can we justify this kind of discrimination in pursuit of dignity and self-government for Aboriginals? More poignantly, how do we justify it without also encouraging or warranting less benign forms of discrimination?

Let us admit up front that one can never eliminate all attempts at discrimination. If we could, we would have less need of politics, constitutions, or charters of rights and freedoms. Having a province with impressive jurisdictions has not kept French speakers in Quebec from believing that the English majority, outside of Quebec, has, in subtle ways, undermined their way of life. Nor has it forestalled Alberta's concerns about the security of its oil and gas reserves as a provincial rather than a national resource. Some degree of tension, conflict, and misunderstanding will remain even if we all have the best of intentions.

The issue may be framed, therefore, not as how to eliminate discrimination but how to ensure that when it occurs someone has the power to bring it to the attention of the public. Recourse to the courts to clarify or enforce Charter rights is an important way of dealing with alleged discriminations. Having a provincial government that answers to a majority who share a way of life is another important safeguard. That is why I have urged that Aboriginal Peoples Province be established as a province or several provinces with all the powers and prerogatives of a province (even if it ends up being called a third order). This would be a formidable province since there are approximately a million Aboriginal people in Canada; Aboriginal Peoples Province might thus be larger than Saskatchewan, Manitoba, or any of the four Atlantic provinces.

Provincial governments with significant minorities of Aboriginals resident among their citizens have not so far proven reliable as guardians of Aboriginal interests. Some, like Ontario in recent years, have been relatively open to Aboriginal needs, but most have behaved more like opponents than allies.⁸⁴ Thus, an Aboriginal province — even if open to migration in and out — will have a government composed wholly or mostly of Aboriginal people⁸⁵ and concerned to gain election or re-election by attending to the specific needs of Aboriginal individuals and communities wherever they may be.⁸⁶

One must be on guard against a double bind for the third order. Only if this political unit has mostly Aboriginal citizens will it have the legitimacy to speak on their behalf. If it is mainly Aboriginal in composition, however, some observers will discount its legitimacy on the grounds of racism or single-interest politics. Thus, its demographic profile could be used to strengthen or weaken its ability to speak on behalf of Aboriginal peoples. By a similar logic, Quebec's majority French population makes it one of the natural vehicles to defend the French fact while also making it possible for some non-Quebecers to dismiss Quebec's stance as self-serving.

The issue of neighbours being jealous of the mix of policies and rights that they see Aboriginal people enjoying should cause no more problems than federal policies do now. After all, the Aboriginal people in urban centres and those living on the reserves next door to non-Aboriginal settlements are there right now. Creation of Aboriginal Peoples Province may increase the visibility of some policies because its government will enact legislation reported

in the news media. Likewise, if residents of territorial provinces pressure their governments to give them some services they notice are available to their Aboriginal neighbours, that is how democracy works. If these non-Aboriginal citizens or provinces seek to penalize Aboriginal people rather than to benefit themselves, the provincial government of Aboriginal Peoples Province may take up the matter with other provincial governments on a government-to-government basis. That has so far been effective in many areas for most Canadians except Aboriginal people, so one may realistically hope that it would prove effective for Aboriginal people as well.

Feeling that someone in authority will take your concerns seriously should encourage a feeling of empowerment. This has often been referred to as 'voice', as in expressions like 'having your say' and 'voicing your demands'. If voice does not work, exit is an option whether from territorial or non-territorial provinces. Knowing that one can leave if one is not listened to often leads to better listening. The combination of exit and voice options should lead to a sense of 'loyalty' or security, of being able to work the system to one's advantage.⁸⁷ That at least has been an essential component of theories of democracy: consent freely given to a government responsive to one's needs and way of life may be withdrawn, and if enough people withdraw their consent, the government's mandate ends. Thus, we see again why it is so important that Aboriginal citizenship rest not just on entrenched rights but on the existence of one or more governments whose legitimacy depends on an Aboriginal majority.

The issue of discrimination may arise in a totally different context, one for which I can offer no easy solution. There is a strong possibility that some Aboriginal people will want to discriminate against other Aboriginal people. For example, testimony at hearings of the Commission included the following comment and others like it: "...does 'we' mean Aboriginal urban people collectively or does it mean urban status people, urban treaty Indians, urban Métis, urban non-status Indians or urban Inuit peoples separately?"⁸⁸ I have also alluded above to the need for some Aboriginal groups to help other groups because of the current — and perhaps long-term — disparities in resources.

One response to these issues involves the responsibility of the government of Aboriginal Peoples Province for decisions about how services should be targeted in urban

centres. Another would involve a debate before setting up the province so that potential residents would know whether they might get what they want. A third option would require an Aboriginal Charter to spell out the ways in which the government should aim to balance preservation of the language and culture of each nation and equal sharing of facilities and services. Finally, one might want to consider whether urban Aboriginal people (off-reserve) should have their own self-government rather than the extra-territoriality I recommend. This has implications for the nature of the third order, since it would entail sub-units (confederation) or several provinces for Aboriginal people. All of these possibilities have their strengths, and none is a perfect solution. It is not my place to dictate the procedures to be used. That is a challenge for the citizens of Aboriginal Peoples Province. The choice they make on this issue will have ramifications for what citizenship means in the new province. However, even in the absence of answers to these uncertainties, one may spell out some implications for citizenship in a non-territorial province or third order. After that, I turn to a list of recommendations that also may help to summarize some of the key arguments of this paper.

Avoiding All-or-Nothing Thinking

Why choose among possibilities if you do not have to do so? Why not combine elements of several institutions, procedures, experiences, or possibilities? Why think only of this or that when one might have some of this and some of that? Politics is, of all endeavours, the one most committed to resolving tensions among alternatives without rejecting any of them completely. That sets it off in important ways from military, bureaucratic, or certain economic approaches.

In the present context, these political dilemmas involve citizenship and the institutional forms that express it and undergird it. Should we allow Aboriginal citizenship, or should everyone be a Canadian? Should Aboriginal citizenship 'within Canada' reflect the form of a province or take the form of a third order 'equal' to the federal government and the ten existing provinces? I hope that by this point readers are not surprised to find that I reject these all-or-nothing choices, these forms of dichotomous thinking. In certain contexts, such as a meeting in Ottawa, I feel myself to be primarily a British Columbian, whereas when abroad

I more often identify myself as Canadian. Both are relevant, and neither eclipses the other. Of course, I am equally a professor (and other things) depending on the situation.

I hinted near the beginning of this paper that Aboriginal Peoples Province might not really turn out to be a province, but that one can learn a great deal about setting up a governmental order for Aboriginal people by working through a provincial model. The name or label we agree on has some value, because it has contextual meanings for us as Canadians of whatever specific type. We should, however, be cautious about letting the name or label convey too much information. The reader will recall that use of the concept 'province' has led to several insights in this paper that are not commonly understood or accepted by many Canadians. For example, it reminds us that these are sovereign bodies, at least within areas listed in section 92 of the *Constitution Act, 1867*. Also, that they need not be territorial just because they have been so up to now. Further, provinces do not all equally share the same features, although they are all equal in some ways. Thus, equality and asymmetry are not completely contrary concepts, even though many Canadians perceive them to be antithetical.

Some (perhaps most) readers will detect a tension between a political unit sometimes called a province but sometimes called a third order. If it is a province, it must be inferior to a third order since the latter would be co-equal to the entire provincial order (of ten territorial units). If it is a third order, it cannot be a province. This is a perspective that has its own logic, and I do not deny that. However, my perspective has a logic of its own too, and mine cannot be ruled out of consideration just because many commentators have taken for granted a contrary view. I do not feel the tension between a province and a third order. Or more precisely, I believe this is a political tension rather than a theoretical problem. I have argued that there are many forms or aspects of asymmetrical federalism, and I think Canada could be stronger if there were more of them. Once one grants that 'federal order', 'provincial order', and 'third order' have some features in common and that they lie at various points on a continuum, one need not base one's conclusions on dichotomous or all-or-nothing thinking. If people feel a tension between an Aboriginal third order and the provincial model from which it has been derived here, that poses a political challenge to make that tension acceptable or less relevant rather than to remove it completely.

A similar point needs emphasis in regard to citizenship. Most citizens and most informed observers apparently assume that there is only one kind of citizenship, that which is grounded in a territorial nation-state. They thereby effectively rely on dichotomous thinking: if granted by anything else, it is not citizenship but merely membership in an association or category. I have argued, to the contrary, that the weakening of national sovereignty or autonomy and associated degrees of loyalty and identity has been paralleled by increasingly powerful bases of identity with and loyalty to sub-national and transnational groups or entities. As a consequence, the line between citizenship and these other memberships has been blurred; many forms of citizenship may co-exist, and they may be conceptualized along a continuum rather than as discrete points or contrary elements.

My perspective is grounded in the belief that humans construct most of their environment through long-term social processes, most of which are not controlled in a conscious way. Although there may be things that are 'natural', they are few in number compared to the concepts, norms, institutions, and groups that we construct. What we mean by 'family', 'law', 'nation', 'state', and 'sovereignty' differs greatly from what our ancestors meant, and by the same token 'citizenship' is a concept and legal status constructed over time, evolved and evolving, and almost certain to change in the future.⁸⁹ When we reflect on the types of political entities and associated citizenships we wish to create or construct, we are of course acutely conscious that these creations are not 'natural'. Too many people have concluded, therefore, that they have a lesser status than the 'natural' patterns we live in as a society, because these people have never known how or when our environment was created or slowly constructed.

Although 'constructedness' and 'deconstruction' are concepts more familiar to academics than to the general public, their relevance has very wide applicability. Let me close this section and the paper with a couple of illustrations of these points about constructedness. First, ask yourself to whom I might refer when I used concepts like 'self-government' or 'self-selection' in regard to Aboriginal Peoples Province and its residents. For some Canadians — probably the vast majority — 'self' means 'an autonomous individual' with certain moral or legal rights. And thus self-government and self-selection imply that a bunch

of legally autonomous individuals, acting as individuals, choose to do something. This is the 'modern' conception of the individual, or the 'liberal individualist'. As a concept and as a lived reality, it stands in marked contrast to earlier notions — which are still lived realities for many people today, even in Canada — where rights derive from membership in a community. In medieval Europe, the relevant communities included cities, religious orders, and local feudalities. Where some of these medieval institutional outgrowths survived as political forms — especially in the British Parliament — we now think of them as modern undergirdings of democratic government.

Second, there are quite different ways to ground or secure individual identities. In the liberal individualist tradition ('modernity'), most people find it natural to assert and maintain their individuality *against* the groups or communities thought to be pressing for uniformity or assimilation. Hence the extraordinary emphasis on individual rights as 'trumps' to override group, national, or governmental demands. Before the construction of liberal individualism — and co-existing with it even today — is an alternative grounding that sees individual identity as the product of a community or context of many such communities. Even if a particular individual may feel confined by a community context, this perspective asserts that the sense of confinement is one side of a coin whose other side consists of the community support for its members or citizens.⁹⁰ Of course, one must acknowledge that 'confinement' or 'support' involves a continuum, not all points on which are equally positive or beneficial in all cases; but one can also acknowledge that liberal individualists often feel alienated, anomic, isolated, and at the mercy of broad societal forces beyond their understanding or control. The issue here is not who is right, but what can we learn from these different perspectives?

To return to citizenship, let me note that this paper has focused on territoriality as a conceptual and practical hindrance to the analysis of citizenship in Canada, especially but not exclusively for Aboriginal people. European traditions of territoriality are very recent in origin — roughly three to five centuries ago — and they are almost wholly unique to Europe, although European conquest, conversion, and settlement have made some of these features commonplace in other societies. As I emphasized at the beginning of this paper, I dwell on the historical origins and constructed nature of nation-states, territoriality, and citizenship to demonstrate their grounding in very specific circumstances. I believe those circumstances are

evolving, and the concepts are thereby less relevant, even in the core areas where they first arose; but even if they were not already changing, to recognize their contextual limits should help Canadians to see that choices exist, that societies may construct, deconstruct, and reconstruct their institutions and identities — not with absolute freedom, and not on a whim, but deliberately upon reflection. Failing to do so deliberately will result in evolution in ways less conscious and less under our control.

Finally, I must remind readers that these comments and proposals are not intended for the sole benefit of Aboriginal people in Canada, although they deserve as much as any carefully considered and imaginatively constructed political units within Canada. Recall that my advocacy of greatly increased numbers of concurrent jurisdictions was occasioned by the need to assure the right mix of powers for Aboriginal Peoples Province, but that I asserted its relevance for existing provinces — most notably Quebec. By the same token, I believe that if Canadians broaden the concept of citizenship to accommodate Aboriginal people as "citizens plus", they will learn something about Canadian citizenship, will loosen the constraints around it, and may thereby hasten the evolution to more encompassing and satisfying citizenships for all Canadians. If in the end we discover that different Canadians seem to have different types of citizenships — or different combinations of citizenships — one hopes that will reflect an outcome in which each group gets the combination most suited to its wishes or needs.

Recommendations

This paper has been motivated by a concern about the ways in which thinking about any topic can become hostage to habit. Even (maybe particularly) for experts on a topic, assumptions and frameworks can be taken for granted, and fresh approaches may not be evaluated because they are not even considered. Thus, I have endeavoured to question presuppositions and to offer a framework of analysis that steps outside our customary views of Canada and of possible vehicles for Aboriginal self-government. The purpose of such reconsiderations ultimately aims at a richer conception of Aboriginal citizenship and, with any luck, a more meaningful Canadian citizenship as well. The following recommendations, therefore, remind the reader of challenges to existing concepts or preconceptions, and they may be less useful as hard-and-fast policy prescriptions.

1. Before anything else, one must recognize that public opinion and government policies have already changed in important ways that open up new possibilities that were politically unfeasible even a few years ago.
2. Federalism still provides a useful framework, and more so than consociationalism or corporatism, because of the peculiarly Canadian historical evolution of provincial powers; both orders of government (federal and provincial) are sovereign within their heads of jurisdiction.
3. Although a third order of government should be the goal for Aboriginal people in Canada, much can be learned from a provincial model, since we understand provinces through long historical experience. This is especially true when we recall that provinces have significant domains of sovereignty and have evolved a great deal since Confederation and even in recent years.
4. In assessing a provincial model for a third order of government, one must grapple with the undeniable fact that this political unit will be *non-territorial* in several senses. Much of the paper has therefore dwelt on how one can administer programs and deliver services non-territorially and extra-territorially.
5. Assumptions about the importance of exclusive, contiguous, and continuous territory have come under question after about three centuries of unquestioned hegemony. This profound challenge to the system of territorial nation-states will probably allow greater scope for traditional Aboriginal concepts of land use, governance, and culture. Not all traditional customs have survived or can be reconstructed, but wherever possible, they should be taken into account.
6. Aboriginal people should decide for themselves what form of self-government is best without presuming that Canadian (or 'European') assumptions will provide the framework; for example, a different balance between individual and collective rights should be possible.
7. Aboriginal people should decide for themselves who is or will be an Aboriginal person, just as Canadians have been able to decide who is or will be a Canadian.
8. An Aboriginal Charter of Rights and Freedoms should be drafted and approved by Aboriginal people; until agreement on the new Charter, the *Canadian Charter of*

Rights and Freedoms (as limited by its own section 25) should continue to apply, as should section 33.

9. The portability of treaty rights should be encouraged, facilitated, and respected.
10. In negotiating a set of powers or jurisdictions for the third order, one should endeavour to reconsider the way Canadians have traditionally done this. In particular, the Commission should question the value of efforts to delineate exclusive powers for each order of government and consider the usefulness of increasing the number of concurrent powers, even if some units (such as the less affluent existing provinces) may not choose to exercise many of the newly available powers.
11. Finally, and perhaps the central premise of this paper, one should question whether rights entrenched in the Constitution provide a substantial basis for Aboriginal citizenship; instead Aboriginal citizenship should be an integral part of one or more governments (with substantial and appropriate powers) whose legitimacy rests on an Aboriginal majority. Aboriginal in this instance, as well as in recommendations 6 and 7 above, should be understood as a complex mix of features, as the Royal Commission has already asserted, and not as a purely or primarily racial or genetic category.

Notes

1. Alan Cairns, S.H. Jamieson, and K. Lysyk, *A Survey of the Contemporary Indians of Canada: Economic, Political, Educational Needs and Policies*, ed. H.B. Hawthorn (Ottawa: Queen's Printer, 1966). Part 1, p. 13 seems to be the first use of this phrase.
2. This is one of the themes I explore in my book, *Beyond Sovereignty: Territory and Political Economy in the Twenty-First Century* (Toronto: University of Toronto Press, forthcoming, 1995).
3. Perry Anderson, *Lineages of the Absolutist State* (London: Verso, 1979).
4. Simon Schama, *Citizens: A Chronicle of the French Revolution* (New York: Alfred A. Knopf, 1989).
5. Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad, or the Law of International Claims* (N.Y.: Bank Law Publishing, 1916).

6. David J. Elkins, "Canada in the Twenty-First Century", *Australian-Canadian Studies* 8/2 (1991), 3-15.
7. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, and George Armstrong Kelly, "Who Needs a Theory of Citizenship?" *Daedalus* 108 (Fall 1979), 21-36.
8. Albert Weale, "Citizenship Beyond Borders", and Geraint Perry, "Conclusion: Paths to Citizenship", in *The Frontiers of Citizenship*, ed. Ursula Vogel and Michael Moran (London: Macmillan, 1991).
9. Michael Ignatieff, "The Myth of Citizenship", *Queen's Quarterly* 94 (Winter 1987), 966-985.
10. See David J. Elkins and Richard Simco, *Small Worlds: Provinces and Parties in Canadian Political Life* (Toronto: Methuen, 1980), especially chapter 1; and Richard Vernon, "The Federal Citizen", in *Perspectives on Canadian Federalism*, ed. R.D. Olling and M.W. Westmacott (Scarborough: Prentice-Hall Canada, 1988), 3-15.
11. Engin Isin, *Cities Without Citizens: The Modernity of the City as a Corporation* (Montreal: Black Rose Books, 1992).
12. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*.
13. *Sparrow v. R.* (1990), 70 D.L.R. 385 (S.C.C.) and *A.G. Quebec v. Sioui* (1990) 1 S.C.R. 1025, seem to address the issue of 'portability' of treaty rights, a serious concern to urban Aboriginal people as well as those like Sparrow and Sioui. As Groves has argued ("Territoriality and Aboriginal Self-Determination: Options for Legal Pluralism in Canada", in *Proceedings of the VIth International Symposium of the Commission on Folk Law and Legal Pluralism*, ed. Harold Finkler [Ottawa, August 14-18, 1990 and February 1991]), these cases may point the way to a definition of citizenship in Aboriginal Peoples Province according to treaty rights and Aboriginal rights rather than by residence or by band membership. (p. 239)
14. Alan Cairns, *Charter versus Federalism: The Dilemmas of Constitutional Reform* (Montreal and Kingston: McGill-Queen's University Press, 1992).
15. "Drawing on the rhetoric of human rights, citizen groups have sought to employ...a popularized language of citizen rights which demands active government intervention and state-directed social engineering as the means of securing the promises of human rights." Alan Cairns and Cynthia Williams, "Constitutionalism, Citizenship and Society in Canada: An Overview", in *Constitutionalism, Citizenship and Society in Canada*, ed. Alan Cairns and Cynthia Williams, vol. 33 of the research program of the Royal Commission on the Economic Union and Development Prospects for Canada (Toronto: University of Toronto Press, 1985), p. 32.

16. This is the central argument of my book, *Beyond Sovereignty*. The book examines a host of forces, trends, institutions, and identities contributing to the greater salience of sub-national and transnational communities. Thus, the present discussion is a particular version of a global phenomenon.
17. Section 25 reads in part, "The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed so as to abrogate or derogate from any aboriginal, treaty or other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada..."
18. Alan Cairns has argued that the Charter has become more and more central to the political identities of most Canadians, and thus they will be reluctant to exempt Aboriginal people from its application. See, for example, "Citizenship and the New Constitutional Order", *Canadian Parliamentary Review* (Autumn 1992), 2-6.
19. The Supreme Court may eventually have to enunciate how the plain language of section 25 (quoted above) can be reconciled with the apparently absolute exemption of women's equality rights from all Charter restrictions. Section 28 reads, "Notwithstanding anything in this Charter, the rights and freedoms referred to in it are guaranteed equally to male and female persons." The former appears to shield Aboriginal people from some Charter provisions, whereas the latter seems to state unequivocally that it overrides any exemption explicit in section 25. Of course, the issue for the courts to resolve is even more complex in light of section 35(4): "Notwithstanding any other provision of this Act, the aboriginal and treaty rights referred to in subsection (1) are guaranteed equally to male and female persons", a provision added to the Charter in 1983.
20. David J. Elkins, "Facing Our Destiny: Rights and Canadian Distinctiveness", *Canadian Journal of Political Science* 22 (December 1989), 699-716.
21. See the interesting analysis in Luke McNamara, "Aboriginal Self-Government and Justice Reform in Canada: The Impact of the Charter of Rights and Freedoms," *Australian-Canadian Studies* 11 (1993), 43-75.
22. Charles Lindblom, *Politics and Markets: The World's Political-Economic Systems* (N.Y.: Basic Books, 1977).
23. Elkins, *Beyond Sovereignty*.
24. Pierre Elliott Trudeau, *Federalism and the French Canadians* (Toronto: Macmillan of Canada, 1968), p. 183: "It was not the population who decided by what states they would be governed; it was the states which, by wars (but not 'people's wars'), by alliances, by dynastic arrangements, by marriages, by inheritance, and by chance, determined the area of territory over which they would govern. And for that reason they could be called territorial states..."

25. For contrary arguments, some implicit and some explicit, concerning Aboriginal sovereignty, see Richard H. Bartlett, "Inherent Aboriginal Sovereignty in Canada and Australia", *Australian-Canadian Studies* 11 (1993), 1-16; and David H. Getches, "Negotiated Sovereignty: Intergovernmental Agreements with American Indian Tribes as Models for Expanding First Nations' Self-Government", *Review of Constitutional Studies* I (1993), 120-170.
26. The Judicial Committee of the Privy Council in London ruled repeatedly that the Canadian provinces are as sovereign within their heads of jurisdiction as the federal government is within its heads of jurisdiction. Many critics of this conclusion have alleged that the Committee erred in its reasoning. Whatever one's view of the acumen of their Lordships, the decisions stand as definitive statements of Canadian jurisprudence. The classic review of this debate is Alan Cairns, "The Judicial Committee and Its Critics", *Canadian Journal of Political Science* 4 (September 1971), 301-45. See also W.R. Lederman, *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas* (Toronto: Butterworths, 1981), chapter 15.
27. Several popular books document the radically different ways in which Aboriginal groups conceptualize territory. Consult especially Hugh Brody, *Maps and Dreams* (Vancouver: Douglas & McIntyre, 1981) and Bruce Chatwin, *The Songlines* (N.Y.: Elisabeth Sifton Books-Viking, 1987). Both books are especially revealing because they show how dreams and songs can be used to navigate over known or unknown or changing terrain.
28. Benedict Anderson, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, revised edition (London: Verso, 1991).
29. Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Aboriginal Peoples in Urban Centres* (Ottawa: Supply and Services Canada, 1993).
30. Although there are some reserves in urban areas, 'urban Aboriginal people' generally refers not to those groups but to Aboriginal people who are living off-reserve or who have no reserve.
31. Bruce Clark, *Native Liberty. Crown Sovereignty: The Existing Aboriginal Right to Self-Government in Canada* (Montreal and Kingston: McGill-Queen's University Press, 1990).
32. Jerry Mander, *In the Absence of the Sacred: The Failure of Technology and the Survival of the Indian Nations* (San Francisco: Sierra Club Books, 1991).
33. For example, the James Bay Cree in northern Quebec have use of land well beyond the lands under their direct control. Likewise, the new territory of Nunavut makes a similar distinction. Some recent Supreme Court decisions have validated the Aboriginal right to fish in waters that are not part of the reserves.

34. Brody, *Maps and Dreams*.
35. *Aboriginal Peoples in Urban Centres*, pp. 5, 31, 59.
36. Section 35(2) of the *Constitution Act, 1982* defines Aboriginal as including the Indian, Inuit, and Métis peoples of Canada.
37. Douglas Sanders ("The Renewal of Indian Special Status", in *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ed. A. Baycfsky and Mary Eberts [Toronto: Carswell, 1985]) could be read as arguing that 'Indians' might be a distinct category from Métis or Inuit; but he does not argue that each nation is distinct or entitled to 'special status'.
38. Some of the testimony cited in *Aboriginal Peoples in Urban Centres* (e.g., p. 57) states or implies that Aboriginal is too broad and largely empty of meaning. Nevertheless, no one seems to argue explicitly for territorial models. See also Robert Groves, "Territoriality and Aboriginal Self-Determination", who demonstrates the tensions between territorial (band council) and non-territorial (kinship and traditional political organization) criteria for membership or citizenship.
39. John George Lambton, Earl of Durham, *Lord Durham's Report: An Abridgement of the Report on the Affairs of British North America*, ed. Gerald M. Craig (Toronto: McClelland and Stewart, 1963); and Garth Stevenson, *Unfulfilled Vision: Canadian Federalism and National Unity* (Toronto: Macmillan of Canada, 1979), chapter 2.
40. The clearest statement of this logic may be found in the Tremblay Report: "Only one thing could quiet their fears but could not, however, fully reassure them, and that was the prospect of a provincial state whose government it would control by its votes and to which could be entrusted the guardianship of its ethnic, religious and cultural interests." *The Tremblay Report: Report of the Royal Commission of Inquiry on Constitutional Problems*, ed. David Kwavnick (Toronto: McClelland and Stewart, 1973), p. 110.
41. A.I. Silver, *The French-Canadian Idea of Confederation, 1864-1900* (Toronto: University of Toronto Press, 1982).
42. David J. Elkins, "Where Should the Majority Rule? Reflections on Non-Territorial Provinces and Other Constitutional Proposals", *Points of View* No. 1 (Edmonton: Centre for Constitutional Studies, 1992).
43. For more on the francophone province, see Elkins, "Where Should the Majority Rule?".
44. See also David J. Elkins, "Aboriginals and the Future of Canada," in *Aboriginal*

Governments and Power Sharing in Canada, ed. Douglas Brown (Kingston: Institute of Intergovernmental Relations, 1992).

45. The Northwest Territories will be divided into two areas, one of which (Nunavut) will have an overwhelming Inuit majority. If it achieves provincehood, it would be, in effect, the second Aboriginal province. Of course, even if the Yukon or the other part of N.W.T. were to become a province, it would certainly be heavily influenced, as now, by Aboriginal concerns.
46. Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Partners in Confederation: Aboriginal Peoples, Self-Government, and the Constitution* (Ottawa: Canada Communication Group—Publishing, 1993), p.30.
47. For further discussion, see Elkins, "Where Should the Majority Rule?"
48. Groves, "Territoriality and Aboriginal Self-Determination".
49. An appropriate analogy or set of precedents might be the control of French schools in Ontario or of English schools in Quebec. In the former case, the minority seeks protection through exclusive control of schools and school boards; and in the latter case, the majority (French) wishes to restrict access to English schools in order to preserve and promote its distinct society.
50. Under other circumstances, I would prefer names like First Nations or First Peoples, since these emphasize the priority and status of the groups. These names have been partially appropriated by status or treaty Indians, and thus they may convey an impression that some Aboriginal people would be excluded or second-class citizens. Aboriginal Peoples Province should be general enough to encompass all Aboriginal people. However, the issue for me revolves around the power, authority, and autonomy of this political unit; the name is important only if it distracts the reader from the central concern. In the end, Aboriginal people within the unit will determine their own name.
51. *Aboriginal Peoples in Urban Centres*, and Groves, "Territoriality and Aboriginal Self-Determination", p. 226.
52. This is emphasized in *Aboriginal Peoples in Urban Centres*, especially p. 6, as quoted.
53. *Aboriginal Peoples in Urban Centres*, p. 56, notes that many Aboriginal people pay municipal taxes without receiving any services designed for their needs or concerns.
54. This would also result, presumably, in changes to the current situation where provincial laws of general application apply on the reserves. As a province, Aboriginal Peoples Province would have its own laws. For a description of the current applicability of some provincial laws, see Douglas Sanders, "The Application of

Provincial Laws", in *Aboriginal Peoples and the Law*, ed. Brad Morse (Ottawa: Carleton University Press, 1989).

55. Until the relevant sections of the *Indian Act* are repealed or amended, Indians on reserves are exempt from many forms of taxation. See Richard H. Bartlett, "Taxation" (pp. 591ff) in Morse, ed., *Aboriginal Peoples and the Law*. Since I have assumed that the *Indian Act* would be revoked if Aboriginal Peoples Province were created, it would follow that its residents might become subject to taxation. I return to this issue below.
56. Notice the use of the concept of 'community self-government' by Aboriginal groups. Although this is equivalent to *local* government in some people's understanding, it can be quite different. One way it may differ from local government is in its power and jurisdictions, and another is that communities need not be local or territorial.
57. Noel Lyon, "Constitutional Issues in Native Law", in Morse, ed., *Aboriginal Peoples and the Law*, pp. 448-450, argued that some lands (but not all) ceded by Indians to the Crown generate revenue (e.g., from timber) for a province rather than for the federal government. If so, the statement in the text would need qualification, although Lyon seems to say that most such ceded lands do not generate provincial revenues.
58. Clark, *Native Liberty, Crown Sovereignty*.
59. See the extensive discussion of fiscal and equalization issues involved in a province for Aboriginal peoples in Thomas J. Courchene and Lisa M. Powell, *A First Nations Province* (Kingston: Institute of Intergovernmental Relations, 1992).
60. Menno Boldt has indeed argued that a treaty process should be the primary focus for Aboriginal people seeking the maximum autonomy and self-government. He provides some very interesting arguments against the use of Canadian courts and constitutional amendments. See *Surviving as Indians: The Challenge of Self-Government* (Toronto: University of Toronto Press, 1993).
61. This policy appears to move in the direction that has been standard in the United States since the 1820s and 1830s. At that time, a series of Supreme Court decisions written by Marshall established the Indian tribes as "domestic, dependent nations". See Bruce H. Wildsmith, "Pre-Confederation Treaties", in Morse, ed., *Aboriginal Peoples and the Law* (esp. pp. 131-43).
62. Some experts on federalism draw a sharp distinction between federal and confederal arrangements, while others do not believe the distinction is tenable in practice even if precise in theory. Since I fall into the latter group, I generally use 'federal' and do not use 'confederal'. In the present discussion, however, I should emphasize that I would expect a loose or decentralized federal structure within an Aboriginal third order, and thus something that might be labelled confederal by some.

63. Indeed, local and regional governments are highly varied even within any given province. British Columbia, for example, has cities, municipalities, resort municipalities, and unincorporated areas, as well as special purpose bodies such as regional districts, fire districts, and water districts.
64. *Aboriginal Peoples in Urban Centres*, pp. 16, 43.
65. The analogy is developed further in Elkins, "Where Should the Majority Rule?".
66. One way of dealing with the diversity inherent in Aboriginal Peoples Province would be through political parties. We usually think of parties in electoral terms, but they are also ways of organizing ideologies, of expressing regional grievances, and of integrating minority and majority groups. As with my other suggestions, I repeat that no single solution will handle all problems, but there are many vehicles to consider and many institutional forms compatible with provincial status.
67. See the extensive discussion in Jane Jacobs, *Cities and the Wealth of Nations: Principles of Economic Life* (N.Y.: Random House, 1984).
68. Richard Falk, "The Rights of Peoples (in Particular Indigenous Peoples)", in *The Rights of Peoples*, ed. James Crawford (Oxford: Clarendon Press, 1988), p. 589.
69. Sanders, "The Renewal of Indian Special Status", may be read to support this conclusion, since special status derives in this case from treaty rights and other government-to-government transactions in the past.
70. By focusing on these types of health care facilities, I do not imply that traditional healing methods would not occur on the reserves or in the larger urban centres. If these methods were brought under coverage by provincial government health plans, as Aboriginal Peoples Province might choose to do, they could be paid according to the procedures in the text.
71. This would also apply to hiring elders as consultants on 'wellness' or to traditional healing methods generally. In such cases, territorial provinces would probably insist that Aboriginal Peoples Province pay the marginal cost, or else it could be paid by the federal government under its fiduciary responsibilities.
72. Getches, "Negotiated Sovereignty", demonstrates that Indian tribes, state governments, and the United States government have been able to negotiate agreements about sharing services and costs, about jurisdiction of justice systems, about sharing land and water regulation, and other matters great and small. What is proposed here would begin such a process in Canada.
73. *Aboriginal Peoples in Urban Centres*, p. 43, contains testimony suggesting that daycare for children may be a special concern at least in urban areas. McNamara, "Aboriginal Self-Government and Justice Reform in Canada", raises a number of

pertinent concerns about the nature of distinct justice systems for Aboriginal communities, whether urban or rural.

74. Despite that reluctance, public policy in Canada has in effect recognized that Indians have special status, as Sanders shows in "The Renewal of Indian Special Status".
75. For imaginative examples from various parts of the world, see Elinor Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action* (Cambridge: Cambridge University Press, 1990).
76. Lederman, *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas*.
77. Former prime minister Pierre Trudeau has consistently put forward this view for decades. See his discussion in *Federalism and the French Canadians*, p. xxv, among other references.
78. Ostrom, *Governing the Commons*, is one of the most thorough presentations of why different mixes best serve different situations.
79. Parti Libéral du Québec, *Un Québec libre de ses choix: Rapport du Comité constitutionnel*, presented to the 25th general convention, 28 January 1991.
80. Roy Romanow, John Whyte, and Howard Leeson, *Canada...Notwithstanding: The Making of the Constitution 1976-1982* (Toronto: Carswell/Methuen, 1984), especially chapter 8. Compare the cautious remarks in McNamara, "Aboriginal Self-Government and Justice Reform in Canada".
81. For evidence about the remarkable degree of convergence around certain practices, especially after the expansion of federal transfer payments, see Elkins and Simeon, *Small Worlds*.
82. The original and seminal presentation is Albert O. Hirschman, *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States* (Cambridge: Harvard University Press, 1970).
83. Of course, there are 'neighbours' in different territorial provinces, such as Lloydminster (Alberta and Saskatchewan) and Ottawa-Hull (Ontario and Quebec).
84. Although not a province, the Yukon has also been relatively receptive to Aboriginal concerns. Of course, so has the Northwest Territories, but there one finds an Aboriginal majority. The point in the text concerns the attitudes of governments that respond to non-Aboriginal majorities.
85. Dilys R. Leman, "Reclaiming Control of Citizenship: First Nations and the Development of Membership Codes" unpublished paper, Department of Geography, Carleton University, June 1991, reviews the many and conflicting bases for

membership in Aboriginal nations. It will apparently always be difficult to decide who is or is not an Aboriginal person. Of course, this is also true (for somewhat different reasons) for ethnic groups in the wider Canadian society. In the end, multiple criteria may be needed.

86. This is, of course, one of the main motives for the creation of Nunavut.
87. Hirschman, *Exit, Voice, and Loyalty*.
88. *Aboriginal Peoples in Urban Centres*, p. 57.
89. Anderson, *Imagined Communities*, demonstrates how nationalism developed in a few places, spread to many more places, and stimulated governments to create or make manifest 'the nation' that that nationalism posited. School texts and the media then rendered the process of construction invisible by emphasizing the latent or actual existence of the nation's roots in a distant past or mythology. Many other examples could be given, but they are not central to this report.
90. Of many sources that expound this perspective, the most relevant is perhaps Charles Taylor, *Reconciling the Solitudes: Essays on Canadian Federalism and Nationalism*, ed. Guy Laforest (Montreal and Kingston: McGill-Queen's Press, 1993). One of the merits of Taylor's analysis of Quebec (and Aboriginal people) compared to the 'English' parts of Canada concerns what he calls "deep diversity". Instead of a simple or surface diversity — such as variations in lifestyle among ethnic groups in English Canada — he focuses on a deeper variation. The "deep diversity" he describes is similar to the cleavage I describe in the text between different concepts of the individual, different groundings of identity, and more generally different relations between collectivity and the individual person. Although I do not agree with the sharpness of the line he draws between mediated and unmediated links of individual to the state, the point at issue here concerns the almost complete lack of awareness among the majority of Canadians that there may be differences of the sort Taylor and I describe. For those who know Taylor's work, let me just characterize in an oversimplified way the divergent emphases in our approaches to citizenship. He sees Quebecers and Aboriginal people as having Canadian citizenship *indirectly* through the collectivities central to their identities (la nation québécoise and Aboriginal nations or communities). By contrast, I am trying to redefine citizenship in such a way that most Canadians would have *more than one* avenue or link to citizen-status; but whatever the number, many different combinations would be legitimate, valued, and overlapping. Why choose if one does not have to do so?

**La citoyenneté autochtone et le fédéralisme :
analyse de modèles non territoriaux**

par David J. Elkins
Département de sciences politiques
Université de la Colombie-Britannique

Document préparé dans le cadre
du Programme de recherche
de la Commission royale
sur les peuples autochtones

Septembre 1994

Table des matières

Sommaire	ii
Communauté ou communautés	4
Éléments d'une nouvelle culture politique	10
Réserves	12
Territorialité et souveraineté	15
Territoire et peuples autochtones	19
Formes de pluralisme non territorial	22
Fédéralisme non territorial	24
Province des peuples autochtones	32
Avantages et inconvénients	36
Entorse aux hypothèses sur la territorialité	41
Compétences et administration	49
Prestation de services dans la Province des peuples autochtones	53
Valeur du partage des compétences	55
Différences et égalité	60
Conclusion, voix et loyauté	65
Éviter les raisonnements à l'emporte-pièce	71
Recommandations	76
Notes	79

Sommaire

La rédaction du présent rapport marque l'inquiétude que j'ai de voir combien la réflexion sur quelque sujet que ce soit peut finir par se scléroser. Même les spécialistes (et peut-être eux a fortiori) peuvent tenir pour acquis certaines hypothèses et certains cadres d'analyse, et des théories nouvelles risquent de ne pas être évaluées, faute d'avoir même été envisagées. J'ai donc tenté de remettre en question certaines présuppositions et de proposer un cadre d'analyse qui dépasse nos conceptions traditionnelles du Canada et des moyens éventuels d'assurer l'autonomie gouvernementale des autochtones. Ces remises en question ne visent finalement qu'à enrichir la notion de citoyenneté autochtone et, avec un peu de chance, à donner plus de sens à la citoyenneté canadienne. Les recommandations qui suivent rappellent donc au lecteur les contestations dont font l'objet les notions ou idées préconçues actuelles; il se peut qu'elles soient moins utiles à titre de principes directeurs absolus.

1. Avant tout, il faut reconnaître que l'opinion publique et les orientations gouvernementales ont déjà évolué à d'importants égards, offrant ainsi de nouvelles possibilités qui n'étaient pas viables, sur le plan politique, il y a quelques années à peine.
2. Le fédéralisme fournit encore un cadre utile — plus encore que la constitution d'alliances ou le corporatisme, à cause de l'évolution historique, tout à fait propre au Canada, des pouvoirs provinciaux; les deux ordres de gouvernement (fédéral et provincial) sont souverains dans leurs champs de compétences respectifs.
3. Bien que les autochtones canadiens doivent chercher à établir un troisième ordre de gouvernement, le modèle provincial peut nous en apprendre beaucoup, puisque nous envisageons les provinces dans le cadre d'une longue expérience historique, d'autant plus que nous nous rappelons qu'elles ont d'importants domaines de souveraineté et qu'elles ont beaucoup évolué depuis la Confédération, et même au cours des années récentes.
4. Dans l'évaluation d'un modèle provincial en vue d'un troisième ordre de gouvernement, il faut composer avec le fait inéluctable que cette unité politique sera *non territoriale* à plusieurs égards. Une partie importante du rapport a donc porté sur

la manière dont les programmes peuvent être administrés et les services fournis sur une base non territoriale et extraterritoriale.

5. Après environ trois siècles d'hégémonie incontestée, certaines hypothèses sur l'importance d'un territoire exclusif, contigu et continu ont été remises en question. Cette contestation fondamentale du régime d'États-nations territoriaux laissera probablement plus de place aux notions autochtones traditionnelles d'exploitation de la terre, de gouvernement et de culture. Ce ne sont pas toutes les coutumes qui ont subsisté ou qui peuvent être «reconstruites» mais, lorsque c'est possible, il faudrait en tenir compte.
6. Les autochtones devraient eux-mêmes décider de la meilleure forme d'autonomie gouvernementale, sans présumer que les hypothèse canadiennes (ou «européennes») en fourniront le cadre; par exemple, il pourrait y avoir un équilibre différent entre les droits individuels et les droits collectifs.
7. Les autochtones devraient eux-mêmes décider qui est ou sera autochtone, tout comme les Canadiens ont pu décider qui était ou serait canadien.
8. Une charte autochtone des droits et libertés devrait être rédigée et adoptée par les autochtones; en attendant, la *Charte canadienne des droits et libertés* (même limitée par son propre article 25) devrait continuer de s'appliquer, tout comme l'article 33.
9. Le caractère «transférable» des droits issus de traités devrait être encouragé, facilité et respecté.
10. Dans la négociation d'une série de pouvoirs ou compétences dont serait doté le troisième ordre, il faudrait s'efforcer de remettre en question la façon dont les Canadiens s'y sont pris par le passé. En particulier, la Commission royale devrait se demander s'il vaut la peine d'attribuer des pouvoirs exclusifs à chaque ordre de gouvernement et voir s'il convient d'accroître le nombre de pouvoirs partagés, même si certaines unités (les provinces moins favorisées, par exemple) peuvent choisir de ne pas exercer plusieurs de ces nouveaux pouvoirs.
11. Enfin — et c'est peut-être l'idée centrale de la présente étude — il faudrait se demander si les droits constitutionnalisés fournissent une base solide à la citoyenneté autochtone; celle-ci devrait plutôt faire partie intégrante d'un ou de plusieurs

gouvernements (dotés de pouvoirs importants et appropriés) dont la légitimité reposerait sur une majorité autochtone. Ici, comme dans les recommandations 6 et 7 ci-dessus, la notion d'«autochtone» doit s'entendre d'un ensemble complexe de caractéristiques, comme l'a déjà affirmé la Commission royale, et non d'une catégorie exclusivement ou principalement raciale ou héréditaire.

**La citoyenneté autochtone et le fédéralisme :
analyse de modèles non territoriaux**

par David J. Elkins
Département de sciences politiques
Université de la Colombie-Britannique

La citoyenneté est une notion fondamentalement exclusive. Son contenu, son sens et son importance dépendent de la nature de l'entité politique dans laquelle elle se manifeste. Elle exclut ceux qui ne font pas partie de cette entité politique, et son sens doit évoluer à mesure que change cette entité. Le citoyen de l'Athènes de Périclès ne jouissait pas du même statut qu'un citoyen canadien d'aujourd'hui et, dans un siècle, la citoyenneté canadienne sera vraisemblablement différente de celle que nous connaissons actuellement, tout comme la nôtre diffère de celle d'il y a un siècle. Selon le même raisonnement, la citoyenneté autochtone ne peut être comprise que dans le cadre des multiples entités politiques (le Canada, la province ou le territoire, la nation autochtone, etc.) dans lesquelles elle se manifeste. La citoyenneté autochtone peut donc être moins exclusive que les citoyennetés définies dans une seule unité politique; toutefois, il doit quand même y avoir des non-citoyens, même si les non-autochtones du Canada peuvent partager une citoyenneté canadienne plus vaste avec les autochtones.

Dans la présente étude, nous affirmons donc que la citoyenneté autochtone ne sera pas identique à la citoyenneté canadienne, même si un troisième ordre de gouvernement est établi au Canada pour les autochtones. Pour reprendre une expression utilisée dans un autre contexte, les autochtones constitueront en quelque sorte des «citoyens plus»¹. En nous interrogeant sur ce à quoi pourrait ressembler, dans un proche avenir, la citoyenneté autochtone, nous pourrions peut-être aussi apprendre quelque chose sur les nouvelles dimensions de la citoyenneté canadienne au XXI^e siècle². Après tout, depuis plus d'un siècle, le Canada connaît des conceptions divergentes sur la manière dont la nationalité et la citoyenneté peuvent être conciliées et, en particulier, la question de savoir si les droits des provinces sont compatibles avec l'égalité des individus. Jusqu'ici, ces débats (ou dialogues de sourds) intéressaient principalement les anglophones et les francophones, c'est-à-dire les

fondateurs européens du Canada. Maintenant qu'un nouveau mouvement prend de l'ampleur, le débat se complique, même si les dilemmes semblent familiers.

Dans quelle mesure faut-il renoncer à l'autonomie personnelle ou collective pour être accepté dans une communauté politique particulière? Pour répondre à cette question, on peut, notamment, examiner les valeurs manifestées dans la manière dont la communauté conçoit la citoyenneté. Ces valeurs peuvent être affirmées par écrit — comme dans la *Charte canadienne des droits et libertés* et ailleurs — ou être déduites de la pratique et des hypothèses tacites de la culture politique. Un exemple devrait aider à éclaircir ce point.

Dans l'Europe féodale, la féodalité et la protection reflétaient certaines valeurs et hypothèses implicites. Des individus n'appartenant pas à la même famille étaient liés verticalement par certains liens avec un même seigneur. Par vassalité, ces seigneurs étaient liés à des seigneurs plus importants qui étaient, à leur tour, liés à un prince ou à un roi. Certains pourraient caractériser ces valeurs en disant que les individus étaient des sujets plutôt que des citoyens; cependant, s'il en était ainsi, il y aurait eu un statut commun et une uniformité entre les membres de la société, ce qui n'était pas le cas. Les liens verticaux étaient si variés et dépendaient tellement des circonstances locales que l'on hésite à regrouper les paysans, artisans, seigneurs, ecclésiastiques, marchands bourgeois et princes dans une catégorie unique. Plutôt que des liens horizontaux entre les individus, que nous tenons maintenant pour acquis comme faisant partie de la citoyenneté, il existait des barrières sociales et religieuses entre les groupes et les statuts, et ceux dont le statut était inférieur dépendaient de ceux qui avaient un statut supérieur.

C'est avec l'avènement de l'État territorial, à partir du milieu du XVII^e siècle, que l'on a pu véritablement parler de «sujets»³. Les monarques absolus et leurs cours *étaient* l'État. Il s'ensuivit une longue période pendant laquelle les personnes assujetties à un monarque ont lutté pour obtenir des droits ou des privilèges uniformes, même s'ils étaient différents dans d'autres monarchies. C'est après les révolutions américaine et française que les «citoyens» ont remplacé les «sujets», même si les femmes n'étaient pas des citoyens à part entière, avec le droit de vote, et même si, deux siècles plus tard, une majorité d'êtres humains partout dans le monde sont toujours, sans doute, des sujets bien plus que des citoyens⁴. Cependant, juridiquement ou officiellement, dans la plupart des États-nations actuels, la citoyenneté sous-

entend maintenant l'uniformité et l'égalité, ainsi que des liens horizontaux entre les gens⁵. Ceux-ci découlent d'un statut commun en tant qu'électeurs, contribuables, titulaires de droits et ainsi de suite.

Le monde est sur le point de découvrir une nouvelle conception de la citoyenneté. Apparemment, la notion de citoyenneté s'élargira dans un sens global tout en se concentrant davantage sur nos identités. Le rapport implicite entre la citoyenneté et le statut de membre d'un État-nation territorial cédera progressivement la place aux obligations croissantes liées à notre foi dans les droits *de la personne*, indépendamment de la citoyenneté nationale⁶. La Charte peut définir les droits et libertés canadiens, mais notre plus grande conscience de la suppression des droits de nos voisins à l'échelle mondiale nous rappelle que les liens horizontaux entre les droits de la personne ne doivent pas cesser aux frontières nationales. La citoyenneté acquiert ainsi un sens plus large. Tout comme il n'y a pas de distinction nette entre les dialectes d'une langue et les différentes langues, et aucune démarcation précise entre les cultures et les sous-cultures, il n'a pas à y avoir, à mon avis, de clivage entre la citoyenneté (dans un État-nation) et l'appartenance à d'autres groupes définis.

Certaines personnes éprouvent de l'empathie envers l'ensemble des êtres humains, mais peu d'entre nous en sont capables. Notre conscience des abus qui ont lieu ailleurs intéresse plutôt, le plus souvent, les personnes qui partagent les mêmes caractéristiques que nous. Certaines caractéristiques sont visibles, d'autres pas. Ainsi, on peut nommer une foule de caractéristiques personnelles ou collectives qui servent maintenant de liens transnationaux : le sexe, la race, la classe sociale, l'idéologie, l'orientation sexuelle, les déficiences et, bien sûr, la qualité d'autochtone. À mesure que notre point de vue se mondialise, notre regard finit souvent par ne porter que sur une seule caractéristique ou un seul ensemble de caractéristiques de notre identité. Si la citoyenneté en est venue à définir ceux qui se reconnaissent comme dignes de préoccupation, cette préoccupation peut maintenant être plus concentrée, mais à une échelle transnationale ou mondiale. De crainte que le lecteur ne conclue que mon analyse dévalue la citoyenneté en élargissant cette notion jusqu'à couvrir un ensemble plus large de solidarités, rappelons que le terme sera appliqué à des associations qui sont en voie de devenir plus nombreuses, importantes, définies et visibles.

Communauté ou communautés

La citoyenneté sous-entend l'existence d'une communauté. Une personne seule ne peut créer ou maintenir la citoyenneté. Nous avons l'habitude de réserver le mot «citoyenneté» aux communautés territoriales qui incluent tout le monde⁷. Pour d'autres types d'associations, nous employons d'autres mots comme «membre», «usager», «intéressé», «associé» ou «bénéficiaire». Tant que tous comprendront ces conventions, ces usages feront l'affaire. Cependant, plusieurs communautés non territoriales méritent la notion de citoyenneté parce qu'elles sont de plus en plus importantes pour nous; par ailleurs, à mesure que les conditions historiques qui soutiennent les États-nations ont évolué et se sont affaiblies, le monopole de ces derniers sur la citoyenneté est moins justifiable⁸.

Indépendamment de ce que nous pourrions apprendre de plus en assouplissant nos hypothèses sur la territorialité et en étudiant de nouvelles conceptions de la communauté, il paraît évident que nous en arriverons ainsi à mieux comprendre la citoyenneté. Où peut-on vivre tout en demeurant citoyen de tel autre endroit? De quelle communauté peut-on être citoyen sans renoncer à trop de choses ici? À quoi faut-il renoncer pour se voir accorder le statut de citoyen? Si certains lecteurs ont du mal à étendre ainsi la notion de citoyenneté, ils peuvent y substituer d'autres termes. Cependant, je crois que nous devrions changer notre terminologie pour qu'elle reflète les changements que nous vivons et ceux que nous espérons apporter. Qu'une terminologie ou une autre soit utilisée, l'établissement d'une province ou d'un Troisième ordre non territorial fera évoluer notre façon de concevoir la citoyenneté des autochtones, et probablement celle de tous les Canadiens.

À cause de la force morale qu'il véhicule, j'affirme que «citoyenneté» est le mot juste. Dans son acception nationale, il a des connotations qui correspondent bien aux nouvelles communautés non territoriales qui sont de plus en plus importantes, que ce soient les autochtones, les communautés économiques ou les groupes d'intérêts. La citoyenneté va au-delà de l'appartenance car elle sous-tend un sentiment d'engagement, un sentiment d'être lié aux actes connexes à cette communauté. Il s'agit d'une notion qui nous fait dépasser l'individualisme, l'égoïsme et l'égoïsme, et qui est donc fondamentalement liée aux notions de communauté⁹.

● Contrairement à la citoyenneté dans un monde d'États-nations territoriaux exclusifs, la nouvelle notion de citoyenneté ne se limite pas à une seule communauté qui englobe tout : elle peut être partagée et s'appuyer sur de multiples loyautés et identités¹⁰. Les communautés qui nous engagent et nous accordent notre citoyenneté nous rappellent que d'autres gens partagent nos préoccupations, d'autres gens à qui nous sommes liés par des obligations réciproques, d'autres gens qui ont le droit de nous demander de rendre des comptes; seuls les citoyens ont ces droits et obligations. Ce ne fut pas toujours le cas. Anciennement, seuls le pape ou ses évêques demandaient aux gens de rendre des comptes; plus tard, ce furent les rois qui représentaient l'État; dans ces cas, les gens étaient tout au plus des sujets, plutôt que des citoyens.

La citoyenneté en est venue à signifier des droits et des privilèges, des devoirs et des responsabilités dans une communauté politique. Elle englobe la façon dont on peut acquérir ou perdre le statut de citoyen, les possibilités ou obligations qui découlent de ce statut, et la question de savoir si d'autres loyautés ou identités peuvent coexister à égalité ou lui céder le pas. La notion que nous avons de la citoyenneté découle, en grande partie, du même ensemble de circonstances historiques qui a engendré l'État-nation moderne et la notion d'individualisme. Pendant que les unités territoriales regroupaient les formes politiques diverses et concurrentes pour en faire une entité souveraine polyvalente, elles ont effacé les distinctions entre États, cités, statuts, rôles et féodalité¹¹. Désormais, les droits et les obligations — et donc la citoyenneté — n'étaient plus liés à des titres ou à des rôles, mais plutôt à la personnalité du titulaire. Comme titulaires de droits, les individus sont devenus de moins en moins importants et égaux à des égards cruciaux. C'est ainsi qu'ils ont acquis la citoyenneté plutôt que d'être simplement des sujets, des vassaux ou des seigneurs.

À l'époque romaine et pendant presque tout le Moyen Âge européen, les lois étaient «personnelles» plutôt que territoriales. Autrement dit, les lois d'un groupe politique ne s'appliquaient pas aux membres des autres groupes, même si ces derniers vivaient au sein du premier groupe¹². Le droit pénal est devenu local et territorial assez tôt, car on estimait que le droit personnel individuel ne devait pas entraver le droit public, dont le droit pénal était le meilleur exemple. Presque toutes les lois ont fini par devenir locales et territoriales en ce sens. Ce processus a été à la fois la cause et la conséquence de la création d'États territoriaux

et a accompagné l'intégration nationale. En assouplissant les hypothèses sur la territorialité et en élaborant diverses formes d'organisation politique et de citoyenneté non territoriales, nous recréons indirectement les conditions qui existaient au premier millénaire de l'ère chrétienne, et peut-être aussi celles du droit «tribal» d'autres parties du monde¹³. Bien sûr, les conditions sont très différentes aujourd'hui à cause des déplacements, du commerce et des communications à l'échelle mondiale; cependant, il est bon de se rappeler que des régimes politiques et juridiques non territoriaux ont existé et fonctionné pendant des siècles, voire des millénaires. Notre modèle territorial et sa notion connexe de citoyenneté sont venus sur le tard et sont probablement voués à disparaître, indépendamment de la domination qu'ils ont pu exercer.

La citoyenneté, dans notre acception moderne d'appartenance nationale et de droits et d'obligations civils, n'a jamais cessé d'être contestée. Il y a toujours eu des gens qui estimaient que leurs obligations à titre de «citoyens du monde» pouvaient faire concurrence à celles qu'ils avaient comme citoyens d'une nation, qu'elles pouvaient être en équilibre avec celles-ci ou qu'elles pouvaient les surpasser en importance. Par ailleurs, l'évolution, au cours des deux derniers siècles, de la notion de droits *de la personne* a limité l'assujettissement du citoyen à la nation et à son État. Plus récemment encore, comme les Canadiens sont en train de l'apprendre, le fait de partager des droits peut servir de fondement puissant à un esprit de citoyenneté commune¹⁴.

Pourtant, la croissance des loyautés supranationales et la légitimation des droits de la personne ou des droits individuels ont occulté un lien jadis puissant entre la communauté et la citoyenneté. Anciennement, plusieurs types de droits corporatifs ou collectifs coexistaient. Les villes avaient des droits et de l'autonomie, et leurs habitants en jouissaient, non pas à titre de particuliers, mais du fait qu'ils habitaient la ville depuis un certain temps. De même, pendant des siècles, l'Église, les couvents, les monastères et les ordres religieux ont été des communautés qui ne relevaient pas d'une autorité politique suprême laïque, comme ils en sont venus à le faire lorsque l'État est devenu prédominant. Bref, il existait plusieurs types de citoyenneté, fondés sur plusieurs types de communautés. Nous en revenons peut-être à une multiplicité de citoyennetés, quoique rattachées à des communautés tout à fait différentes.

Si différents que les villes-États, les ordres religieux et les guildes médiévales puissent paraître dans notre optique moderne, ils constituaient des communautés librement constituées, autonomes et capables de croître d'elles-mêmes. Elles ne sont pas issues de la croissance d'autres formes d'autorité, et n'ont pas tenté — comme l'ont fait les États-nations modernes — d'être polyvalentes, souveraines et d'avoir le pouvoir absolu. Il est donc possible de faire des parallèles frappants entre les nouvelles communautés non territoriales, ou celles qui renaissent, et les communautés d'antan qui gardaient, elles aussi, du mieux qu'elles le pouvaient, leurs droits comme entités autonomes. Les communautés prémodernes, les nations modernes et les communautés non territoriales de l'avenir visent toutes à maintenir, à protéger et à encourager des façons de vivre. Même si nous sommes devenus très individualistes, en cette époque moderne, nous voulons encore que les communautés nous soutiennent, comme le voulaient nos ancêtres. Cependant, tout comme les États-nations ont supplanté ou submergé ces anciennes communautés, nos communautés éclatées représentent l'étape qui vient après les nations. Ainsi, notre conception de la citoyenneté évoluera elle aussi.

En oubliant les formes plus anciennes de communauté qui soutenaient des conceptions particulières de la citoyenneté, nous avons également oublié que ni la communauté, ni la citoyenneté ne sont nécessairement mutuellement exclusives. En effet, nous sommes si complètement imbus de territorialité et de citoyenneté nationale que nous avons omis de tenir compte de la nature historique de la notion d'État-nation. Nous avons oublié qu'il ne s'agit pas de la seule manifestation véritable de la citoyenneté. Par conséquent, en postulant, comme je le ferai, une province non territoriale ou un Troisième ordre comme fondement de la citoyenneté autochtone, on ne la subordonne pas automatiquement à la citoyenneté canadienne. La notion d'État-nation a été inventée, et elle en est venue à s'imposer à mesure que nos hypothèses sur la territorialité sont devenues hégémoniques à l'échelle mondiale, par l'impérialisme et la colonisation. Les conditions ont changé, et les États-nations partagent maintenant la scène avec des entités politiques plus grandes et plus petites qu'eux. De plus en plus, ils partageront également la scène avec des organisations politiques non territoriales.

À l'intérieur des frontières canadiennes coexistent le nationalisme canadien, le nationalisme québécois et un nationalisme autochtone naissant. Leur existence symbiotique souligne l'arbitraire de nos notions de communautés exclusives et de citoyenneté qui englobe

tout. L'ancien premier ministre Trudeau avait l'habitude de narguer ceux qui préconisaient l'autonomie provinciale en leur demandant s'ils étaient d'abord des Britanno-Colombiens, des Québécois, ou des Canadiens. À l'époque, cette question posait un faux dilemme, et c'est encore le cas aujourd'hui. Une personne n'a pas à choisir une identité et à en rejeter une autre, et elle n'a pas à adopter une communauté à l'exclusion d'une autre, plus mondiale.

Les Européens du XV^e siècle auraient été perplexes et craintifs si on leur avait dit que chaque personne devait choisir une seule communauté — suprêmement souveraine — à laquelle ils devaient être loyaux et qui définirait leur citoyenneté. Pourtant, à la fin du XVII^e siècle, la plupart des gens ne le remettait pas en question. Il est peut-être tout aussi difficile pour nous aujourd'hui de renoncer à cette singularité. Apprendre à concevoir la citoyenneté comme pouvant siéger dans plusieurs communautés indépendantes vient bouleverser nos idées et nos convictions. Notre perplexité est l'image renversée de celle de ces Européens qui ne connaissaient pas encore le Nouveau Monde. Notre crainte de voir les citoyennetés multiples menacer l'ordre et la stabilité nationaux prend le contre-pied de leur crainte de voir un État territorial souverain déséquilibrer et menacer l'ordre et la stabilité qui leur étaient si familiers.

L'individualisme et l'élargissement progressif de la notion de droits ont engendré de nouvelles et puissantes identités. Certaines sont anciennes, mais elles ont été éclipsées ou occultées; d'autres ont été «bâties» à notre époque, comme des nations étaient autrefois bâties. Parmi les identités améliorées qui tirent du discours des droits leur force nouvelle ou renouvelée, citons les autochtones, les femmes, les gais et lesbiennes, les handicapés et les membres de groupes ethniques¹⁵. La question de M. Trudeau qui se demandait ce qui primait de l'identité provinciale ou nationale ne semble plus simple, si elle l'a déjà été, lorsqu'il faut tenir compte de ces identités émergentes et des communautés qu'elles représentent. Pour plusieurs personnes, et sans doute pour presque tous les autochtones, les groupes politiques (et sociaux) appelés «nations autochtones» semblent «naturels» si on les compare aux provinces ou au Canada lui-même, façonnés par l'histoire. Cette perception reflète le manque de connaissances historiques de la manière dont les groupes autochtones se sont formés et ont évolué pendant plusieurs millénaires. Nous ne devons pas accorder un caractère de permanence aux unités politiques «autochtones», surtout à la lumière des développements qui ont suivi l'arrivée des Européens en Amérique. Nous devrions plutôt essayer de créer des

unités politiques souples que les autochtones peuvent employer à leur gré pour bâtir leurs propres communautés et identités pertinentes.

Dans plusieurs pays — mais non pas dans tous — l'«espace psychologique» des citoyens est devenu conditionnel, à mesure qu'il s'est étendu et contracté. Il s'est étendu avec la légitimation de plusieurs identités qui étaient jadis très privées — la famille, l'identité ou l'orientation sexuelle et les handicaps physiques. Ce sont maintenant des identités «publiques», entretenues par le discours sur les droits et libertés. Cependant, l'espace psychologique s'est contracté dans la mesure où plusieurs voient ces identités jadis privées comme plus essentielles à leur bien-être : ils refusent de taire leur identité. Les identités sont privatisées en même temps qu'elles sont davantage montrées sur la place publique. À mesure que les identités et les loyautés se diversifient et se singularisent, la notion de citoyenneté éclate. L'identité d'une personne est de plus en plus conditionnée par l'aspect de l'identité qui est activé ou menacé par les événements publics — et non pas seulement par les événements qui surviennent «chez soi», dans son pays ou sa région.

Les États territoriaux peuvent défendre certains droits et identités et agir dans ce sens. Cependant, ils ne peuvent soutenir ces identités nouvelles ou renaissantes qui n'ont pas de territorialité. Différentes communautés sont déjà en train de se renforcer et d'acquérir plus de sécurité par rapport à l'hégémonie déclinante des nations territoriales¹⁶. Parmi ces communautés dynamiques et diversifiées se trouvent celles des autochtones canadiens. Un jour peut-être, toutes ces communautés non territoriales pourront coexister sans les contraintes d'États-nations territoriaux qui chapeautent tout. Cependant, d'ici à ce jour lointain, les autochtones ont besoin d'un gouvernement qui peut partager le pouvoir avec les gouvernements territoriaux qui ont, jusqu'ici, servi les intérêts des non-autochtones — et résister à ces gouvernements. C'est dans cet esprit que j'ai proposé la création d'une Province des peuples autochtones. Il y a plusieurs façons d'obtenir la dignité et l'autonomie gouvernementale; cependant, je crois qu'un Troisième ordre de gouvernement, calqué en partie sur le statut d'une province (ou de plusieurs provinces confédérées pour former un Troisième ordre) offre les solutions les plus pratiques, justifiables et réalisables dans le contexte actuel.

Bien que j'expose ma proposition en détail plus loin, je voudrais d'emblée en présenter quelques caractéristiques essentielles pour guider le lecteur à travers une analyse très succincte de sujets complexes. Les gouvernements majoritaires ne protègent pas les minorités ayant des modes de vie distincts, bien que la Charte aide un peu à corriger ce défaut. Par conséquent, il est possible de postuler que les autochtones du Canada ne peuvent protéger leurs cultures et leurs langues que s'ils contrôlent un ou plusieurs gouvernements dans lesquels ils forment la majorité. Pour aller au-delà de cette vague généralité, je suggère que la Commission royale préconise l'établissement d'un troisième ordre de gouvernement pour les peuples autochtones, lequel jouirait de larges pouvoirs souverains. Pour aider à voir comment cet objectif peut être atteint «dans le cadre du Canada», j'emploie la formule d'une province (ou plusieurs provinces) pour les peuples autochtones. Il faudra que celles-ci soient non territoriales, dans le sens particulier expliqué ci-dessous. Cette caractéristique et certains problèmes généraux déjà constatés dans les relations fédérales-provinciales nous amèneront à modifier la notion de «province»; certains lecteurs estimeront, en définitive, que je ne propose pas «vraiment» un modèle provincial. Cette conclusion est plausible, et je reviendrai sur cette question vers la fin de la présente étude.

L'expression «dans le cadre du Canada» demande une certaine justification qui va au-delà de la considération pratique sur laquelle la très grande majorité des Canadiens insisterait sans doute. Mon raisonnement est le suivant : plusieurs déclarations de l'Organisation des Nations Unies consacrent le droit des «peuples» à l'autodétermination. Ces déclarations semblent prometteuses car les autochtones — ou les groupes traditionnels faisant partie de cette nouvelle catégorie — semblent satisfaire aux critères posés pour avoir le statut de «peuples». Cependant, ce droit des «peuples» semble être limité, dans ces documents, par la stipulation selon laquelle il faut respecter l'intégrité territoriale des nations (ou États, en réalité) actuellement membres. Par conséquent, je pars de l'hypothèse qu'une forme quelconque de souveraineté non territoriale «dans le cadre du Canada» permettra de réaliser davantage que l'«autodétermination» ne l'a fait pour les colonies après la Seconde Guerre mondiale, même si elle ne permet pas de réaliser tout ce que souhaitent les autochtones.

Éléments d'une nouvelle culture politique

Les postulats et hypothèses sur lesquels les Canadiens s'appuyaient semblent avoir changé récemment, et de nouveaux éléments de la culture politique sont en train de prendre racine. Certains de ces éléments semblent faire partie d'un changement mondial touchant les hypothèses tectoniques sur l'autorité politique en général. En particulier, l'État-nation territorial a été contesté de maintes façons, après qu'il eut servi, pendant deux ou trois siècles, de cadre hégémonique à la politique. Il y a de plus en plus d'organismes supranationaux, comme la Communauté européenne, la Zone de libre-échange nord-américain, le GATT, la Banque mondiale, et plusieurs autres. Des forces infranationales font également concurrence aux nations pour gagner la loyauté et l'appui des citoyens, que ce soient pour des mouvements séparatistes, la purification ethnique, les griefs régionaux ou des conflits entre les centres urbains et les régions rurales. Je reviendrai plus loin sur ces changements mondiaux, car ils soulèvent des questions, relatives au territoire et à la souveraineté, qui sont particulièrement pertinentes pour l'analyse de l'autonomie gouvernementale des autochtones.

On trouve une série d'hypothèses — qui intéressent plus spécialement le Canada et les Canadiens autochtones — qui sont maintenant assez répandues, mais qui étaient impensables à une certaine époque. Bien entendu, tout le monde ne souscrit pas à ces hypothèses, en ce sens que tous ne les affirment pas consciemment; cependant, plusieurs y souscrivent et quelques-unes ont été constitutionalisées ou font l'objet de politiques gouvernementales. Pour l'instant, je me limite à les énumérer, puisqu'elles se passent de commentaires, dans une large mesure, surtout pour les lecteurs d'un rapport sur la citoyenneté autochtone.

1. Pendant environ un siècle, la politique fédérale à l'égard des Indiens visait l'assimilation de ceux-ci; cependant, cet objectif a maintenant été complètement abandonné. On vise maintenant à leur accorder un statut particulier. Certains lecteurs préféreront dire que l'assimilation a été remplacée par une politique de pluralisme. Cette interprétation peut être admise mais je préfère suivre Doug Sanders (voir plus loin) et être provocateur. Comme je le fais remarquer vers la fin de mon étude, des expressions comme «statut particulier» pourraient être réhabilitées, d'une façon peut-être impossible aux États-Unis.
2. Les Inuit ont été inclus dans la catégorie «Indiens», en vertu d'une décision judiciaire, et les Métis ont peut-être été ajoutés aux responsabilités fédérales à cause de la

définition d'autochtone du paragraphe 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, bien que cette thèse soit contestée. Il y a donc un nouveau terme juridique (autochtone) qui, à certaines fins du moins, complète, voire remplace les catégories d'Indiens, d'Inuit et de Métis.

3. L'article 35 confirme également l'existence de droits particuliers pour les autochtones, sans toutefois les préciser. Ces droits peuvent comprendre un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Même si ce droit était contesté, l'Accord de Charlottetown de 1992 a révélé que les principaux gouvernements du Canada avaient tous accepté cette notion, et l'opinion publique a, depuis lors, été grandement favorable à ce droit inhérent.
4. Au moins depuis les négociations constitutionnelles de 1981, qui ont donné lieu aux modifications de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il faut présumer que les autochtones ou groupes d'autochtones ont leur mot à dire sur les changements constitutionnels. L'échec de l'Accord du lac Meech le démontre a contrario.
5. Plus particulièrement, aux négociations constitutionnelles de la ronde de Charlottetown, quatre organismes autochtones ont été traités sur un pied d'égalité avec les onze principaux gouvernements, les Territoires et leurs premiers ministres. Ces quatre organismes ne participeront peut-être pas aux prochaines réunions; cependant, il semble fort douteux que ces réunions puissent avoir lieu, comme par le passé, sans que les autochtones n'y participent, du moins si elles portent sur des questions intéressant directement ou indirectement ceux-ci.

Réerves

Pour clarifier mes objectifs, je dois indiquer ce qui ne peut pas être envisagé. Je vais maintenant mentionner plusieurs sujets qui méritent que l'on s'y attarde, mais qui, s'ils étaient traités ici, feraient perdre de vue le sens de la citoyenneté autochtone lorsqu'il est fait abstraction des hypothèses sur le territoire et les États-nations territoriaux.

Premièrement, j'examinerai la citoyenneté autochtone au Canada. Je ne chercherai pas à connaître les formes de citoyenneté qui ont pu exister avant 1492, ou celles qui pourraient être élaborées si les groupes d'autochtones étaient «isolés» du Canada dans l'avenir. Les

réactions positives de plusieurs personnes — autochtones ou non — à la proposition, dans l'Accord de Charlottetown, qu'un troisième ordre de gouvernement soit établi laissent entendre que la formule «dans le cadre du Canada» est une réalité largement acceptée, bien que plusieurs nations faisant l'objet de traités la rejettent comme insuffisante. Bien sûr, le sens précis de l'expression «dans le cadre du Canada» reste à déterminer et la résolution de cette ambiguïté touchera l'applicabilité des propositions que je fais dans cette étude. Il faut commencer quelque part et l'on ne peut éviter de poser certaines hypothèses pour circonscrire moindrement le sujet.

Deuxièmement, je présumerai qu'une version quelconque d'une charte des droits et libertés s'appliquera à ce Troisième Ordre (si c'est bien le nom qu'il portera). Il semble douteux que tous les groupes d'autochtones acceptent la Charte canadienne dans son intégralité, et ils n'ont d'ailleurs pas à le faire puisque l'article 25 donne déjà à entendre que certaines parties de la Charte doivent être interprétées de manière à ne pas déroger aux droits des autochtones¹⁷. Que ces révisions demandent une optique différente pour la clause dérogatoire (article 33), ou certaines façons de tenir plus compte de toutes les formes communautaires de prise de décision ou même des solutions plus imaginatives, la notion «dans le cadre canadien» exige une certaine structure pour la citoyenneté porteuse de droits. Les Canadiens non autochtones s'attendent à ce que la Charte s'applique, sous une forme ou une autre, aux gouvernements autochtones¹⁸, et il est bien connu que plusieurs femmes autochtones (entre autres) insistent pour avoir des droits fondamentaux garantis par la Charte¹⁹.

Troisièmement, la Charte canadienne actuelle renferme plusieurs exemples de ce que l'on pourrait appeler des «droits collectifs», par opposition aux «droits individuels»²⁰. Les communautés autochtones ont peut-être besoin de droits collectifs plus nombreux ou différents. Quoi qu'il en soit, les lecteurs ne doivent pas être distraits par ce débat, lorsqu'il s'applique à la citoyenneté dans ce rapport. Il arrive souvent que les Canadiens autochtones et non autochtones cherchent à déterminer si la Charte convient aux autochtones, considérant qu'elle ne renferme ou ne protège que des droits individuels. Puisque cette hypothèse est manifestement erronée, notons que la question est mieux posée si l'on se demande ce que devrait être un juste *équilibre* entre les droits individuels et collectifs (ou communautaires)²¹.

D'honnêtes gens peuvent appuyer des combinaisons ou des équilibres très différents, et je présume qu'indépendamment de l'équilibre atteint, les questions de citoyenneté dans le présent rapport en sont des sujets indépendants.

Quatrièmement, lorsque je milite, dans le présent rapport, en faveur de la création d'une unité de gouvernement non territoriale, je ne veux pas dire que les autochtones n'auront pas de territoire collectif. Cette question devrait s'éclaircir plus loin. Cependant, pour éviter tout malentendu, j'affirme clairement et vigoureusement que ma proposition ne doit pas servir d'excuse pour abandonner des revendications territoriales, pour rendre plus précaire un territoire déjà insuffisant, pour relever le gouvernement fédéral de ses responsabilités fiduciaires envers les diverses communautés autochtones ou pour permettre aux gouvernements fédéral ou provinciaux de se «tirer d'affaire» de quelque autre manière. Le territoire est encore plus important pour les autochtones parce que les réserves ne sont pas absolument exclusives, continues ou contiguës, comme nous le verrons plus loin.

Enfin, les notions de citoyenneté ne peuvent résoudre tous les problèmes. Elles ne peuvent remplacer des politiques raisonnables, équitablement administrées. En proposant des innovations pour comprendre la citoyenneté autochtone, j'essaierai de les tempérer en parlant en particulier de deux grands types de problèmes auxquels font face les autochtones, surtout ceux qui vivent hors des réserves (dans les villes et villages). D'autres problèmes méritent que l'on s'y attarde, mais il doit y avoir des limites au problème abordé, sinon les solutions risquent de ne pas avoir rapport à un problème en particulier.

Les deux types de problèmes sont tout à fait distincts mais cependant liés. Le premier est d'ordre pratique, à savoir la prestation de services aux autochtones, en particulier lorsqu'ils vivent hors réserve. Le deuxième est d'ordre moral, éthique et politique, c'est-à-dire le fondement des différents types de prestations de services sans qu'il n'y ait un risque de discrimination au sens négatif par des services inférieurs qui étaient si courants jusqu'à présent. Expliquer la nature de ces problèmes à ce stade-ci reviendrait à mettre la charrue avant les boeufs, c'est-à-dire possible mais peu commode. Je traiterai maintenant d'une série de questions qui constituent un cadre contextuel aux solutions particulières à ces problèmes, notamment la notion de territorialité et son importance présumée pour la souveraineté; le partage de la souveraineté dans un système fédéral; les problèmes particuliers de territorialité

auxquels font face les peuples autochtones; le pluralisme non territorial en tant que théorie générale dans les régimes politiques fédéraux et démocratiques, et une proposition de création d'une province autochtone (ou de plusieurs provinces) qui serait l'expression et le symbole de la citoyenneté autochtone et de l'autonomie gouvernementale «dans le cadre du Canada». Ce n'est qu'après un tel exposé à large portée que je présenterai les solutions éventuelles aux problèmes de la prestation de services et de la discrimination.

Territorialité et souveraineté

Les grandes catégories d'analyse politique dans le monde «moderne» sont celles des systèmes de persuasion, des systèmes de marché et des systèmes de pouvoir ou de commandement²². Toutes ces catégories, croit-on à tort ou à raison, dépendent de l'existence d'un territoire ou s'appuient sur celle-ci²³. Les nations protègent «leurs» propres industries; les gouvernements exercent un pouvoir de coercition sur «leur» propre territoire et mettent en application la définition autoritaire des valeurs; et les médias (en particulier la radio et la télévision) sont considérés comme des instruments d'endoctrinement et de contrôle, dans la mesure où ceux qui préparent un coup d'État s'en prennent en même temps au siège du gouvernement et au quartier général de la radiodiffusion nationale.

Ces hypothèses sur le fondement territorial du pouvoir politique n'ont pas été acceptées dans le monde entier, et elles ne sont pas non plus très anciennes par rapport à l'histoire consignée dans les livres. Pendant seulement quelque 300 ans, trois hypothèses particulières ont constitué un élément profond et inconscient de la culture politique dans le monde européen et, plus récemment, dans ses colonies et autres pays visés par son influence, en particulier lorsque la pensée politique occidentale en est venue à accepter comme naturel, logique et nécessaire que les entités politiques souveraines devaient *exclusivement* occuper un territoire *contigu* qui soit *continu*. Lorsque j'utilise le terme «territorialité», je fais référence à ces trois hypothèses. Par «non territorial», on entend qu'une ou plusieurs de ces hypothèses ne s'appliquent pas, c'est-à-dire qu'une nation, une province ou un État ne devrait pas partager un territoire entre eux ou entre elles, par exemple le Labrador devrait faire partie de Terre-Neuve ou du Québec mais pas des deux. De même, le territoire devrait être contigu, de sorte qu'on ne peut pas permettre au Labrador de faire partie de la Colombie-Britannique. La

continuité territoriale exige qu'il n'y ait pas d'«îlot» d'une autre entité politique souveraine qui soit encastré ou complètement entouré par une nation ou une province. Par exemple, les villes des États de la Nouvelle-Angleterre ne sont pas comptées comme faisant partie du Québec, bien qu'une majorité de leurs habitants soient des Québécois ou des descendants de Québécois.

Ces trois hypothèses ont été violées à un moment ou à un autre. Par exemple, les États-Unis ne semblent pas particulièrement inquiets du fait que leurs 48 États continentaux ne soient pas contigus avec l'Alaska. De même, l'emplacement d'Hawaii n'est pas considéré comme étant distinct, tout comme le fait que le Labrador soit séparé du reste de Terre-Neuve par une étendue d'eau n'ait pas semblé poser de problème de contiguïté. Derrière l'hypothèse de contiguïté se trouve la croyance implicite que l'eau (les rivières, les baies, les détroits, etc.) ne peut pas avoir d'effet néfaste sur la contiguïté; seules les terres occupées exclusivement par une province ou par une nation peuvent en avoir un. Les unités encastrées ou «îlots» sont tout à fait rares à moins que l'on ne compte des choses comme les «homelands» d'Afrique du Sud. Bien sûr, des pays comme le Paraguay et la Suisse sont encerclés par d'autres pays mais ils sont entourés par plusieurs pays et non pas par un seul pays. Ainsi, ils ne créent pas d'obstacles à la continuité d'autres pays.

L'hypothèse de l'utilisation exclusive du territoire est foulée aux pieds dans la plupart des systèmes fédéraux, du fait que deux ordres «souverains» de gouvernement se partagent le même territoire. C'est, bien entendu, l'une des raisons pour lesquelles le fédéralisme était une idée nouvelle, et il est facile de faire fi aujourd'hui de ce que nous tenons pour acquis. Dans les années 1860, le bureau colonial britannique hésitait à avaliser les régimes fédéraux du Canada du fait de cette caractéristique; pour les membres de ce bureau, il était étrange ou illogique de diviser la souveraineté de la Couronne ou du Parlement. Néanmoins, ce système a bien fonctionné, à un point tel que nous avons maintenant oublié les hésitations au moment où l'idée a été avancée, car l'on s'inquiétait de l'utilisation exclusive du territoire. Comme autre exemple éventuel d'utilisation non exclusive du territoire, on pourrait citer la tutelle conjointe des possessions coloniales, comme dans certaines îles du Pacifique Sud. En général, tout comme dans le cas des deux autres hypothèses, les «violations», lorsqu'elles se

produisent, ne sont pas toujours signalées parce que ces hypothèses font partie de cette paire de «lunettes» grâce à laquelle nous voyons les institutions d'un gouvernement moderne.

Selon moi, ces hypothèses sont dignes d'examen parce qu'elles constituent des ajouts récents à notre culture politique. Pendant le premier millénaire de l'ère chrétienne, la politique se faisait sans considérer qu'une assise territoriale était essentielle à l'existence d'un État, quoique de nombreux gouvernants aient convoité les richesses que pouvait leur fournir le territoire. Les peuples ont émigré et conquis d'autres peuples²⁴. Les guerriers gouvernaient et d'autres guerriers leur lançaient des défis. L'utilisation exclusive du territoire ne durait généralement pas longtemps et, à l'exception de certaines villes, les territoires continus et contigus étaient pratiquement inconnus. Les vestiges de cette ère demeurent encore, surtout l'idée de l'existence du Vatican comme pouvoir non territorial.

Ces trois hypothèses sur la territorialité mènent logiquement à une quatrième condition : celle de l'existence de territoires congrus, c'est-à-dire d'unités administratives au sein d'une nation ou d'une province ayant les mêmes frontières même s'ils traitent de questions différentes. Bien entendu, ces hypothèses ne visent pas les gouvernements locaux, régionaux et municipaux. Les districts scolaires, conseils d'administration des parcs, systèmes de transport rapide et autorités de contrôle des inondations, pour n'en nommer que quelques-uns, coïncident rarement, ce qui contraste nettement avec ce qui était considéré comme naturel ou nécessaire à l'échelon national ou provincial, mais cela ne donne lieu qu'à peu de commentaires.

La raison de ce décalage entre les paliers municipaux et les paliers «plus élevés» de gouvernement est lié à la souveraineté. L'exclusivité, la contiguïté, la continuité et la congruence sont nécessaires, ou du moins c'est ce que disent nos théories traditionnelles, parce qu'elles sous-tendent la souveraineté. N'être souverain que pour une seule et unique fonction, comme les parcs ou les écoles, ne constituerait pas, d'après ce raisonnement, une souveraineté²⁵. Ainsi, les souverains réclament le droit de contrôler ou de réglementer toutes les activités publiques, d'être des organismes politiques polyvalents, ou du moins multifonctionnels. Pendant trois siècles, on a présumé que cette conception de la souveraineté exigeait une assise territoriale, bien que l'on ait su, pendant une bonne partie de cette période, que le fédéralisme signifiait le partage de la souveraineté ou la souveraineté conjointe²⁶.

Quoi qu'il en soit, les gouvernements national et provinciaux du Canada constituent des organismes multifonctionnels qui se démarquent donc des gouvernements et autorités locales de portée plus restreinte.

Avec l'évolution de la technologie, des idées et des théories, de nouvelles situations se produisent. Non seulement les systèmes de marché ont pénétré dans tous les pays — et pas uniquement dans les pays industrialisés —, mais la mondialisation des relations économiques a placé de nombreuses fonctions économiques et commerciales hors de portée du contrôle des nations, même s'il s'agit de nations riches et puissantes comme les États-Unis et le Japon. De même, les organisations politiques au niveau local, régional et supranational font concurrence aux États-nations pour obtenir l'allégeance des citoyens. De plus, les moyens de communication de masse ont connu une véritable mutation : il y a davantage de chaînes de télévision et, par conséquent, un ciblage des formats et des contenus plus spécialisé et moins tourné vers la «masse»; moins de journaux et davantage de concurrence intermédiate; le découplage entre radiodiffusion et territoire du fait des transmissions par câble ou satellite, et un plus grand contrôle exercé par l'auditoire en raison de la multiplication des options. Dans la plupart des pays, il n'existe plus de «siège social» des médias nationaux qui puisse être pris dans un coup d'État, comme les conspirateurs anti-Gorbachev l'ont découvert avec consternation en août 1991.

En bref, le caractère territorial de la vie politique, économique et culturelle a été ébranlé pendant ces dernières décennies, juste au moment où il devenait à la mode à l'échelon mondial. Les nombreuses façons dont nos vies ont été organisées et emballées dans des contenants appelés «États-nations» ont fait l'objet de plus en plus de contestation et d'une érosion subtile. L'affaiblissement de la valeur des hypothèses liées au caractère territorial n'entraîne pas la disparition des États-nations, bien que certains États particuliers, comme l'Union soviétique et la Yougoslavie, disparaissent. Les nations continueront à exister pendant une durée indéterminée, mais elles assumeront de moins en moins de fonctions souveraines au fur et à mesure que celles-ci seront confiées, petit à petit, à des entités politiques récemment créées qui viseront un ou plusieurs secteurs de pouvoir selon une définition fonctionnelle plus que territoriale. L'un d'eux, qu'il s'agisse d'une province, d'un troisième ordre de gouvernement ou d'une multiplicité de gouvernements autonomes communautaires, constituera

un gouvernement non territorial pour les autochtones dans le cadre plus large du territoire du Canada. Cela a des conséquences importantes du point de vue de la citoyenneté des autochtones.

Le fait de s'étendre abondamment sur la manière dont les idées et les hypothèses d'origine exclusivement européenne ont été considérées comme acquises au Canada, et ailleurs, ne devrait pas être vu comme une acceptation du maintien de leur hégémonie. Je ne souhaite pas non plus détourner l'attention des particularités des autochtones canadiens²⁷. Ce voyage dans l'histoire a un double objectif. Tout d'abord, j'ai cherché à montrer comment nos idées avaient des fondements historiques, et j'ai mis en évidence certaines preuves du changement de ce contexte. Par conséquent, il peut maintenant être plus facile qu'auparavant de remettre en cause la territorialité et la souveraineté des cadres politiques existants. En second lieu, en reconnaissant les origines strictement européennes de nos conceptions de l'État-nation, de la souveraineté et de la citoyenneté, j'estime qu'elles peuvent être placées dans une certaine perspective et considérées comme limitées et singulières plus que naturelles ou universelles²⁸.

Territoire et peuples autochtones

Du point de vue des peuples autochtones, il est bénéfique que la territorialité, comme cadre politique, soit maintenant sérieusement remise en question. Des siècles de contact, de conquêtes, de traités, de colonisation et d'assimilation de nombreux autochtones ont laissé peu de territoires aux populations autochtones. Cela apparaît très clairement lorsqu'on examine les réserves situées au sud du 60^e parallèle. Dans le Yukon et dans les Territoires du Nord-Ouest, le territoire n'est pas aussi fragmenté ou restreint. En particulier dans le nouveau territoire du Nunavut qui, je le présume, deviendra un jour une province, on trouve une majorité d'autochtones qui contrôlent un territoire, en majorité, contigu et continu.

Au sud du 60^e parallèle, les conditions sont tout à fait différentes. Il existe à l'heure actuelle plus de 2 000 réserves pour plus de 600 bandes regroupées historiquement en 40 ou 50 nations. Ainsi, cette fragmentation et cette isolation caractérisent beaucoup plus l'assise territoriale que la continuité ou la contiguïté. De plus, *per capita*, ces terres ne pourraient pas être considérées comme généreuses ou suffisantes. Au-delà de ce problème, bon nombre de

groupes n'ont pas de terres de valeur et les Métis (qui vivent à l'extérieur de l'Alberta) n'ont pas du tout de terre collective. Lorsqu'on remarque que bon nombre d'autochtones n'ont pas de réserves et que, parmi ceux qui en ont, une grande minorité et parfois même une majorité vivent hors de celles-ci²⁹, surtout dans les grandes villes³⁰, la rupture entre la territorialité des autochtones et les hypothèses sur les États-nations territoriaux semble absolument incontournable.

Avant l'arrivée des Européens, la situation territoriale était évidemment différente de celle d'aujourd'hui, mais elle ne correspondait pas de façon précise aux hypothèses européennes présentées ci-dessus. Notre propos n'est pas ici d'étudier les différences en détail puisque les hypothèses européennes elles-mêmes évoluent et perdent du terrain dans notre manière de penser. Mais une mention brève de certaines caractéristiques pourrait aider à voir les manières dont les entités politiques non territoriales et leurs notions accessoires de souveraineté peuvent être plus proches des manières autochtones traditionnelles que le cadre qui leur a été imposé jusqu'à présent.

La première divergence porte sur l'hypothèse d'exclusivité. Il n'y a pas de doute que bon nombre de groupes autochtones avaient une certaine notion de la terre ou du territoire mais, dans la plupart des cas, cette notion permettait une souplesse d'utilisation et un contrôle qui n'avaient rien à voir avec la notion européenne de territoire exclusif. Cette caractéristique peut être constatée de façon plus claire dans le processus de conclusion des traités qui a révélé une propension remarquable à partager les richesses d'un territoire donné³¹. Le fait que les colons n'aient pas partagé le territoire mais aient réclamé la propriété met simplement en évidence les différentes hypothèses en présence.

D'autres exemples viennent conforter cette idée. Il semble y avoir eu un sentiment général dans toute l'Amérique du Nord, avant l'arrivée des Européens, selon lequel on ne possédait pas la terre mais on l'utilisait pour subsister³². Dans bon nombre de cas, l'utilisation du territoire ne pouvait être justifiée que si l'on était sûr qu'il n'y aurait aucune incidence négative sur l'écologie jusqu'à la septième génération de descendants. De même, l'utilisation cyclique et saisonnière réduisait la tension sur l'équilibre écologique, et les migrations à travers de grandes étendues permettaient le chevauchement territorial intermittent de différents groupes. Il est facile de dire que tous les groupes autochtones vivaient en

harmonie avec leur milieu ambiant et n'avaient pas d'incidence durable. Néanmoins, par rapport aux colons de l'ère qui a suivi l'arrivée des Européens, la territorialité était plus spirituelle et moins orientée vers l'exploitation.

En apparence du moins, les conditions actuelles semblent être en parallèle avec certains aspects de la vie avant l'arrivée des Européens, quoique dans des circonstances plus restreintes et plus tendues, notamment par des caractéristiques non territoriales comme le partage des terres, la migration saisonnière et les préoccupations spirituelles en ce qui concerne la terre. Par exemple, plusieurs revendications territoriales ont délimité des zones de contrôle et d'utilisation exclusives, qu'il s'agisse ou non de réserves, et de grandes étendues avoisinantes à usage non exclusif dans des buts particuliers (comme le trappage, la pêche, la cueillette de fleurs et la capture d'animaux pour des rituels) découlent de modèles historiques³³. Dans certaines zones, la migration est encore assez courante³⁴, et les migrations et retours dans les réserves pour des emplois saisonniers existent presque partout. La renaissance de coutumes, de langues et de traditions spirituelles s'est faite de façon non uniforme, mais elle est très marquée dans certaines nations.

Quoiqu'il s'agisse de remarques hypothétiques et brèves, elles devraient attirer l'attention sur plusieurs éléments clés dont doivent tenir compte les nouvelles conceptions de la citoyenneté autochtone. Dans la mesure du possible, elles devraient tirer profit des forces traditionnelles et des coutumes tout en tenant compte du fait que ses traditions ont évolué pendant la période d'arrivée des Européens et qu'elles auraient pu changer de façon substantielle même si la société colonisatrice n'avait pas eu une influence aussi forte. En soi, l'arrivée du cheval aurait profondément modifié la vie dans les plaines et ce, sans la colonisation et les restrictions imposées aux réserves. Les nouvelles formes de souveraineté devraient aussi être adaptées à la situation sociale telle qu'elle s'est développée. Il faudrait tenir compte des liens familiaux, linguistiques et nationaux très forts, là où le groupe a été divisé en colonies largement séparées et là où de grands nombres de personnes vivent et travaillent hors des réserves pendant de longues périodes. Nous devons donc accepter le caractère «mobile» des droits issus de traités³⁵. Finalement, l'expression «dans le cadre du Canada» signifie que nous devons construire des systèmes de citoyenneté *autochtone* (Indien, Inuit, Métis)³⁶ et non seulement pour les nations traditionnelles ou les bandes locales³⁷. Il

sera essentiel d'arriver à ménager un *équilibre* convenable entre des groupes et identités multiples, et cela ne pourra pas se faire si nous ne sortons pas des modèles purement territoriaux qui conditionnent notre pensée depuis trop longtemps³⁸.

Formes de pluralisme non territorial

Les formes les plus connues du pluralisme étaient, croyait-on, fondées sur l'individualisme et, par conséquent, quelque peu antithétiques par rapport aux préoccupations des autochtones en matière de cohésion sociale, de communauté et de consensus. Il n'y a pas de doute que bon nombre des partisans les plus connus du pluralisme, en tant que modèle de société démocratique, ont présumé que l'unité fondamentale d'analyse devait être l'individu. Il n'y qu'à penser à Robert Dahl, à David Truman et à Harold Lasswell, entre autres. Il y a aussi un autre courant de pensée plus commun en Europe et sous-dominant, mais de plus en plus influent en Amérique du Nord, qui a fait valoir les aspects collectifs, communautaires et non individualistes du pluralisme. Les formes les plus connues sont celles des regroupements en alliances et le corporatisme. Il est intéressant de voir que ces deux modèles n'ont pas une orientation territoriale, alors que l'individualisme était une notion qui découlait des mêmes circonstances historiques que celles des États-nations territoriaux.

Le regroupement en alliances exige qu'il y ait au moins deux formations sociales géographiquement mêlées. À cause de l'utilisation non exclusive du territoire, c'est un concept non territorial et dans un sens important, il est aussi non fédéral de par son application éventuelle à des pays où les «fondements» sociaux ne peuvent pas éclater en unités territoriales infranationales distinctes. Certains observateurs soutiendraient que les regroupements en alliances ressemblent au fédéralisme. C'est une question de définition. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de s'étendre sur ce sujet. Selon moi, le regroupement en alliances et le fédéralisme diffèrent du point de vue du degré et de l'équilibre qui existe entre l'unité et la séparation. Le fédéralisme vise à créer des loyautés multiples et à unir des groupes sans les submerger. Le regroupement en alliances vise en revanche à tenir les groupes aussi séparés que possible tout en continuant à partager le territoire. Beaucoup plus que le fédéralisme, le regroupement en alliances se départit de l'unité pour aller vers la séparation sociale. Comme d'autres spécialistes utilisent les termes différemment ou en tirent des

conclusions différentes, il est important que j'explique mes définitions de base. Je ne veux pas les imposer à quiconque, mais je voudrais dire clairement pourquoi j'utilise le mot «fédéralisme» au lieu de «regroupement en alliances» comme notion centrale dans cette analyse.

Comme il est habituellement exposé, le regroupement en alliances est élitiste, en ce sens que la plupart des personnes placent les relations intercommunautaires entre les mains de chefs élus, nommés ou traditionnels par des partis politiques «communautaires» et des organismes auxiliaires. Les ententes politiques, satisfaisantes pour les plus grands dirigeants de chacun des «secteurs», peuvent être présumées comme acceptées par chaque communauté dans son ensemble, surtout si les partis élus constituent la classe dirigeante. Ainsi, il y a un élément de respect et d'autoritarisme dans ce modèle. Toutefois, on estime à propos de ces caractéristiques que le regroupement en alliances a, d'après ses défenseurs, permis de longues périodes de stabilité et de prospérité dans plusieurs pays, notamment les Pays-Bas, la Suisse et l'Autriche. Les critiques sont moins charitables, mais tous s'entendent ou presque pour dire que le modèle est intéressant et qu'il est de plus en plus foncièrement non territorial.

Le corporatisme — ou pluralisme corporatif, comme on l'a parfois appelé — fait intervenir une structure non territoriale de communautés ou d'organismes constitués d'une manière tout à fait différente du regroupement en alliances. Au lieu de «sociétés» ou de «peuples» mêlés sur un même territoire, le corporatisme présume que la formulation de politiques par le public est fondée sur la fonction ou la classe. En théorie et en pratique, le corporatisme a toujours été tripartite puisqu'il combinait des organisations d'affaires et syndicats «importants» et le gouvernement national pour conclure des ententes politiques où l'on faisait des compromis complexes entre la politique salariale, la politique fiscale, la politique monétaire et parfois la politique commerciale et le réaménagement ou la restructuration du secteur industriel. Le corporatisme a été mis en pratique dans des pays comme l'Australie, l'Allemagne, la Suède et la Norvège et, dans des versions plus souples, dans un certain nombre d'autres pays européens.

Le partage du pouvoir revêt des formes non territoriales car le gouvernement, les entreprises et les syndicats jouent un rôle dans tous les domaines de chacune des sociétés. Ces trois unités organiques ne peuvent être situées dans des territoires différents; elles partagent

toutes l'intégralité du territoire de chaque pays. Même si, comme il est possible sur le plan logique, on allait au-delà d'une structure tripartite, le corporatisme serait toujours foncièrement non territorial. D'autres voies «corporatistes» pourraient comprendre les groupes de consommateurs, les groupes d'écologistes et les groupes antisexistes. Dans tous les cas, le corporatisme présume que chacune des organisations importantes a une voix égale; ce n'est que lorsqu'il y a consensus et que tous les groupes s'entendent, quelle que soit leur taille, que ce modèle peut être justifié. Si deux partenaires «corporatistes» se regroupent pour lutter contre le troisième, il n'y a aucune incitation, quelle qu'elle soit, pour amener le troisième larron à se plier aux décisions de politique. Ainsi, le processus décisionnel consensuel allié à une représentation non territoriale pourrait très bien en faire un moyen intéressant de traiter la participation des autochtones à la politique canadienne.

Bien que ces modèles soient très attrayants à certains égards, je n'étudierai ni le regroupement en alliances ni le corporatisme comme modèles de citoyenneté autochtone puisqu'ils sont presque toujours constitués d'ententes officieuses qui s'appuient sur la confiance et le respect mutuel. Ces qualités sont partout très rares, mais plus particulièrement entre les autochtones et les sociétés de colons au Canada. La nécessité d'avoir un consensus dans des larges coalitions semble aussi rendre les deux modèles moins applicables qu'il ne paraît à première vue. On peut, par conséquent, postuler que le modèle partagerait certains traits avec ceux-ci, mais ils pourront être «constitutionnalisés» de façon adéquate, de façon à ce que les règles, procédures et pouvoirs soient exposés avec davantage de soins et reposent, le moins possible, sur la confiance dans ses adversaires ou ses alliés.

Fédéralisme non territorial

Bien que le fédéralisme ait communément été réalisé sous des formes territoriales, il n'est pas nécessaire qu'il soit ainsi restreint. Dans de nombreux cas, mais pas dans tous, les unités infranationales fondées sur des hypothèses de contrôle exclusif d'un territoire continu et contigu peuvent être raisonnables. Par exemple, lorsque les pères de la Confédération ont opté pour un fédéralisme à caractère territorial, ils estimaient qu'ils réglaient ainsi un grave problème social en séparant géographiquement les antagonistes. Les Provinces unies du Canada ont été créées en 1841, à la suite du rapport de lord Durham; sa recommandation

présumait que les catholiques (c'est-à-dire les Français) seraient submergés par les protestants, dont le nombre augmentait rapidement (c'est-à-dire les Anglais)³⁹. Dans les années 1860, cette prédiction s'est révélée fautive. De fait, la Confédération était le fruit d'un effort, entre autres, pour protéger la société catholique française, dans ce qui constitue maintenant le Québec, en créant une province où le «peuple» pourrait contrôler son gouvernement tout en étant doté de pouvoirs importants⁴⁰. Les autres provinces auraient des majorités anglo-protestantes.

Même dans les premières décennies, cette solution territoriale n'était pas entièrement satisfaisante. De grands «îlots» de communautés catholiques françaises se trouvaient à l'extérieur du Québec et, avec le temps, la population importante et non francophone du Québec, en particulier à Montréal, a connu une croissance constante. En fin de compte, le Québec a développé un très fort intérêt «extraterritorial» pour cette «diaspora», y compris même pour d'anciens Québécois qui vivent dans les villes ouvrières de Nouvelle-Angleterre près de ses frontières⁴¹. Au moment où le Parti Québécois est entré au pouvoir en 1976, la plupart des nationalistes du Québec avaient conclu que la meilleure stratégie consistait à se retirer dans la «forteresse du Québec» et à laisser les enclaves françaises ailleurs se défendre du mieux qu'elles le pouvaient. Depuis que les Acadiens du Nouveau-Brunswick ont vu leur sécurité améliorée par des politiques de bilinguisme constitutionnalisées, les deux communautés les plus anciennes et les plus géographiquement compactes ont réalisé qu'il était possible d'avoir une solution territoriale. Certains membres des deux communautés francophones sont donc devenus des défenseurs du nationalisme territorial.

Cette digression sur les communautés catholiques françaises fait valoir les points forts et les points faibles de la forme territoriale du fédéralisme. La grande force du fédéralisme tient, bien sûr, au fait que le gouvernement est responsable devant la majorité au lieu de l'être devant une minorité dans une société plus large, comme l'ont appris les Franco-Ontariens et les francophones de l'Ouest⁴². Sa faiblesse est tout aussi évidente : les populations dispersées de minorités françaises installées en permanence dans tout modèle territorial n'auront de «pouvoir» que dans la mesure où la société dominante sera disposée à leur en donner.

Tout juste comme une «union plus large» fondée sur le fédéralisme à caractère territorial a prouvé qu'elle pouvait constituer une innovation créative qui a réglé, pendant un

certain temps du moins, l'impasse religieuse (puis linguistique) des années 1840 et 1850, de même, une version non territoriale du fédéralisme pourra jouer un rôle créatif à notre époque. Je veux dire que l'existence de dix provinces territoriales, voire de plusieurs autres, pourra se compléter par la création de provinces non territoriales pour des groupes particuliers. Je favorise deux types de provinces non territoriales, une pour les francophones hors Québec, et au moins une pour les autochtones qui vivent au sud du 60^e parallèle⁴³. Cependant, je n'étudierai ici que cette dernière province hypothétique⁴⁴. Certaines clarifications préliminaires devraient être faites avant de décrire la nouvelle province et ses répercussions sur la citoyenneté autochtone.

Bon nombre d'autochtones, sinon tous, se demanderont pourquoi spéculer à propos d'une province lorsqu'une entente provisoire a été conclue en 1992 sur la création d'un troisième ordre de gouvernement. Cette dernière proposition semble beaucoup plus impressionnante et imposante, de sorte qu'une simple province peut sembler être beaucoup plus modeste. La défense que je formulerai prendra trois formes. Tout d'abord, ce n'est pas ici une question de nomenclature. Je suis en faveur d'un troisième ordre de gouvernement pour les autochtones et non pas d'une «province de plus». Toutefois, ce troisième ordre sera fort probablement à caractère fédéral ou confédéral, ainsi la discussion sur le statut provincial pourra faire double emploi. Dans le présent rapport, quand je fais référence à une province autochtone, les lecteurs devraient comprendre que cela peut constituer un troisième ordre ou que plusieurs de ces provinces (y compris le Nunavut) constitueront ensemble le nouveau troisième ordre. Il pourrait aussi arriver qu'une entente soit conclue entre le Canada et les groupes autochtones sur une configuration particulière et que cette entente évolue ou soit ensuite transformée par leur propre souveraineté. Ainsi, l'objet de mon étude consiste à comprendre la citoyenneté autochtone dans un troisième ordre. Même si la forme exacte du troisième ordre est nécessairement indéterminée, il est encore possible d'explorer la nature de la citoyenneté dans une très vaste gamme de cadres institutionnels possibles que pourrait revêtir le troisième ordre. Mais nous savons déjà ce qu'est une province, de sorte que nous aurons une longueur d'avance en pensant à certaines des conséquences de l'octroi d'un tel statut. Nous pouvons même le «sortir du tiroir» et l'essayer. Par exemple, tous les premiers ministres des provinces assistent aux conférences des premiers ministres et les législatures

provinciales doivent voter sur toutes les modifications apportées à la Constitution. Celles-ci sont automatiquement accordées aux nouvelles provinces alors qu'il faudrait négocier le statut d'un troisième ordre. Deuxièmement, les provinces sont très puissantes et dans les pouvoirs prévus à l'article 92, il s'agit d'organismes politiques souverains. De fait, bon nombre de Canadiens craignent qu'elles soient devenues trop puissantes. Je reparlerai de ce problème plus loin. Enfin, une partie de l'argument ci-après porte sur les types de pouvoirs de cette nouvelle province, puisqu'à mon avis, il lui faudrait quelques domaines de compétences qui dépasseront ceux des provinces existantes.

Le rapport Hawthorn, comme il a été dit ci-dessus, recommandait que les Indiens se voient accorder le statut de «citoyens plus». (Les auteurs de ce rapport n'ont pu faire de recommandations sur les Inuit ou les Métis, mais ils laissent entendre qu'ils l'auraient fait si leur mandat avait été différent.) Par analogie, je recommande une entité politique qui pourrait être décrite comme «la ou les provinces plus». «Plus» aurait plusieurs sens complémentaires, y compris davantage de pouvoirs que les provinces existantes (mais comme une certaine personnalité internationale mais pas complète), une reconnaissance du fait qu'il s'agissait en partie d'une rectification (ou d'une action positive) à cause des erreurs commises dans le passé, en particulier l'abus des traités entre nations et un statut explicite de troisième ordre (ou troisième «pilier» dans le langage lié au regroupement en alliances) du gouvernement canadien (tout comme les autres ordres fédéral et provinciaux existants).

Que signifierait donc l'accession des autochtones au statut de province (ou de plusieurs provinces) selon le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale? Le reste de cette étude fournit une réponse à cette question. Quelques éléments présentés à ce stade permettront de défricher le terrain; les deux prochaines sections porteront sur la manière dont la province ou le troisième ordre serait constitué et les dernières sections exploreront le problème de la prestation de services et de la discrimination dont il a été question auparavant, ainsi que les notions étendues de citoyenneté que sous-tend cette province.

Dans l'examen de la création éventuelle d'une province autochtone non territoriale, je laisse de côté le Yukon et les Territoires du Nord-Ouest, ainsi que les autochtones qui vivent «au nord du 60° parallèle». Je présume qu'au moins une partie de cette zone acquerra éventuellement le statut provincial et aura une population majoritairement autochtone⁴⁵. Si

tel est le cas, il y aura un jour, au moins deux provinces autochtones, une ou plusieurs situées dans le Nord du pays, et une ou plusieurs qui ne seront pas territoriales. À part cette considération pratique, il est probablement juste de présumer que la langue, la culture, les fondements économiques et la distance militent aussi en faveur du maintien des Inuit comme catégorie ou province de plein droit. De fait, la diversité, au sud du 60° parallèle, peut nous conduire à créer plusieurs provinces dans un troisième ordre. Le recours au «modèle» provincial ne limite pas le nombre de provinces et n'exige pas non plus qu'elles soient toutes non territoriales. Le défi consiste toutefois à montrer que les provinces non territoriales sont chose faisable.

Deuxièmement, on peut se demander comment identifier les peuples qui auront le droit de résider dans la ou les provinces autochtones dont je propose la création. Il y a plusieurs manières de le faire, y compris des liens raciaux ou «de sang» au statut indien, mais je suggère plutôt une autosélection. Le paragraphe 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* définit les peuples autochtones du Canada comme «s'entendant notamment» des Inuit, des Métis et des Indiens du Canada. À mon avis, cela signifie que ces groupes doivent être inclus mais que d'autres groupes ou individus *peuvent* aussi l'être. C'est ce que j'entends par «autosélection» du lieu de résidence officiel. Cela est totalement conforme à la position de la Commission royale sur les peuples autochtones, pour qui l'expression «peuple autochtone» de l'article 35 ne vise pas les groupes caractérisés par cette définition raciale, mais qu'elle désigne plutôt des unités politiques définies par l'histoire, qui ont souvent eu une composition mixte, et comprennent des personnes de différentes origines raciales⁴⁶. Après l'identification du territoire de cette province que nous appellerons la Province des peuples autochtones, nous saurons qui y habite actuellement. S'ils préfèrent s'en aller dans une autre province, ils pourront le faire, tout comme ils peuvent le faire actuellement. Si les non-autochtones décident de quitter l'une des dix provinces existantes pour aller vivre dans la Province des peuples autochtones, ce sera possible. Bien entendu, toute province a le droit de placer certaines restrictions à la circulation, comme le prévoient les paragraphes 6(3), 6(4) et 15(2) de la Charte, et la Province des peuples autochtones pourrait en faire autant. Toutefois, notons que les restrictions ne devraient pas être fondées sur des caractéristiques raciales ou ethniques, bien qu'elles puissent l'être. Il ne faudrait donc pas nécessairement être indien ou métis et on

n'aurait donc pas besoin de prendre une de ces identités pour habiter dans cette province. L'autosélection vise donc ici la localisation et non pas l'identité en tant qu'autochtone. Cette autosélection aura un caractère crucial dans la dernière étape de mon raisonnement.

Les commentateurs d'une version antérieure de ce manuscrit ont eu de la difficulté avec les expressions «qui y habite», «habiter dans cette province» ou «l'autosélection vise donc ici la localisation». Selon eux, ces expressions revêtent un sens territorial qui n'était pas prévu. Permettez-moi donc de clarifier ma pensée puisqu'elle a des répercussions importantes sur ma proposition. Le contenu principal des expressions auxquelles je fais référence porte sur la résidence juridique ou l'espace conceptuel. Par exemple, un résident de la Colombie-Britannique peut actuellement aller dans d'autres provinces ou y vivre pendant des périodes assez longues sans devenir un résident de ces provinces, si ce n'est par choix conscient. Quelle que soit l'identité sociale dominante de la province de résidence (comme le français au Québec ou l'anglais en Colombie-Britannique), les résidents n'assument pas automatiquement cette identité lorsqu'ils arrivent et ils n'ont pas besoin de le faire à aucun moment. Dans la mesure où il s'agit d'identité, elle pourrait être mieux exprimée par le fait que les nouveaux venus «s'identifient aux» objectifs ou aux aspirations de l'unité politique. Les priorités varient selon les provinces : la sécurité linguistique au Québec, l'expansion économique en Colombie-Britannique et l'intégrité autochtone dans la Province des peuples autochtones. En optant pour une résidence officielle dans la Province des peuples autochtones, ce qui pourrait se produire sans déplacement physique, on aurait ainsi une affirmation de cette priorité.

La résidence revêt un autre sens à cause du système actuel des réserves. Certaines personnes ont le droit de vivre sur la réserve, bien que ce ne soient pas toutes les personnes admissibles qui choisissent de le faire ou elles s'y rendent et en partent à différents intervalles. Bon nombre de personnes n'ont pas de réserve, ou elles sont légalement attachées à une certaine réserve et non à d'autres. Comme j'ai proposé que les territoires de la réserve ou les territoires obtenus par des revendications territoriales constituent *en premier lieu* la présence physique de la province hypothétique, certaines personnes qui pourraient décider «d'y vivre» (leur résidence légale) ne pourraient pas physiquement aller y habiter en vertu de la législation actuelle. Ainsi, les lecteurs doivent bien noter que la résidence a le sens d'un espace conceptuel ou d'une localisation physique dans une réserve.

À l'heure actuelle, la *Loi sur les Indiens* détermine qui est indien à des fins juridiques pour l'application du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Comme je présume que la *Loi sur les Indiens* sera abolie, peut-être dans sa totalité, après la création de la Province des peuples autochtones, les groupes visés devraient donc définir le terme «autochtone». D'une certaine manière, cela ne diffère absolument pas du cas des membres des minorités françaises, anglaises ou autres qui s'identifient aux autres, selon leur gré. Il pourrait aussi s'agir d'une situation analogue à celle qui existait avant l'arrivée des Européens.

Après un certain temps, on conclurait sans aucun doute que tous les autochtones ne vivent pas dans la Province des peuples autochtones et que toutes les personnes qui y vivent ne sont pas des autochtones, selon nos critères conventionnels, mais qu'une majorité des autochtones y vit et que la majorité des personnes qui y demeurent sont autochtones. En substituant «francophone» à «autochtone» et «Québec» à «Province des peuples autochtones», on peut constater que cette phrase a autant de sens. En quelque sorte, ces deux provinces répondraient à une situation semblable à celle du marché. On atteindrait un équilibre dans lequel un groupe minoritaire au Canada aurait sa «propre» province où il serait majoritaire sans interdire aux membres des autres groupes d'y résider⁴⁷.

En précisant que l'autosélection constitue le fondement de la résidence officielle, je voudrais répéter que ce critère s'applique «en premier lieu». Cela est crucial pour éviter que ne s'instaure une forme d'*apartheid*. Une fois la province établie et son gouvernement élu, toutefois, d'autres possibilités peuvent être envisagées. Tout comme il existe actuellement plusieurs manières d'identifier un Indien inscrit, selon la définition de la *Loi sur les Indiens*, la descendance matrilineaire dans certains cas, l'adoption, etc.⁴⁸, la nouvelle province devrait préciser les procédures qui prédomineraient ainsi que la façon de déléguer ces décisions à des groupes particuliers au sein de sa population. Lorsque les droits aux services découlent de l'appartenance, la capacité de contrôler l'appartenance devient un pouvoir intégral de cette nouvelle entité politique ou de ses éléments constitutifs⁴⁹. Lorsque la résidence est une donnée physique, comme dans les provinces existantes, l'article 6 de la Charte limite les contrôles provinciaux à la circulation de plusieurs manières. Lorsque la résidence fait intervenir un lien juridique sans qu'il y ait nécessairement de localisation matérielle, la

province hypothétique peut avoir besoin de restreindre la «circulation» par des mesures qui porteront atteinte à l'article 6 de la Charte. Autrement, par exemple, s'il n'y avait pas de taxes de vente (voir plus loin), cela pourrait pousser de nombreuses personnes à choisir de résider dans la Province des peuples autochtones. Cette province ou ce troisième ordre devra donc soigneusement concevoir ses règles de résidence puisque nos hypothèses actuelles de territorialité ne s'appliqueraient pas. La nécessité de ces règles est double : elles visent à protéger l'intégrité des entités politiques et à protéger les personnes qui pourraient se voir privées de leurs droits en vertu de la Charte. Je ne sais pas comment proposer une solution parce qu'il faut tout d'abord s'entendre sur la nature de l'unité. Ma proposition est ouverte à plusieurs égards et précise donc que les résidents officiels décideront conjointement de certaines caractéristiques plutôt que d'accepter les caractéristiques actuelles des provinces territoriales.

Une autre question que je laisse à la nouvelle province ou au troisième ordre est celle de la forme ou de la structure du gouvernement. À mon avis, j'imagine qu'un «gouvernement responsable», dans la tradition parlementaire de Westminster, ne serait peut-être pas la forme la plus convenable pour une Province des peuples autochtones car l'on y insiste sur la discipline de parti et que les lignes démarquées de conflit entre le gouvernement et l'opposition seraient contraires aux traditions décisionnelles autochtones. Toutefois, toute forme de gouvernement qui différerait trop de celle des autres provinces ou du gouvernement fédéral pourrait rendre les discussions intergouvernementales et les négociations plus difficiles qu'elles ne le seraient, en tout état de cause. En outre, on peut parler d'une entente bicamérale dans laquelle une des chambres correspondrait à un modèle parallèle aux autres provinces et que l'autre comprendrait des aînés ou d'autres chefs qui suivraient de plus près un certain modèle traditionnel de prise de décisions consensuelle. Qu'il existe ou non un motif suffisant d'utiliser ou d'adapter un gouvernement responsable, cette question devrait être laissée aux participants.

Une question indépendante est celle des limites juridiques ou constitutionnelles des structures gouvernementales. La *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit que le Canada serait «une Union Fédérale pour ne former qu'une seule et même Puissance (*Dominion*) sous la couronne du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande, avec une constitution reposant

sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni». Ce bref principe a été habituellement interprété comme autorisant une forme de gouvernement responsable dans la tradition parlementaire britannique. On ne sait pas très bien s'il impose une forme ou un principe de gouvernement pour une nouvelle province. La *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit à l'article 45 que «Sous réserve de l'article 41, une législature a compétence exclusive pour modifier la constitution de sa province». L'article 41, bien entendu, exige le consentement unanime des provinces et du gouvernement fédéral pour modifier «a) la charge de Reine, celle de gouverneur général et celle de lieutenant-gouverneur» et d'autres domaines qui ne sont pas pertinents à cette question. Si ces dispositions constitutionnelles étaient considérées comme des obstacles à une certaine forme de gouvernement souhaitée par la province hypothétique ou ce fameux troisième ordre, elles pourraient peut-être être modifiés car, pour en arriver à cette étape de développement, il aurait fallu un degré remarquable de soutien à l'autonomie gouvernementale des autochtones et de souplesse de la part des autres autorités canadiennes. Enfin, on peut prévoir que la reconnaissance du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale pourrait emporter le droit de déterminer toute forme de gouvernement démocratique.

Province des peuples autochtones⁵⁰

La Province des peuples autochtones dont la création est proposée consistera en premier lieu dans l'ensemble des terres et de l'eau compris actuellement dans quelque 2 000 réserves au sud du 60^e parallèle. Au moment où les revendications territoriales actuelles seront réglées, des terres seront présument ajoutées à la Province des peuples autochtones. Il se peut que la Province échange une certaine quantité de territoire avec des provinces avoisinantes pour consolider les réserves qui sont actuellement éparpillées ou pour créer un couloir de terre. Des terres supplémentaires devraient être mises de côté pour tenir compte du manque d'assises territoriales de bon nombre de Métis.

La population de la Province des peuples autochtones inclurait des gens qui n'auraient pas autrement le droit de vivre sur le territoire précisé en premier lieu. À l'heure actuelle, bon nombre d'Indiens et de Métis qui ne sont pas inscrits n'ont aucun droit de résider sur les réserves, et il se peut que cela continue, selon les décisions rendues par le gouvernement élu de la Province des peuples autochtones. Beaucoup d'Indiens inscrits ont le droit de résider sur

les réserves mais ils décident de vivre, à différentes périodes, en dehors des réserves, habituellement dans les grandes villes pour se faire instruire ou occuper un emploi. Ces Indiens «citadins» qui vivent hors des réserves doivent être distingués, sur le plan conceptuel, de ceux qui vivent dans les réserves urbaines, mais ils doivent faire partie intégrante de la province s'ils décident d'affirmer leur résidence officielle. Dans l'étude sur la prestation de services ci-après, j'utiliserai l'expression abrégée «autochtones citadins» pour ne désigner que les Indiens ou Métis qui vivent hors réserve et les Indiens ou Inuit non inscrits qui n'ont pas de réserve. Les réserves en territoire urbain, comme la Musqueam à Vancouver, seront vues comme les réserves des zones rurales.

Les définitions arbitraires ont un objectif. La Province des peuples autochtones sera une province non territoriale ou un troisième ordre à deux égards différents. Elle comprendra un territoire dont une partie sera sous contrôle exclusif, mais qui ne sera pas contiguë et peut-être même pas continue. De même ou d'une façon plus importante encore, la Province permettra la «résidence» au sens officiel, même si les intéressés n'ont peut-être rarement ou jamais résidé sur le territoire qui constitue la présence physique de la province. Comme nous le verrons, la prestation de services peut être différente pour les populations établies sur un territoire et pour les populations urbaines de la province, bien que ce ne soit pas le cas pour tous les domaines de compétences ou types de services.

Les autochtones qui n'ont pas actuellement le droit de vivre sur une réserve particulière auraient encore le droit (mais non pas l'obligation) de choisir une résidence officielle dans la Province des peuples autochtones. Éventuellement, il pourrait y avoir une assise territoriale pour les Métis et les Indiens non inscrits, ou encore ils pourraient être incorporés dans les réserves existantes et le territoire supplémentaire qui découlerait du règlement des revendications territoriales. Pour les autochtones «citadins», toutefois, il n'y aura peut-être jamais d'assise territoriale au sens de lieu *particulier* où ils pourront habiter physiquement. C'est peut-être un cas analogue à celui des Canadiens qui vivent à l'étranger et qui n'ont pas de biens au Canada; ils ont le droit de revenir au Canada, mais aucune garantie du droit de vivre sur un territoire particulier, sauf s'ils en achètent un ou s'ils en héritent.

Si ces ententes semblent hésitantes et complexes, c'est parce qu'elles visent à laisser le choix pour régler ces problèmes. En tant que province ou troisième ordre doté de certains

pouvoirs souverains, la Province des peuples autochtones devrait pouvoir décider de ses propres exigences de résidence, du moins dans les limites de certains paramètres très larges. Un élément fondamental de cette hypothèse est lié au droit de vote. Si toute personne qui choisit de résider officiellement dans la Province des peuples autochtones a le droit de voter pour élire son nouveau gouvernement, ce gouvernement est alors fortement incité à tenir compte des autochtones «citadins» ainsi que de ceux qui ont le droit de résider sur les réserves. Comme ces deux groupes sont pratiquement de taille égale⁵¹, il serait presque impossible de constituer un gouvernement majoritaire sans le soutien des deux groupes, et ainsi sans s'occuper de leur situation.

À cette fin, des partis politiques, des groupes de pression et des organismes de bénévoles naîtront inévitablement, et bon nombre existent déjà. Ils n'auraient peut-être pas les mêmes noms et les mêmes structures dans le reste du Canada, mais des équivalents fonctionnels devraient probablement naître et jouer des rôles semblables pour l'expression des intérêts, la combinaison des intérêts et la responsabilité politique. Il faudrait faire remarquer que les partis politiques et les groupes privés sont foncièrement non territoriaux puisqu'ils rassemblent des personnes d'un certain type ou qui partagent certains points de vue, peu importe où elles habitent. Ainsi, elles sont bien adaptées à une province non territoriale, même si leurs origines historiques et leur usage actuel se sont limités à des entités politiques territoriales.

Un dernier point mérite d'être expliqué. Si ces organismes peuvent s'adapter à des politiques non territoriales, on pourrait soutenir qu'ils suffiraient à assurer une autonomie gouvernementale. Avons-nous besoin d'instituer quelque chose d'aussi complexe et coûteux qu'une province? Sans équivoque, la réponse est affirmative. Il existe déjà de nombreux équivalents des partis politiques et des «groupes d'intérêts» (comme l'Assemblée des premières nations, la Native Women's Association of Canada et d'autres) et d'organismes privés ou de service (comme l'Urban Representative Body of Aboriginal Nations à Vancouver, les Métis Child and Family Services à Edmonton et le Conseil canadien pour le commerce autochtone à Toronto). Toutefois, ils n'ont pas l'assiette fiscale et le pouvoir législatif qui compensent l'absence de politiques et de programmes émanant de tous les paliers de gouvernement⁵². Ils doivent actuellement se constituer en sociétés en vertu des

diverses lois sur les personnes morales et ne peuvent donc pas avoir de statut indépendant ou être redevables devant des autorités gouvernementales inclusives. Une Province des peuples autochtones pourrait valider l'existence de ces groupes, et son gouvernement devrait être redevable envers eux et devant les électeurs et les contribuables qui les constituent⁵³.

Plusieurs des organismes que nous venons de mentionner ont une certaine visibilité, tant chez les autochtones que chez les non-autochtones. Cela reflète en partie leurs fonctions de service permanent, mais une partie de cette qualité découle de leur participation au processus de Charlottetown plus ou moins à titre de représentants officiels des autochtones. Selon la façon de voir le troisième ordre, ces groupes n'auront pas automatiquement un statut aussi clair, bien que s'ils devenaient, en fait, des partis politiques, ils pourraient former le gouvernement. Autrement, il pourrait y avoir des tensions pendant une période de transition au cours de laquelle certains résidents de la Province des peuples autochtones — même des chefs politiques ailleurs — considéreraient ces organismes comme des représentants légitimes à côté des représentants «officiels» comme les députés du Parlement ou de l'Assemblée législative (ou de tout organe législatif du troisième ordre, selon son appellation).

Les aspects les plus importants de la Province des peuples autochtones tiendraient à son statut et aux pouvoirs qui en découlent⁵⁴. En tant que province, elle aurait les mêmes pouvoirs que toute province existante : une compétence en matière d'éducation, de santé, de bien-être social, d'administration de la justice pénale, de ressources naturelles, etc.; une représentation à toutes les conférences des premiers ministres; une participation à la procédure de modification de la Constitution et des parts dans les paiements de péréquation et autres paiements de transfert fédéraux, entre autres principaux avantages. En tant que province, la Province des peuples autochtones pourrait aussi invoquer la clause dérogatoire, au besoin. Elle pourrait avoir certaines obligations qui ne sont pas actuellement imposées aux réserves indiennes, comme les taxes⁵⁵, mais à mon avis, ces obligations seraient nettement compensées par les pouvoirs, le statut et le prestige d'un statut provincial. La création de cette province coïnciderait avec le retrait de la *Loi sur les Indiens*, entraînerait l'abolition du ministère des Affaires indiennes et devrait marquer la fin de la responsabilité paternaliste fédérale liée aux «Indiens et [aux] terres réservées pour les Indiens». Bien qu'ils soient moins paternalistes, les nouveaux accords devraient probablement reconnaître l'existence de certaines

responsabilités fiduciaires permanentes du gouvernement fédéral vis-à-vis des peuples autochtones.

La plupart de ces pouvoirs figurent de façon prédominante dans les négociations autochtones sur l'autonomie gouvernementale de leur communauté⁵⁶ et interviennent lorsque les autochtones s'inquiètent d'être exclus du processus de modification de la Constitution dans le cadre de l'Accord du lac Meech. Au lieu de laisser le gouvernement fédéral négocier des ententes à la pièce avec plusieurs centaines de bandes locales, la création de la Province des peuples autochtones répondrait à la plupart de ces exigences et libérerait le gouvernement fédéral d'une série de questions épineuses. De fait, il incomberait aux chefs et aux résidents de la Province des peuples autochtones de régler les questions internes de distribution et de service.

Avantages et inconvénients

La réponse à une telle proposition engendre habituellement une mise en garde selon laquelle les autochtones ne sont peut-être pas prêts pour ces responsabilités ou que cette province affaiblirait encore plus le gouvernement fédéral qui est déjà assiégé par les demandes des provinces qui veulent plus d'autonomie. La première réaction peut être rejetée pour ce qu'elle est, c'est-à-dire du paternalisme. Dans l'histoire, les pouvoirs coloniaux ont toujours soutenu que les colonisés n'étaient pas encore prêts à s'autogouverner. Peut-être que certains ne l'étaient pas, mais l'expérience du Canada, de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande, de l'Inde et de plusieurs autres anciennes colonies semble indiquer qu'il existe suffisamment de connaissances dans le pays pour répondre à la tâche. Si cette réaction n'est pas du paternalisme, c'est alors du centralisme, soit le deuxième type de réponse.

Le premier ministre Trudeau a souvent soutenu dans les années 70 que les provinces avaient l'intention «d'accaparer des pouvoirs» du gouvernement fédéral. Il semblait signifier que les provinces souhaitaient avoir suffisamment de pouvoirs fiscaux pour payer pour toutes leurs responsabilités constitutionnelles sans ingérence du gouvernement fédéral. Cela, d'après bon nombre de personnes, aurait affaibli le gouvernement fédéral de telle façon qu'il n'aurait pas pu jouer son rôle dans le maintien de l'unité nationale et la protection des Canadiens contre toute influence américaine. Personne ne peut nous protéger complètement de

L'influence américaine, cela devrait être bien clair, à en juger par l'incapacité des pays situés loin des États-Unis à leur résister, notamment l'Australie. De sorte que le véritable problème est le suivant : l'unité nationale sera-t-elle aidée ou menacée par le fait que le gouvernement fédéral assume ses propres responsabilités et laisse les provinces se charger des leurs?

Pourquoi devrait-on s'attendre à ce que des gouvernements souverains, comme le sont les provinces, du moins dans certains domaines de compétences, soient enclins à appuyer des appels à l'unité nationale, tout en assistant à des empiétements fédéraux dans les domaines de compétence qui ont un caractère central pour leur autonomie, comme la santé et l'éducation au Québec, ou les revenus tirés des ressources naturelles en Alberta? Dans la mesure où une Province des peuples autochtones est considérée comme un affaiblissement du gouvernement fédéral, la question ne peut pas être dissociée des conceptions plus larges des relations fédérales-provinciales qui ont prévalu dans ce pays pendant des générations.

Laissons alors de côté les questions de paternalisme et de centralisme comme étant non pertinentes ou ne pouvant pas être réglées à court terme. Quelles sont les autres répercussions de la création de la Province des peuples autochtones?

Le Canada a toujours été fier de son image de havre de liberté et de dignité pour les immigrants et les réfugiés. Il a parfois semblé hypocrite quant au traitement qu'il réservait aux autochtones. La création d'une Province des peuples autochtones redonnerait certainement au Canada un rôle de chef de file en ce qui concerne les autochtones, les peuples opprimés et les droits de la personne en général, ce qui pourrait être particulièrement urgent à un moment où le Canada se targue de lier l'aide aux pays en voie de développement à l'amélioration des libertés civiles dans les pays visés.

Comment cette nouvelle province aurait-elle une incidence sur les provinces existantes? Trois domaines devraient être mentionnés : la perte des territoires et d'autres ressources, les ententes fiscales et la dynamique des changements futurs à la Constitution.

Les quelque 2 000 réserves existantes dans les dix provinces n'appartiennent pas aux provinces. La Constitution donne au gouvernement fédéral le pouvoir exclusif sur les Indiens et les terres réservées à leur usage. Ainsi, en les rassemblant pour en faire une province ou un troisième ordre, on ne soustrairait pas nécessairement de terres ou de ressources naturelles des provinces existantes⁵⁷. Bien entendu, les revendications territoriales actuelles entraîneraient

presque certainement un transfert de terres et de ressources à la Province des peuples autochtones, mais cela aurait lieu de toute façon, qu'elle soit organisée ou non en troisième ordre, en province ou en réserve de bande. La concentration des terres et des ressources dans une Province des peuples autochtones pourrait conduire à une plus grande réussite dans les négociations sur les revendications territoriales actuelles ou à venir du fait de sa plus grande visibilité et de son pouvoir accru.

La Couronne, qu'elle soit fédérale ou provinciale, a un titre sur de vastes territoires. Certains pourraient être utilisés pour améliorer l'assise territoriale de la Province des peuples autochtones, en particulier là où les bandes ont été contraintes de vivre dans des réserves extrêmement petites ou improductives. Comme il y a des questions quant à savoir si toutes les terres de la Couronne ont été effectivement cédées ou vendues à la Couronne par les nations autochtones, il est possible de soutenir que le fait de rendre une partie de ces territoires aux autochtones servirait plusieurs objectifs utiles⁵⁸. Cette solution serait censément beaucoup plus acceptable pour les non-autochtones si les résidents de la Province des peuples autochtones consentaient à payer des impôts à leur province et au Canada dans son ensemble, mais des obstacles juridiques et politiques pourraient rendre cette solution invraisemblable, comme je le soutiens ci-après.

Un tel transfert de propriété aurait aussi une valeur symbolique. À l'heure actuelle, le territoire est détenu «par la Couronne du chef du gouvernement fédéral» ou «par la Couronne du droit de la province». Transférer la propriété à «la Couronne du chef de la Province des droits autochtones» aurait un statut équivalent et cela constituerait une relation de gouvernement à gouvernement, objectif qui est celui des chefs autochtones depuis un certain temps.

Toutes les provinces participent à des ententes fiscales comme les subventions de péréquation, en étant soit des «donneurs» nets, soit des «receveurs» nets. Celles qui entrent dans ces catégories ont changé avec le temps et il est difficile de prédire que la Province des peuples autochtones serait une province «démunie» dans laquelle il faudrait injecter d'importants crédits fiscaux retirés aux provinces les plus riches⁵⁹. Au départ, il y aurait un tel transfert net à cause vraisemblablement du manque d'infrastructures actuelles, comme les hôpitaux et les aéroports, sur un certain nombre de réserves. Compte tenu du dédommagement

qui a été versé, que ce soit en terres, en loyers ou en liquidités dans certains règlements de revendications territoriales (comme avec les Cris de la baie James), on peut s'attendre à ce que la Province des peuples autochtones puisse être autonome sur le plan financier. Plus exactement, certaines parties de cette province auraient une richesse relative et, par conséquent, la redistribution interne pourrait être tout aussi étendue qu'avec un versement de péréquation. Même s'il fallait des versements de péréquation, on se demande s'ils excéderaient de beaucoup les sommes dépensées régulièrement par le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien et d'autres ministères pour les autochtones et leur administration (ce qui équivaut actuellement à plus de 5 milliards de dollars, ou au moins 5 000 \$ pour chaque résident potentiel de la Province des peuples autochtones).

La dynamique du changement constitutionnel, au moins d'après les procédures actuelles, serait certainement modifiée par la venue de la Province des peuples autochtones. Un autre premier ministre, ou plusieurs autres, pourrait apporter de nouvelles perspectives ou de nouvelles objections. Lorsqu'il faut une entente unanime, le changement sera en général plus difficile si davantage de groupes ont un droit de veto. Mais on peut se souvenir que Elijah Harper a exercé ce qui était, en fait, un droit de veto en ce qui concerne l'Accord du lac Meech et que les autochtones ont été assez efficaces en 1981-1982 dans leurs pressions pour faire modifier la *Loi constitutionnelle de 1982*. Par conséquent, il se pourrait que leur représentation officielle assouplisse le processus au lieu de le bloquer, du fait que bon nombre de leurs griefs auraient été réglés plus tôt au cours du processus de négociation. La dynamique de la crise d'Oka aurait pu être tout à fait différente si le premier ministre d'une Province des peuples autochtones avait pu rencontrer les autres premiers ministres.

Lorsque l'unanimité n'est pas nécessaire, la présence de la Province des peuples autochtones ne devrait pas avoir beaucoup d'incidence. Deux tiers des provinces qui, prises ensemble, comprennent plus de 50 % de la population totale du Canada, telle est la formule d'amendement de la plupart des questions constitutionnelles. Les deux tiers de 11 égalent 7,33 ou huit, ce qui est légèrement supérieur aux deux tiers de 10, c'est-à-dire sept provinces (en fait 6,7). Comme la Province des peuples autochtones serait une province de taille moyenne, avec quelque 4 à 5 % de la population, elle n'aurait pas un pouvoir décisif comme celui de l'Ontario ou du Québec, puisqu'au moins l'une de ces deux provinces doit appuyer tout

amendement afin d'atteindre la règle des 50 %. On pourrait autrement envisager un troisième ordre comme étant sur un pied d'égalité avec le gouvernement fédéral et toutes les provinces, ce qui serait une version de la situation du «droit de veto» énoncée ci-dessus.

Chacune des provinces existantes perdrait présumément de sa diversité sociale et démographique du fait du «retrait» des autochtones dans leur propre Province. Le fait qu'une certaine partie des autochtones choisissent de vivre dans des provinces autres que la Province des peuples autochtones ne changerait pas le caractère général de cet argument. Par conséquent, il pourrait être plus facile à une province donnée d'atteindre un consensus sur sa propre position politique ou constitutionnelle dans le cadre de cette entente envisagée.

Conformément à l'alinéa 42(f) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la création de provinces doit se faire conformément à la procédure de modification qui prévoit l'assentiment d'au moins deux tiers des provinces dont la population confondue représente au moins 50 % de la population, plus le Parlement fédéral. Par conséquent, cette proposition ne requerrait pas l'unanimité, comme cela a été proposé dans l'Accord du lac Meech. Il ne s'ensuit toutefois pas que l'approbation serait facile, mais au moins les conditions sont moins strictes que ce qu'elles auraient été si l'Accord du lac Meech avait été constitutionnalisé. L'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982* présente la procédure de modification de la Constitution selon laquelle «certaines provinces seulement» sont visées. Il prévoit que le Parlement fédéral et l'assemblée législative «de chaque province concernée» doit donner son consentement. Puisque le paragraphe 43a) fait référence «aux changements du tracé des frontières interprovinciales», cela signifie-t-il que les provinces existantes ont un droit de veto sur la création d'une Province des peuples autochtones? Sans une interprétation par la Cour suprême des «frontières» ou des autres caractéristiques présentées dans le présent article, on ne peut en être certain. Une partie de la raison pour laquelle j'insiste sur la nature non territoriale du troisième ordre provient de mon désir d'éviter la négociation des frontières physiques de la nouvelle entité; mais les «frontières» peuvent être sociales, juridiques ou conceptuelles et non pas seulement physiques. Si cet aspect devait devenir un obstacle sérieux, on pourrait alors se tourner vers une autre procédure que je mentionnerai sans la développer.

Si l'on rejette la notion stricte de *province*, la mise en oeuvre du troisième ordre doit alors se faire par d'autres moyens. En particulier, l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de*

1982 offre une possibilité de modification constitutionnelle fondée sur le traité. Il aurait pu en découler un avantage supplémentaire du fait que tous les groupes autochtones auraient alors eu accès au statut issu du traité et à sa qualité implicite de parité d'une nation à une autre. Actuellement, la distinction entre le statut issu du traité et l'autre entraîne un certain ressentiment, et elle peut devenir importante dans certains cas de jurisprudence⁶⁰.

Entorse aux hypothèses sur la territorialité

Au début de mon étude, j'ai présenté les principales hypothèses sur la territorialité. Le lecteur se souviendra que ces trois hypothèses comprennent le contrôle exclusif du territoire, du territoire contigu et du territoire continu. Pour de bonnes raisons historiques, elles ont été acceptées de façon si complète que nous ne sommes habituellement pas conscients que nous les tenons pour acquises. Mais les explications historiques peuvent être écartées pour s'intéresser strictement au fait que les premières nations ne se conformeraient pas à ces hypothèses. Si elles étaient fondées sur quelque 2 000 réserves éparpillées dans les 10 provinces, les hypothèses en matière de contiguïté seraient nettement violées. L'aspect rapiécé des réserves défie toute description simple.

Il pourrait aussi être porté atteinte au caractère d'exclusivité si la Province des peuples autochtones était créée. Les réserves actuelles et certaines localités obtenues grâce au règlement de revendications territoriales comprennent, outre les réserves proprement dites, le droit d'utiliser les terres avoisinantes à certaines fins comme le trappage, la chasse, la pêche ou la collecte de la flore et de la faune à des fins rituelles. Si ces droits étaient maintenus dans le cas de la présente proposition, comme on pourrait s'y attendre du fait que les autochtones les ont demandés et défendus avec véhémence, il serait alors correct de dire que les résidents de deux ou de plusieurs provinces partagent un certain territoire, et non pas dans le sens traditionnel selon lequel tous les Canadiens se «partagent» les Montagnes Rocheuses ou les chutes du Niagara.

Peut-être le Parti Québécois avait-il l'intention de contester la valeur du territoire exclusif lorsqu'il a révisé sa politique sur les autochtones en janvier 1991. Après un débat poussé sur l'interdépendance des aspirations autochtones et québécoises, la conférence sur la

politique a adopté comme objectif la création de «nations autochtones autonomes dans un Québec indépendant»⁶¹.

Au lieu de poursuivre sur les manières dont certaines hypothèses courantes seraient violées, demandons-nous plutôt si ces entorses ont de l'importance. Existe-t-il des répercussions positives ou négatives à la particularité territoriale de la Province des peuples autochtones? Examinons tout d'abord les éventuelles répercussions négatives. En bref, on peut dire qu'elles peuvent être regroupées sous l'étiquette des inconvénients et de la diversité. Par inconvénient, je veux dire les distances entre les parties de la Province des peuples autochtones qui seraient beaucoup plus grandes que dans toute autre province, et qu'il faudrait franchir au moins l'une des provinces pour aller ailleurs dans sa propre province. Et après? Il faut deux jours pour traverser l'Ontario; pourquoi trois ou quatre ou cinq jours auraient-ils tant d'importance? Il existe de vastes portions de la Colombie-Britannique et d'autres provinces auxquelles il est impossible d'accéder par la route. Il est sûr que les distances sont moins importantes à l'âge des télécommunications et des avions à réaction qu'elles ne l'étaient par le passé. (C'est l'une des explications historiques d'importance de plus en plus réduite de la territorialité à laquelle j'ai fait allusion ci-dessus.) Pour moi, un trajet de cinq heures en voiture pour aller de Vancouver à Kelowna et un vol de cinq heures pour se rendre à Montréal constituent la même chose. Il s'agit de la même distance physique.

Si un troisième ordre devait englober plusieurs provinces ou unités équivalentes, la question de la distance qui sépare chacune des unités pourrait être considérée comme moins critique, ce qui serait à mon avis une source d'erreur. D'un côté, une ou plusieurs nations cries (à titre d'exemple d'un type de sous-unité au sein du troisième ordre) occuperaient une bonne moitié de la largeur du Canada. Deuxièmement, et c'est l'aspect le plus important, toutes les ententes envisagées dans un cadre non territorial iront à l'encontre des autochtones hors réserve qui vivent souvent dans des localités lointaines. Ainsi, la distance et l'«extra-territorialité» sont des caractéristiques inévitables de tout troisième ordre ou province qui pourrait être créé avec comme incidence les nouvelles conceptions de la citoyenneté présentées dans cette étude.

Citons un autre inconvénient qui peut sembler plus grave. Y aurait-il des villes dans la Province des peuples autochtones? Bien qu'il existe des réserves urbaines (l'une d'elles est

propriétaire de la plus grande partie du port de Vancouver), il n'y a pas de réserves qui sont elles-mêmes de grands centres urbains. Si l'on veut conserver le style de vie traditionnel, il peut s'agir d'un avantage. Ou peut-être que les villes naîtront dans certaines des plus grandes réserves? Ou peut-être avons-nous tort de croire que les villes sont essentielles à toute forme de vie civilisée? Ou peut-être avons-nous un point de vue par trop étroit de la vie civilisée? La diversité est un potentiel négatif. La Province des peuples autochtones comprendrait des groupes qui parleraient des langues très différentes (bien que la plupart des autochtones connaissent aussi le français ou l'anglais) et jouiraient de cultures distinctes avec des organismes sociaux différents. Cet aspect, combiné aux distances pour se rendre d'une partie du territoire aux autres, pourrait rendre l'organisation politique, les campagnes électorales et l'administration lourdes et coûteuses. Bien sûr, l'administration de nombreuses bandes et réserves par le ministère des Affaires indiennes et du Nord est aussi lourde et coûteuse, et elle a le désavantage décisif de ne pas faire appel à l'autonomie gouvernementale.

L'une des façons de se plier à ce caractère divers consisterait à faire de la Province des peuples autochtones une fédération ou une confédération⁶². Par le passé, les quelque 600 bandes ont constitué près de 40 à 50 nations. Peut-être chacune d'elles pourrait-elle constituer une unité partiellement autonome dans la province; elle pourrait élire les membres de l'assemblée législative et administrer certains services locaux. Bon nombre de provinces existantes ont des services régionaux, voire municipaux à des fins administratives, et la diversité au sein de la Province des peuples autochtones pourrait donc être respectée avec des aménagements selon les modèles existants infraprovinciaux⁶³.

Sans vouloir signifier qu'il serait facile de surmonter les diversités sociales, économiques, linguistiques et autres, permettez-moi de présenter des façons dont une province non territoriale pourrait régler certaines de ces difficultés. À ce stade-ci, je ne peux que rapidement mentionner l'éducation, la santé et les services sociaux. J'examinerai dans une section ultérieure les soins de santé en profondeur, comme exemple de prestation de services.

L'éducation serait, comme pour toutes les provinces, une compétence exclusive de la Province des peuples autochtones. Du fait de la diversité des langues, il serait nécessaire de beaucoup décentraliser les services d'éducation. C'est une des raisons pour lesquelles j'ai suggéré que cette province ou troisième ordre ait une structure fédérale. Bien entendu, bon

nombre de documents pourraient être distribués ou radiodiffusés à partir de points centraux et certains pourraient donner lieu au partage d'installations avec des provinces contiguës, par exemple des documents de langue française avec certains groupes d'autochtones du Québec.

Les soins de santé et les services sociaux pourraient très bien être traités de façons nouvelles. De fait, d'autres provinces pourraient tirer des leçons des expériences de la Province des peuples autochtones. Prenons tout d'abord l'exemple des établissements de santé. Les soins primaires seraient présumément de nature locale et très semblable aux centres de santé privés ou communautaires qui existent actuellement dans les provinces. Là où les collectivités autochtones seraient petites ou isolées, elles pourraient partager des établissements spécialisés avec la province existante dans laquelle elles constituent un petit «îlot», comme dans certaines parties de la Colombie-Britannique et de l'Alberta. Les deux provinces, disons la Province des peuples autochtones et la Colombie-Britannique, pourraient partager les coûts et les avantages de façon proportionnelle en tenant un registre de l'utilisation par leurs résidents officiels. Actuellement, un résident d'une province peut se servir des ressources d'une autre province (qu'il s'agisse d'un médecin, d'un hôpital, de chirurgie ou d'autres soins), et le coût en est facturé à la province «d'origine». Il ne s'agirait donc pas d'un obstacle insurmontable pour conclure des ententes plus étendues de partage des établissements.

Les services sociaux pourraient, en principe, suivre le modèle qui vient tout juste d'être présenté pour la santé et les hôpitaux. Il faudrait peut-être faire quelques modifications pour refléter le fait que les groupes autochtones souhaitent souvent des types de services ou des styles de prestation quelque peu différents. Bien entendu, à cet égard, il existe d'importantes variantes entre les provinces, mais la Province des peuples autochtones, ou les unités qui la composeraient, pourrait souhaiter ou nécessiter des services ou des combinaisons de services radicalement différents⁶⁴. Outre le fait que cela soit nettement faisable, quoiqu'il faille de l'imagination, je soutiendrais que nous verrions que les provinces existantes en viendraient à imiter certaines des innovations lancées dans la Province des peuples autochtones. L'une des valeurs des systèmes fédéraux est la tolérance vis-à-vis des expériences locales qui peuvent alors, comme dans le cas des soins de santé en Saskatchewan, être copiées par les autres administrations.

Je répète que ce n'a pas été des solutions pour tous les problèmes et que l'on nomme d'entre eux se révéleront insurmontables. Par ailleurs, ce sur quoi je veux insister, c'est que les problèmes actuels des autochtones sont déjà extrêmement difficiles et que les solutions actuelles ne fonctionnent pas. La province ou troisième ordre envisagé ne résoudra peut-être pas tous les problèmes, mais on pourra sans doute régler certains d'entre eux, ce qui permettra enfin aux autochtones de prendre leur situation en main.

D'un autre côté, la diversité pourra avoir certains avantages. Une unité importante est sous-jacente à la grande diversité : les autochtones auraient enfin une voie institutionnelle claire, au lieu de prendre part à différents organismes pour essayer d'influencer les décisions des dix provinces et du gouvernement fédéral. Pour prendre une analogie, on pourrait opposer la sécurité et la confiance relative des Franco-Québécois ou des Néo-Brunswickois aux communautés réduites et isolées dans bon nombre d'autres parties du Canada⁶⁵. En outre, il faut admettre que, jusqu'à présent, les autochtones ont montré qu'ils avaient des capacités politiques considérables pour leur situation fragmentée. Peut-être l'organisation et la gestion d'une province ne constitueraient-elles pas une tâche plus difficile⁶⁶.

Il existe trois questions centrales en ce qui concerne la diversité. Elles devraient être notées, même s'il est impossible d'y répondre dans le présent document. Premièrement, y aurait-il suffisamment de cohésion au sein de la nouvelle province ou du troisième ordre pour soutenir une redistribution étendue des ressources? Après tout, certaines bandes ou nations ont des ressources impressionnantes tandis que d'autres vivent dans la pauvreté la plus abjecte. Deuxièmement, certaines bandes ne se sentiraient-elles pas tout aussi opprimées par la nouvelle province qu'elles le sont actuellement par Ottawa? Troisièmement, les femmes autochtones seront-elles à l'aise dans une Province des peuples autochtones? Leurs porte-parole ont, à plusieurs reprises, exprimé leurs préoccupations à l'égard d'une *Charte des droits et libertés* qui ne s'appliquerait pas de façon intégrale.

Un dernier obstacle pourrait tenir au fait qu'il n'existe pas de «notion de province» ni même de grande bureaucratie impersonnelle dans l'organisation sociale traditionnelle des autochtones. Ce peut être juste, mais ces notions prendront inévitablement naissance, que les autochtones soient organisés en province, comme une nation, ou selon d'autres formes politiques traditionnelles. Bien qu'il ne s'agisse pas de «structures de commandement», on y

trouve des types d'organisations qui, d'après nos connaissances, n'existaient pas avant l'arrivée des Européens dans les régions septentrionales de l'Amérique du Nord.

La violation de ces hypothèses territoriales pourrait, d'après moi, être bénéfique au Canada. La création d'une Province des peuples autochtones pourrait avoir bon nombre de conséquences positives, comme je l'ai mentionné ci-dessus, mais je fais ici référence aux avantages de la contestation de la territorialité comme fondement de l'organisation politique. Cette contestation constitue un élément indissociable de ce qu'il est convenu d'appeler la «mondialisation» de l'économie. Les nations, même celles qui sont grandes et puissantes comme les États-Unis, ont moins de souveraineté, d'autonomie ou d'indépendance au fur et à mesure que les marchés deviennent interdépendants. Les questions d'environnement, comme nous commençons à le comprendre, ne s'intègrent pas facilement aux frontières provinciales, nationales, voire même continentales. En bref, la territorialité perd son sens au fur et à mesure que les nations deviennent moins utiles à certaines fins humaines importantes. Ainsi, une province autochtone qui consiste en des «îlots» non contigus et une utilisation non exclusive du territoire pourrait constituer un «avantage décisif» dans les structures géopolitiques et économiques du XXI^e siècle.

Les forces qui agissent sur les nations proviennent d'en bas et de l'intérieur, tout autant que des défis mondiaux et internationaux. Au fur et à mesure que les villes s'étendent et que les gouvernements provinciaux semblent plus lointains, bon nombre de personnes recherchent du pouvoir dans les affaires locales et régionales⁶⁷.

En outre, bon nombre de nos allégeances et identités les plus profondes ne peuvent pas être facilement définies en termes territoriaux. L'égalité des sexes, l'éthique professionnelle et les droits et libertés constitutionnels ainsi que les activités religieuses et les loisirs ne sont que quelques exemples du nombre croissant d'aspects de la vie des gens qui ne peuvent pas être réduits à un groupe dans une seule localité. L'affinité entre les groupes autochtones de tout le Canada (et, en fait, entre tous les autochtones canadiens, américains, australiens et autres) qui me conduit à proposer la création d'une province pour eux, ne peut être réglée par une identité territoriale traditionnelle.

Richard Falk a aussi présenté une autre défense en faveur des organismes non territoriaux, en invitant à la création d'entreprises coopératives et d'associations bénévoles qui

établiraient un lien entre les peuples autochtones, comme un genre de groupe de pression transnational ne provenant pas des activités gouvernementales ou intergouvernementales. Selon lui, l'insistance sur les droits des peuples en tant que nouveau fondement normatif des droits découle directement du fait que l'on a compris que le système étatique était une source d'oppression fondée sur le respect de la suprématie territoriale⁶⁸. Il va même plus loin lorsqu'il dit qu'il faut que soit acceptée une certaine personnalité internationale pour les peuples autochtones, de sorte que le règlement des conflits entre ceux-ci et la société moderne ne soit pas seulement assujéti aux institutions et aux critères de la société moderne. (p. 608)

On constate déjà des concessions à la personnalité morale internationale des provinces canadiennes, notamment dans les missions commerciales, la collaboration avec le gouvernement fédéral sur la sélection et le ciblage des immigrants et la participation du Québec et du Nouveau-Brunswick à la francophonie (l'équivalent français du Commonwealth). Ainsi je soutiens que la Province des peuples autochtones devrait, en tant que telle, être dotée de certaines responsabilités en matière de relations extérieures qui dépasseraient celles dont jouissent les provinces existantes⁶⁹. Cette forme de fédéralisme asymétrique pourrait être justifiée par le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et elle s'appliquerait aussi aux autres provinces autochtones, comme le Nunavut. Il est utile de faire remarquer que les passeports émis par les nations autochtones sont acceptés comme documents de voyage valides par certains pays, notamment en Europe. Il s'agit par conséquent d'une bonne occasion de permettre à la Province des peuples autochtones d'émettre des passeports bien qu'ils puissent aussi indiquer qu'ils sont valides à titre de passeports canadiens. D'autres provinces s'attendraient, bien entendu, à avoir la même compétence et une telle innovation pourrait être envisagée. Comme la Province des peuples autochtones serait la seule province qui soit explicitement fondée sur le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, on pourrait s'attendre à ce que d'autres provinces aient une revendication moins valable en matière de passeport particulier.

Il peut sembler ironique à de nombreuses personnes que les luttes des autochtones pour avoir une assise territoriale, un endroit où ils pourraient continuer à vivre selon leur mode de vie ainsi que leurs revendications territoriales entraînent la création d'une province ou d'un troisième ordre qui conteste l'importance d'un territoire exclusif et contigu. Cette

attitude nous en dit long sur nos idées préconçues et nous rappelle une caractéristique essentielle de la plupart des sociétés autochtones à travers le monde. Dans leur point de vue, on ne possède pas la terre, on la nourrit, et on utilise ce qu'elle produit. Par une migration soigneuse, par une rotation saisonnière dans son utilisation et par le chevauchement des frontières, la plupart des groupes autochtones étaient liés à la terre mais non pas à un endroit particulier qu'ils détenaient seuls, en exclusivité. En comprenant les dangers de la territorialité, on aide non seulement les non-autochtones à vivre ensemble de façon plus productive et moins antagoniste, mais on peut leur être très reconnaissants de nous avoir fait remettre en question certaines hypothèses dont nous n'avons plus besoin.

Mais ne serait-ce pas terriblement confus si les frontières se chevauchaient et si plusieurs groupes différents partageaient le même endroit? Pensez, pendant un instant, à la façon dont votre propre ville est organisée. Certains organismes et certaines institutions coexistent sur le même territoire. Par exemple, le champ d'action d'un conseil scolaire ou d'une commission des parcs peut coïncider avec les limites d'une municipalité, mais il n'existe pas de territoire commun pour les autres. Des zones de téléphones gratuits, des commissions hospitalières, des districts des eaux et des services publics en matière hydro-électrique, les régions de contrôle du trafic aérien et les systèmes de transport rapides. Chaque institution fonctionnelle est conçue pour traiter un certain type de problèmes ou de questions et, par conséquent, chacune adopte une certaine forme de territoire qui lui semble appropriée à cette fin. Pourquoi devrions-nous nous attendre à ce que tous les problèmes correspondent de façon très nette aux mêmes frontières territoriales?

Certaines personnes répondent à cette question en disant que ces organismes ne sont pas liés au même territoire parce que, bien entendu, ils ne relèvent pas tous du même gouvernement souverain. Cela semble évident. Pourquoi devrions-nous présumer que les gouvernements souverains doivent tous être des entités polyvalentes qui traitent de tous les problèmes à l'égard de la même assise territoriale? On peut soutenir que les gouvernements fédéral et provinciaux pourraient mieux faire leur travail s'ils entreprenaient moins d'activités et permettaient plutôt à des unités politiques plus larges ou plus réduites de traiter certains des autres problèmes. Peut-être la devise du XXI^e siècle devrait être «faire moins mais mieux».

Compétences et administration

On peut établir une distinction entre les compétences et l'administration. Les compétences font référence aux matières, aux attributions, au contenu ou aux types de services fournis ou de règles imposées. L'administration porte sur la manière dont la prestation est faite, dont les politiques, règles ou incitations sont gérées. Lorsque l'on distingue la chose qui est produite de la *manière* dont cela se fait, il y a plus de place pour une analyse raffinée des deux dimensions. Il devrait être clair que les «compétences», dans mon vocabulaire, désignent les attributions et non une certaine forme de gouvernement.

À l'heure actuelle, la plupart des textes d'administration publique présument que les nations, les provinces et la plupart des unités politiques devraient être fondées sur le caractère territorial comme il est défini, c'est-à-dire exclusif, continu et contigu. Lorsqu'on examine ce que font les gouvernements, il apparaît immédiatement que seuls quelques domaines de compétence sont foncièrement territoriaux. Avec l'évolution de la technologie, les domaines de compétence plus restreints sont restés foncièrement territoriaux, et il se peut très bien qu'il n'y en ait que très peu à l'avenir. Avant de placer beaucoup trop d'espoir dans une entité non territoriale comme la Province des peuples autochtones, il faut démontrer qu'elle peut administrer assez de domaines de compétence non territoriaux pour constituer une province ou un troisième ordre viable.

Si le caractère territorial signifie une utilisation ou un contrôle exclusif du territoire continu et contigu, les domaines de compétences qui sont foncièrement et, sans équivoque, de nature territoriale, sont relativement peu nombreux. Même si nous assouplissons légèrement ces conditions pour que la proximité soit le critère ultime, c'est-à-dire une combinaison de contiguïté et de continuité, il existe encore un très grand nombre de compétences qui ne sont pas territoriales. Une liste incomplète des compétences foncièrement territoriales comprendrait les soins de santé primaires comme les services d'urgence ou les médecins de famille ou généralistes, le transport en commun et les services de garde d'enfants. À noter que les questions de défense et les questions militaires peuvent être écartées de la présente discussion à titre d'exemple de compétences fédérales de nature territoriale.

Ces domaines de compétence ont une chose en commun, à savoir que la distance a des conséquences négatives. Si l'on est trop loin des soins de santé primaires, les accidents ou les

maladies ont plus de chance d'être mortels. Le transport en commun est plus efficace lorsque toutes les personnes d'un même endroit partagent le système au lieu d'avoir des systèmes différents pour différents groupes comme ça a été le cas pendant des années en Afrique du Sud où les systèmes d'autobus étaient limités aux Blancs ou aux non-Blancs. Les garderies auraient très peu d'utilité pour les parents s'il fallait faire plusieurs heures de route pour y laisser les enfants ou venir les chercher.

Un autre exemple de compétence territoriale servira à faire valoir un autre point de vue. La prestation des services postaux pourrait être organisée de façon non territoriale, mais cela serait extrêmement coûteux. Par exemple, on pourrait avoir des systèmes distincts pour les hommes et pour les femmes, d'autres pour les entreprises, et d'autres pour les résidences. Mais comme ces deux systèmes devraient couvrir le même territoire, il y aurait un chevauchement pour les frais généraux de base. Ainsi, il semble raisonnable de dire que les services postaux devraient être territoriaux. Si nous redéfinissons le service postal comme signifiant le service de messenger, il ne sera donc pas foncièrement territorial parce que les messages électroniques peuvent être non territoriaux. Par exemple, les universitaires ont un système de courrier électronique différent de celui des médecins et des hôpitaux, et la plupart des personnes d'un secteur particulier ne participent pas encore à ces systèmes. Avec la pénétration des téléphones, du télécopieur, du courrier électronique, etc., les services postaux au sens traditionnel, c'est-à-dire qui transportent la copie papier, ont de moins en moins à faire avec les communications. La conclusion importante est simple : la technique peut avoir une incidence, et elle en a une, sur ce qui compte comme étant foncièrement territorial. Au fur et à mesure que les systèmes postaux se détachent des messages, leurs fonctions sont presque exclusivement territoriales.

Certaines taxes semblent être à caractère territorial et d'autres non, bien qu'à l'heure actuelle toutes les taxes soient administrées par les gouvernements territoriaux. La taxe de vente au détail et la taxe sur la valeur ajoutée (TVA ou TPS) sont actuellement à caractère territorial, quoiqu'il existe des exceptions qui pourront avoir de plus en plus d'importance au fur et à mesure que la technologie évolue. L'impôt sur le revenu, par ailleurs, n'a pas besoin d'être limité au territoire, ou du moins, pas dans la même mesure que les taxes au détail.

La taxe de vente au détail semble être foncièrement territoriale, c'est-à-dire que toute personne d'un secteur particulier doit payer la même taxe. L'équité et le caractère pratique peuvent exiger que chaque client d'un magasin se fasse réclamer la même taxe au lieu de voir le taux de taxe fixé par pays ou par province de résidence. Mais peut-être n'est-ce pas le cas puisque aujourd'hui, dans certains ressorts, certaines catégories de personnes en sont exemptées. Par exemple, les vêtements pour les enfants d'un certain âge ou l'équipement pour les handicapés peuvent être exemptés de taxe de vente. Même maintenant, lorsque les achats sont faits par courrier, certains types de taxes ne sont pas réclamés pour les résidents de certains endroits, qu'ils soient étrangers ou d'une autre province. Ainsi, au fur et à mesure que les achats électroniques (par exemple, par le recours à des catalogues télévisés) se répandront, il se pourra que la TVA, la TPS et les taxes de vente soient calculées d'après le lieu de résidence, plutôt que d'après le lieu d'achat. Certaines taxes seraient alors non territoriales dans leur application, même si les taux sont fixés malgré tout par les gouvernements territoriaux.

L'impôt sur le revenu n'a pas été territorial pendant longtemps, bien qu'il ait aussi été administré par les gouvernements à caractère territorial. Quoique les taux de base visent toute personne qui réside dans un territoire, il existe bon nombre de caractéristiques qui ne sont pas territoriales. D'une part, la résidence officielle dans une province ou dans un pays ne signifie pas la présence physique : on peut vivre loin de sa maison pendant des périodes assez longues tout en maintenant cette maison comme sa résidence officielle. D'autre part, tous les codes fiscaux font des distinctions à caractère non territorial à propos des taux d'imposition, des déductions fiscales, des crédits d'impôt, des exemptions et des surtaxes. Par exemple, les gains en capital peuvent être imposés à un taux différent des salaires ou des dividendes. De même, les personnes qui sont constituées en entreprise peuvent être traitées différemment des salariés. Dans certains secteurs, le revenu sous un certain niveau donne lieu à un impôt sur le revenu négatif. Pratiquement partout, la structure familiale a un effet sur le taux d'imposition puisque c'est elle qui permet de déterminer les personnes qui comptent comme conjoint ou enfant admissible aux déductions pour les personnes à charge. En bref, seule une petite fraction de l'impôt sur le revenu payé est liée à leur résidence territoriale; les personnes sont traitées comme des *types* de personne au moins autant que comme groupe territorial.

À part les compétences mentionnées comme territoriales, bon nombre des autres compétences provinciales ne sont pas à caractère territorial, que ce soit dans l'ensemble ou dans une grande mesure. Prenons l'exemple de l'éducation où les écoles de quartier sont un exemple clair de la territorialité fondée sur la proximité. Il existe plusieurs aspects non territoriaux comme le partage du territoire entre les systèmes public et privé, entre les systèmes anglais et français dans certaines provinces et entre les écoles privées, non confessionnelles et catholiques dans de nombreux secteurs. À des niveaux plus avancés comme pour les collèges et les universités, les étudiants ne restreignent pas leur choix à l'école la plus proche. Sans les télécommunications modernes, l'éducation à distance se fait encore et avec elle, l'éducation par mode combiné de courrier, de télévision, de télécopieur, de téléphone et de courrier électronique devrait être plus facile, moins chère et plus courante.

Bien que les soins de santé primaires doivent être localisés, les soins spécialisés, les hôpitaux et le matériel de «haute technologie» semblent être à caractère non territorial. Ils répondent à des besoins qui dépassent la localité et ne seront utilisés que par certains types de personnes. De la même manière, bon nombre des avantages sociaux visent des personnes qui ont des caractéristiques particulières, et non l'ensemble de la population d'un certain secteur. Par exemple, l'assurance-chômage, le bien-être social, les habitations à loyer modique et l'allocation familiale maintenant abolie faisaient intervenir une détermination de besoins et de services d'après des caractéristiques personnelles. Bien que toutes ces institutions aient été administrées par des bureaux régionaux des gouvernements territoriaux, elles ciblaient des types de personnes plutôt que des lieux particuliers.

Nous pouvons donc en conclure qu'une province territoriale ou troisième ordre n'est pas une contradiction. De nombreuses compétences pourront être administrées par la Province des peuples autochtones, tout comme il en existe pour les provinces territoriales actuelles. Certaines questions très localisées pourront aussi être intégrées facilement, puisque la Province des peuples autochtones est composée de plusieurs petites collectivités, surtout sur des réserves mais aussi dans bon nombre de villes. Il peut y avoir des problèmes, comme le fait que l'éducation se fasse dans les langues autochtones, mais ces problèmes existent déjà dans le contexte actuel. En laissant ces questions de côté à l'heure actuelle, je ne veux pas dire qu'elles ne constituent pas un défi extraordinaire, mais je soutiens plutôt que ces défis

existeraient dans tout système, quel qu'il soit, et que la Province des peuples autochtones peut répondre aux besoins au moins aussi bien que les provinces territoriales. On doit aussi se souvenir que les autochtones eux-mêmes devraient avoir l'occasion de régler ces questions et la Province des peuples autochtones me semble être un bon cadre pour réaliser cet objectif.

Prestation de services dans la Province des peuples autochtones

Certains ressorts peuvent être dotés de caractéristiques foncièrement territoriales dont la province, de création hypothétique, devrait s'occuper. En soi, cette Province le ferait de façon inefficace, mais en partageant certains services avec les provinces territoriales, la prestation devrait être au moins aussi efficace qu'elle l'est actuellement dans les provinces existantes. Je traiterai de la perception des taxes de vente et de la prestation des services de santé, à titre d'illustration d'une coopération bénéfique entre les provinces.

La fiscalité a un caractère encore plus irritant pour les autochtones que pour les autres Canadiens. Certains traités exemptent les Indiens de l'impôt et la *Loi sur les Indiens* exemptait les résidents des réserves de toute imposition. En outre, les responsabilités fiduciaires de la Couronne du chef du gouvernement fédéral peuvent faire obstacle à toute recette fiscale tirée des autochtones dans le troisième ordre, ou Province des peuples autochtones. La question de la perception des impôts doit cependant être traitée parce qu'elle revêt plusieurs formes différentes qui sont tout à fait indépendantes l'une de l'autre. D'un côté, les autochtones pourraient ne pas payer d'impôt à Ottawa après la création d'un troisième ordre en raison des origines historiques de la relation de fiduciaire. Deuxièmement, il se peut qu'ils souhaitent payer eux-mêmes des taxes à une province autochtone ou troisième ordre, comme symbole de citoyenneté ou de partage. Enfin, les autochtones souhaiteraient, on le présume, percevoir des taxes auprès de non-autochtones qui font des achats dans la Province ou auprès de non-résidents qui habitent temporairement dans la Province. Comme la deuxième et la troisième possibilité, au moins, ont un caractère plausible dans une certaine mesure, il est nécessaire de parler brièvement des taxes de vente.

On ne peut pas facilement faire une distinction discriminatoire à la caisse entre les personnes qui vivent dans différentes provinces, quoique je propose une manière de le faire ci-après. Cela constituerait-il un problème pour le financement de la Province des peuples

autochtones? En particulier, serait-elle privée des recettes fiscales ainsi recueillies? Si tel est le cas, le résultat pourrait être désastreux vu le degré d'indépendance de neuf des provinces existantes à l'égard des taxes de vente, sauf en Alberta. Il existe au moins trois grandes possibilités pour traiter cette question.

La première consiste à ce que les clients s'identifient dans le magasin de détail. On leur imposerait une taxe particulière, et on la remettrait à la Province des peuples autochtones pour les clients qui se seraient définis comme des résidents de la Province, et toute autre taxe provenant des autres clients irait à la province territoriale dans laquelle le magasin est situé ou, s'il s'agit d'une réserve, dans la province qui entoure la réserve. Cette procédure pourrait être faisable mais coûteuse à administrer pour les commerçants et d'un coût pratiquement prohibitif pour sa réglementation. Il pourrait aussi en découler une perte de temps au moment du passage à la caisse. Étudions donc les deux autres manières proposées.

Deuxièmement, on pourrait désigner chaque magasin de détail comme autochtone ou non, selon le lieu de résidence officiel du propriétaire, s'il s'agit d'un commerce local, ou du gérant, s'il s'agit d'une succursale d'une compagnie régionale ou nationale. Les magasins autochtones remettraient la taxe à la Province des peuples autochtones, tandis que tous les autres la remettraient à la Province territoriale qui «entoure» le magasin. Cette méthode a le mérite d'être simple et peu coûteuse à administrer. Toutefois, si l'on estimait que l'une ou l'autre des provinces n'était pas traitée de manière équitable, on pourrait envisager la troisième possibilité.

Troisièmement, on pourrait surveiller l'usage des magasins de détail par les autochtones et les non-autochtones et attribuer les recettes fiscales en proportion. Autrement dit, il n'est pas nécessaire d'enregistrer chaque transaction, comme dans la première solution proposée ci-dessus, mais tout simplement de faire des vérifications au hasard qui seraient analogues aux enquêtes auprès de la population active, lesquelles sont maintenant faites une fois par mois sur des échantillons de personnes au lieu de l'ensemble de la population. Une combinaison de la deuxième et de la troisième méthode pourrait sembler des plus raisonnables : on diviserait les recettes fiscales d'après le lieu de résidence du propriétaire (ou du gérant), sauf si une enquête indique un écart par rapport à la norme au-delà d'une certaine marge.

Cet exemple étendu a un objectif double. Je veux montrer, d'une part, qu'une province non territoriale pourrait être financée par une combinaison raisonnable de sources de revenu fiscal, ce qui serait évidemment complété au besoin par des paiements de transfert perçus et déboursés par le gouvernement fédéral, comme il se produit maintenant dans presque toutes les provinces. Mais ces transferts seraient viciés si la Province des peuples autochtones, ou toute autre province, ne faisait pas d'effort pour percevoir ses propres impôts. Après tout, les impôts sont des biens publics, et il faut un mécanisme de mise en oeuvre pour décourager ceux qui en profitent, qu'il s'agisse de personnes ou de provinces.

Mon deuxième objectif, en insistant sur la taxe de vente, et un autre exemple dans une section ultérieure, vise le besoin d'une coopération interprovinciale. Au lieu que chaque province perçoive et conserve ses propres recettes sur les taxes de vente, celles-ci seraient traitées de manière coopérative pour garantir que les provinces, qu'elles soient territoriales ou non, n'en souffrent pas. On pourrait aussi voir la question du point de vue de l'avantage des résidents, puisque chacun voudrait être certain que ses impôts sont destinés au Trésor de la province. Il existe déjà une coopération considérable de ce genre actuellement, et on devrait plutôt l'encourager que la décourager. Par exemple, les résidents d'une province qui voyagent ou résident temporairement dans d'autres provinces continuent de payer de l'impôt sur le revenu et des primes d'assurance-maladie dans leur province de résidence, mais toutes les provinces se remboursent l'une l'autre pour certains frais comme l'hospitalisation, les accidents d'automobile, etc.

Valeur du partage des compétences

Bon nombre d'efforts ont été faits par les théoriciens comme par les juges et les politiciens pour essayer de clarifier le partage des pouvoirs dans les systèmes fédéraux. Après tout, selon le raisonnement, le fédéralisme a été créé pour distinguer les questions nationales des questions de nature locale. Par conséquent, chaque ordre de gouvernement doit être compétent de façon clairement délimitée et définie. Je propose de contester cette doctrine, du moins en ce qui concerne la prestation conjointe de certains services par les provinces.

Il est facile de perdre de vue la division relativement nouvelle des compétences au Canada. Pour de bons motifs historiques, le fédéralisme canadien a compté sur des listes de

compétences exclusives pour les gouvernements fédéral et provinciaux, en particulier selon les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Que le fédéralisme puisse aussi être utilisé comme moyen de partage des pouvoirs, cela ressort de l'examen d'autres systèmes fédéraux. Les États-Unis et l'Australie, par exemple, permettent relativement peu de compétences exclusives et se fient plutôt aux compétences concurrentes dans la plupart des cas. J'étudierai dans la prochaine section un changement radical vers cette direction pour le Canada; je me concentrerai alors sur les avantages d'un fédéralisme asymétrique. Pour le moment, je m'attarderai à la valeur de la coopération dans la prestation de services.

Le premier exemple précis qui sera analysé dans la présente section est celui de la prestation de soins de santé et de services hospitaliers dans la Province des peuples autochtones non territoriale. J'ai déjà indiqué que les salles d'urgence et autres soins de santé primaires semblent être foncièrement à caractère territorial, en ce sens que la proximité doit prévaloir sous peine de plus de décès ou de souffrances à cause du lien entre la distance et le temps écoulé⁷⁰. Pour tous les autres types de soins de santé et hospitaliers, la contiguïté peut être utile mais elle n'est pas essentielle. Les vérifications autres que celles de routine, la chirurgie électorale, les procédures de diagnostic coûteuses, les installations de traitement rarement utilisées et les programmes expérimentaux ne devraient pas être situés dans chaque quartier ou communauté ou à proximité, du fait que le coût enlèverait des ressources aux autres programmes gouvernementaux ou au revenu disponible privé. Pour faciliter la référence, je parlerai de ce dernier type de services en les appelant «secondaires» ou spécialisés afin de les distinguer des services «primaires» ou services d'urgence polyvalents.

Dans les provinces territoriales existantes, l'affectation des établissements secondaires et des services entre les collectivités a été acceptée depuis l'instauration du régime d'assurance-maladie universel au Canada dans les années 60. Lorsqu'une collectivité ne peut pas utiliser complètement un établissement spécialisé, une ambulance ou un service d'ambulance aérien devient un service supplémentaire de sorte que les obstacles artificiels ou arbitraires à leur utilisation sont réduits au minimum. Dans certains cas, les régimes d'assurance-maladie paient même pour les traitements et les frais de voyage dans d'autres provinces, aux États-Unis ou ailleurs. Comme il n'y a pas de chambre centrale de compensation des paiements, l'utilisation a le même effet partout dans le système. Et ainsi, on

pourrait déterminer à quel endroit l'utilisation devrait avoir lieu, sur la base de l'efficacité, du coût et de l'équité au lieu de la proximité.

Hypothétiquement, la Province des peuples autochtones comprendrait quelque 2 000 parcelles de réserves qui auraient une population variable allant d'une poignée à plusieurs milliers d'habitants. De plus, la plupart des autochtones vivent hors des réserves de façon permanente ou temporaire, et leur nombre ou composition démographique change fréquemment. Ainsi, on ne peut pas s'attendre de façon réaliste à offrir la gamme complète de services secondaires dans toutes les localités, que ce soit sur les réserves ou hors des réserves. Certaines réserves seront trop petites, même si plusieurs d'entre elles sont situées les unes près des autres, et les installations urbaines ou hors réserve feraient souvent double emploi avec les établissements spécialisés existants qui sont gérés par les provinces territoriales.

À la suite de ces considérations, je propose que la Province des peuples autochtones partage sa compétence en matière de santé avec les autres provinces territoriales, du moins là où les réserves ou les groupes de réserves ne permettent pas d'avoir suffisamment de population pour des établissements complexes. Le partage signifiera plusieurs aspects connexes : partage de l'utilisation des établissements, partage du coût d'exploitation de ceux-ci, partage des coûts en immobilisations et partage de la responsabilité pour ce qui est de la qualité et des comptes à rendre. Certains de ces aspects sont déjà partagés par les provinces existantes, du fait que la coordination fédérale garantit que les membres de tout régime de santé provincial peuvent utiliser des installations des autres provinces et voient cette utilisation payée par leur province d'origine. Les coûts en immobilisations et autres sont partagés entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux, ce qui découle logiquement des subventions et autres paiements de transfert entre les provinces créditrices et les provinces débitrices. Cela se perpétuerait, on le présume, mais sans être limité aux transferts entre les seules unités territoriales.

Sur un plan pratique, le partage serait tout à fait simple. Imaginons une collectivité dans une Province de peuples autochtones qui serait trop petite pour justifier un hôpital complet et qui serait relativement près d'une ville possédant déjà un établissement. Les membres de la bande ou de la réserve ont des cartes d'identité, ce qui leur permettra d'avoir le service, tout comme pour les Canadiens à l'heure actuelle. Lorsqu'ils font usage d'un

service dans une province territoriale près de leurs maisons, il peut y avoir une facturation électronique, si possible, ou par courrier, dans la négative, de sorte que la province pertinente ou l'ordre de gouvernement paie pour le service. À des intervalles réguliers, les deux provinces peuvent déterminer les proportions d'utilisation par les résidents des deux provinces, comme pendant une vérification annuelle et, par conséquent, attribuer les frais d'exploitation et le coût en capital pour l'exercice suivant, en conséquence. Si toute facturation était traitée électroniquement, comme ce sera certainement le cas dans l'avenir, ce partage des coûts pourrait se faire toutes les semaines, tous les mois, tous les trimestres, ou autrement. De la même manière, la responsabilité et l'imputabilité seront apparentes et les ministres de la Santé de chaque province pourront répondre à des questions sur l'usage, le coût, l'efficacité et la planification dans un calendrier défini par les vérifications ou par le contrôle.

À noter que ce même partage et cette comptabilité exacte seraient aussi faisables pour les citoyens de la Province des peuples autochtones qui vivent hors des réserves⁷¹. Au lieu d'un court voyage de la réserve à la ville, ces personnes se déplaceraient d'une partie de la ville vers un hôpital avoisinant de leur choix (ou du choix de leur médecin). La facturation à la Province des peuples autochtones serait automatique. Comme l'impôt sur le revenu n'est pas territorial, les citoyens de la Province des peuples autochtones qui résident pendant des périodes assez longues hors de la réserve déclareraient, ou du moins pourraient le faire, leur souhait d'être des résidents officiels de la Province des peuples autochtones, auquel cas leur impôt sur le revenu serait éventuellement rétrocédé à la province. La province territoriale réclamerait alors une part des recettes de la province non territoriale ou du gouvernement fédéral pour les frais d'exploitation et le coût en capital partagés. Ces démarches exigeraient certains changements législatifs pour tenir compte de la résidence physique à long terme sans changement de résidence officiel. Il n'y a apparemment pas de raison pour que ces changements ne puissent tout aussi bien s'appliquer entre les provinces territoriales si cela semble être la préférence. À mon avis, une partie de l'intérêt de l'étude de possibilités autre que la territorialité concerne les avantages potentiels lorsque les provinces territoriales demeurent, ce qui pourrait donner un plus grand choix et une plus grande souplesse à tous les citoyens.

Il est juste de noter que certains services pour les autochtones citadins pourraient bien ne pas être partagés, même si dans de nombreuses autres, cette solution aurait fonctionné. Par exemple, la Commission royale sur les peuples autochtones a entendu des témoignages selon lesquels les autochtones faisaient l'objet de discrimination lorsqu'ils étaient adressés à des organismes de service social gérés par des non-autochtones. Il peut y avoir deux types de solutions. On pourrait recourir à une règle sur les services spéciaux «lorsque les nombres le justifient»; ceux-ci seraient justifiés dans toutes les principales villes du fait que les autochtones sont des milliers dans ces centres. On pourrait aussi insister pour que les organismes existants soient modifiés, après des négociations entre la Province des peuples autochtones et les provinces territoriales, pour engager un personnel autochtone, former le personnel existant pour qu'il soit plus sensible sur le plan culturel et ouvrir des succursales dans les zones ayant une forte concentration d'autochtones.

La portée du partage dans le système envisagé excéderait largement ce qui se produit actuellement du fait du tourisme, des voyages commerciaux et de la résidence temporaire dans une autre province. Toutefois, comme il vient d'être proposé, l'exemple de partage de compétences ou d'administration ou de compétences et d'administration conjointe en la matière entre la Province des peuples autochtones et les provinces territoriales pourrait avoir un effet d'entraînement. Ainsi, les provinces territoriales pourraient juger avantageux, soit pour réaliser des économies, soit pour tenir compte de la situation particulière de certains (par exemple les couples qui vivent ou travaillent dans des provinces différentes et font la navette), de partager une partie ou même la totalité des systèmes de santé ou autres services.

Ces propositions peuvent ne pas sembler très radicales puisqu'elles constituent des changements différentiels qui dépassent la pratique actuelle⁷². En soi, elles ne font pas intervenir des ententes fondamentalement différentes, mais elles représentent une manière de penser nouvelle et bénéfique fondée sur une habitude de coopération au lieu d'un conflit, du partage pour l'avantage mutuel des citoyens au lieu de penser dans une optique de «gains et de pertes respectifs». Plus cette orientation devient visible et marquée, plus les compétences sont partagées. En plus de la santé, les provinces territoriales pourraient partager avec la Province des peuples autochtones bon nombre d'autres domaines de compétences, notamment la construction d'autoroutes et leur entretien, les services de lutte contre les incendies,

l'éducation secondaire et postsecondaire, la perception d'impôts et le personnel de vérification, la réglementation en matière d'environnement, l'octroi de permis aux entreprises privées, etc. Certaines compétences pourraient très bien ne jamais être partagées du fait que la plupart des collectivités autochtones semblent insister largement pour avoir leur propre police et leur propre administration de la justice⁷³. Si on laisse de côté ces compétences, on pourrait se demander si certaines des provinces territoriales auraient intérêt à avoir une compétence conjointe dans certains de ces domaines. Cela a déjà lieu dans les Maritimes dans une certaine mesure, mais il serait utile d'aller davantage dans ce sens-là.

Différences et égalité

Au départ, j'ai défini deux types de problèmes : la prestation de services en tant que défi pratique et la question de savoir si la discrimination «positive» dans le service pourrait conduire à une discrimination «négative». Dans les sections antérieures, nous avons présenté des solutions faisables pour la prestation de services dans une province non territoriale et «extraterritoriale». Ces démarches garantirait que les services répondent aux besoins des peuples autochtones en leur donnant un gouvernement doté des ressources financières nécessaires pour payer des services dédiés ou partagés. Certaines démarches consistent à faire ce qui est fait actuellement mais d'une manière légèrement différente, alors que d'autres peuvent être novatrices et même intéressantes pour les gouvernements territoriaux. Il convient maintenant de nous intéresser aux questions de discrimination.

Discriminer signifie habituellement traiter un groupe de façon négative par rapport à ses concitoyens, mais il peut aussi y avoir action positive ou équivalence de traitement malgré la différence. Un siècle de discrimination contre les Afro-Américains du Sud était justifiée par le slogan «séparés mais égaux». Par conséquent, la plupart des Nord-Américains se méfient des expressions tout aussi «chargées» comme «société distincte», «statut spécial» et «fédéralisme asymétrique»⁷⁴. Tout en reconnaissant que des abus peuvent se produire et se produisent effectivement, je voudrais souligner que nous ne devrions pas rejeter les étiquettes du revers de la main. Je m'efforcerai de montrer que les Canadiens ont fait de la discrimination mais maintenu un traitement égal pendant des décennies et à certains égards depuis la Confédération. Une manière de penser à la façon de concilier des différences

pertinentes avec l'égalité consiste à adapter la solution aux particularités d'un problème au lieu de l'adapter à la moyenne de plusieurs problèmes⁷⁵. Une autre manière consiste, bien entendu, à inscrire dans la Charte, sous réserve d'un large consensus, les catégories ou les clivages qui semblent acceptables pour la discrimination positive ou pour la correction d'une discrimination négative antérieure. L'article 15 de la Charte énumère la plupart des caractéristiques sur lesquelles un consensus existait jusqu'à présent, et permet au pouvoir judiciaire de définir d'autres caractéristiques par analogie.

Je souhaite donc démontrer ici que le traitement particulariste des provinces et de leurs compétences s'est fait parallèlement à l'égalité dans des aspects importants. Dans la section suivante, je traiterai de certaines préoccupations particulières d'une province non territoriale ou troisième ordre pour les autochtones.

La foi dans les compétences exclusives pour les gouvernements fédéral et provinciaux s'est avérée sans fondement⁷⁶. À l'exception de quelques rares cas, comme la monnaie et la défense militaire, aucune des compétences n'est restée exclusive dans la pratique. Dans certains cas, une terminologie trompeuse déguise les chevauchements; par exemple, la compétence provinciale est exclusive en matière d'éducation mais la compétence en matière de formation est fédérale. Dans d'autres cas, les tribunaux ont délimité des «aspects» de compétences identiques, par exemple différents aspects du droit bancaire, de l'assurance ou du commerce. Dans trois cas, des compétences concurrentes ont été inscrites dans les lois constitutionnelles : l'immigration et l'agriculture avec une prépondérance fédérale, et les pensions de vieillesse avec une prépondérance provinciale.

Il est temps, selon moi, de reconnaître que tous les ordres du gouvernement canadien ont des intérêts légitimes dans bon nombre de domaines de compétence, si ce n'est dans la plupart, qui sont maintenant considérés comme mutuellement exclusifs. En proposant que la plupart des compétences soient partagées entre les trois ordres de gouvernement, je voudrais souligner que je cherche plus qu'à faciliter l'institution d'un troisième ordre pour les autochtones. Je crois que les avantages de la concurrence seraient bénéfiques pour tous les gouvernements du Canada et amélioreraient le fonctionnement des compétences particulières. Si les Canadiens sont réticents à voir le partage des compétences se généraliser, il serait encore utile d'accroître leur nombre, en particulier lorsque les compétences du troisième ordre

sont visées. Ces compétences devraient devenir concurrentes avec prépondérance pour l'un ou l'autre des ordres de gouvernement. Habituellement, la prépondérance peut être décidée en premier lieu selon le pouvoir qui jouit d'une compétence exclusive dans les articles pertinents des lois constitutionnelles. Je veux dire que là où l'article 91 constitutionnalise la compétence fédérale, il y aurait prépondérance fédérale. Et lorsque l'article 92 constitutionnalise la compétence provinciale, les provinces et le troisième ordre auraient prépondérance. Toute divergence à cette règle serait négociée. En conséquence, on traiterait de plusieurs questions qui causent maintenant des difficultés. On pourrait réduire la quantité de litiges dans lesquels l'ordre de gouvernement est compétent, ce qui permettrait de réduire les dépenses judiciaires et même, ce qui est plus important encore, de réduire les délais de mise en oeuvre des programmes. On pourrait aussi encourager une attitude de coopération et de responsabilité, comme il a été soutenu dans la section précédente, ce qui serait un changement salubre, du point de vue des citoyens du moins, puisqu'on éviterait les efforts maintenant communs pour protéger son propre domaine tout en évitant la responsabilité pour les questions litigieuses.

Le plus grand avantage qui découle du partage des compétences serait, à mon avis, la constitutionnalisation d'une forme souple de fédéralisme asymétrique. Ce type de fédéralisme rencontre habituellement de la résistance pour trois motifs qui, selon moi, sont tous dénués de caractère raisonnable. Premièrement, on s'imagine qu'il contredit l'égalité des provinces. Le concept d'égalité a plusieurs sens — l'égalité de statut juridique, le traitement équitable, l'uniformité, l'homogénéité, la réciprocité et l'égalité des chances, entre autres. À noter que les provinces ont un statut équivalent à bon nombre d'égards — dans les révisions constitutionnelles, dans le droit d'assister aux conférences des premiers ministres, dans les cas de renvoi et dans une foule d'autres questions. Les provinces varient beaucoup dans le traitement : le nombre de sénateurs (certains représentent des régions, d'autres des parties de régions), les paiements de péréquation et de transfert, la déviation par rapport à la représentation proportionnelle à la Chambre des communes (les petites provinces étant surreprésentées, les grandes étant sous-représentées), les dispositions en ce qui concerne les conditions d'entrée dans la Confédération, sur le statut des écoles catholiques ou des écoles séparées et les deux langues officielles, entre autres. Il n'y a pas d'homogénéité ou d'uniformité et, par conséquent, c'est l'égalité juridique qui devrait plutôt nous intéresser au

lieu de ces types d'égalité. Si toutes devaient partager les compétences selon la loi, l'égalité serait préservée.

La deuxième objection porte sur le rôle des députés. Si une province est compétente pour certaines questions que des provinces ont laissées au gouvernement fédéral, les députés de la première province, allègue-t-on, ne devraient pas voter sur ces questions puisque la législation fédérale ne vise pas leur province⁷⁷. Les compétences concurrentes ne soulèvent certainement pas ce problème; autrement on aurait entendu des réflexions à propos des trois compétences concurrentes qui sont maintenant partagées ou à propos d'autres fédérations où l'expérience laisse à désirer. Elles ne permettent pas non plus de soulever ce problème parce que l'exercice d'une compétence est entièrement volontaire et peut être assumé ou laissé de côté, au besoin, que ce soit dans les exemples actuels de compétences concurrentes ou dans tout autre exemple. Ainsi, aucun député ne devrait s'abstenir sur toute question devant le Parlement, il ne serait pas nécessaire d'avoir des procédures élaborées pour déterminer qui a le droit de voter, sur quels projets de loi ou sur quels amendements. Le traitement différentiel des provinces dans une mesure législative particulière n'a jamais, jusqu'à présent, enlevé à certains députés leur droit de vote sur tout projet de loi, comme l'assurance-chômage, les pêches, l'expansion économique régionale, le régime de rentes du Québec ou sur les paiements de transfert qui diffèrent tous beaucoup dans leur intention et dans leur incidence sur les différentes provinces ou régions. Les députés des régions urbaines votent sur les subventions agricoles, et les députés des régions rurales sur les installations urbaines, comme les aéroports, les ports et les centres de congrès.

La dernière objection vise le «statut spécial» et, en particulier, son inscription dans la Constitution. De ce fait, il ne peut changer en réponse aux circonstances imprévues. L'exemple le plus commun part de l'hypothèse que le Québec pourrait, un jour, devenir beaucoup moins français et ne mérite donc pas de pouvoirs particuliers pour protéger son caractère français. Si on laisse de côté le fait qu'aucune projection des tendances actuelles n'a montré que le français deviendra une langue minoritaire au Québec dans un siècle ou plus, on devrait noter qu'une fois l'établissement des compétences partagées, la proposition actuelle n'exige pas de changement constitutionnel pour refléter le changement de circonstances. Si le Québec décidait que le français ne peut pas être protégé ou n'a pas besoin de l'être, il

pourrait simplement cesser d'exercer les pouvoirs dont il dispose ou les exercer de façon moins vigoureuse. Il en va de même pour les politiques fédérales et la législation sur le bilinguisme.

Écartons ces objections et concentrons-nous sur la manière dont les compétences concurrentes fonctionneraient dans la pratique. Nous pouvons alors les évaluer dans un fédéralisme asymétrique. La plus simple description de ce qui se produirait dans un futur immédiat est peut-être que le Québec et la Colombie-Britannique exerceraient la plupart des compétences, l'Alberta et l'Ontario presque autant, et les provinces moins riches beaucoup moins. En outre, ce que chaque province choisit de faire dans une compétence concurrente donnée serait, dans une plus grande ou moindre mesure, différent des activités entreprises dans ce domaine de compétence par les autres provinces. Autrement dit, l'expérimentation provinciale se produirait, et parfois d'autres provinces ou le gouvernement fédéral suivraient l'exemple du programme. Parfois, les besoins locaux particuliers donneraient lieu à des programmes dans une ou plusieurs provinces qui n'avaient pas d'intérêt pour le reste des provinces. Les programmes fédéraux dans des domaines de compétences concurrentes pourraient aussi être très différents dans chaque province ou région, comme ils le sont maintenant dans les domaines de compétences exclusives. Toute cette variété devrait être jugée pour la possibilité qu'elle offre ou n'offre pas d'atteindre les objectifs déclarés. Elle ne devrait pas être recherchée en soi ou condamnée simplement parce qu'elle se produit. La variété n'affaiblit pas en soi le Canada malgré ce qu'en disent certains partisans du pouvoir fédéral.

Examinons une autre conséquence probable de la concurrence en matière de compétences. À l'heure actuelle, la plupart des gouvernements sont obligés d'occuper leurs domaines de compétences afin d'empêcher toute usurpation potentielle par l'autre ordre de gouvernement. Utilisez ce domaine de compétence ou bien vous le perdez : cette attitude semble régir bon nombre de situations. Si la Constitution disait clairement que chaque ordre peut entrer dans un domaine, ou en sortir, sans querelles, représailles ou perte de statut, ces préoccupations pourraient être amoindries, et les esprits se calmeraient peut-être. Si ces suppositions se révélaient vraies, chaque ordre de gouvernement pourrait rationnellement envisager des mesures, c'est-à-dire avoir l'option de faire moins mais mieux. On pourrait

donc avoir une variété de combinaisons d'administrations publiques et privées dans différents lieux ou ordres de gouvernement⁷⁸. Certaines combinaisons pourraient se révéler moins coûteuses ou plus efficaces ou plus populaires, et ainsi d'autres gouvernements pourraient en tirer des leçons.

Mais certains critiques diront que cette recommandation est purement hypothétique. Aucun chef politique ne souhaite partager ses compétences. Bien entendu, on peut signaler les autres systèmes fédéraux où le partage des compétences est beaucoup plus courant, comme l'Australie et les États-Unis. Même au Canada, il y a eu à l'occasion un enthousiasme considérable pour le partage des compétences, et c'est pourquoi je l'ai proposé ici. Le fait est que la défense la plus récente de ces idées provient du Québec — et, en particulier, du rapport Allaire en 1991⁷⁹ — où l'on a pu voir que la plupart des observateurs ont réagi négativement, craignant de se faire traiter de séparatistes ou de se faire accuser d'affaiblir le gouvernement fédéral ou de céder au Québec. Quelle que soit la source et quels que soient les motifs du Comité Allaire, ces idées novatrices méritent d'être évaluées à part entière.

Les provinces ont toujours montré leur originalité ou leur caractère spécifique de nombreuses façons. La taille, la richesse, la combinaison d'activités économiques, les origines ethniques de la population, la proportion d'autochtones, les types de ressources naturelles et le climat ne constituent que quelques-unes de ces dimensions. Si l'on devait permettre à chaque province de choisir les domaines de compétence qu'elle juge les plus importants pour son bien-être, même si certaines choisiraient de laisser le gouvernement fédéral les exercer en son nom, comme cela se produit actuellement dans bon nombre de cas, l'asymétrie serait une autre manière pour le fédéralisme d'essayer d'équilibrer l'intérêt local et l'intérêt national. Si l'on allait un pas plus loin, on pourrait même imaginer un modèle différent d'instruments publics et privés de prestation de services dans chacune des provinces. Si le troisième ordre était lui-même une confédération, il y aurait là une autre source d'asymétrie. Enfin, l'asymétrie ultime consisterait à créer une ou plusieurs provinces non territoriales, là où elles pourraient répondre de façon plus adéquate aux besoins de groupes qui ont longtemps été négligés dans la politique des provinces territoriales.

Conclusion, voix et loyauté

Si l'on accepte l'argument développé dans la section précédente, les différences reconnues comme étant importantes pour un ou plusieurs groupes du pays peuvent être conciliées avec l'égalité formelle. Bon nombre de Canadiens n'ont pas apparemment accepté cette conclusion, à en juger par la vive opposition qui s'est manifestée lorsque le Québec a demandé d'être considéré comme une société distincte. Certains adversaires du troisième ordre de gouvernement et du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale partagent probablement les mêmes préoccupations, bien que l'opposition des autochtones puisse avoir un fondement différent. Par ailleurs les partisans d'un sénat triple E appuient, sans le déclarer, ma conclusion, dans la mesure où ils cherchent à justifier la représentation égale des provinces pour pallier l'incapacité des petites provinces (c.-à-d. toutes à l'exception du Québec et de l'Ontario) d'obtenir les politiques dont elles ont besoin lorsque les deux grandes provinces leur opposent une majorité d'environ les deux tiers.

En admettant que la différence et l'égalité soient compatibles, examinons certaines conséquences potentielles du fédéralisme asymétrique et de l'octroi d'un statut spécial à la Province des peuples autochtones ou à d'autres provinces non territoriales. La première démarche consistera à examiner les réactions à l'existence de différences entre les régions, en particulier entre les provinces territoriales, alors que la deuxième étendra l'enquête aux différences qui existent entre voisins (individus ou familles) qui vivent l'un près de l'autre mais dans des provinces différentes, une province territoriale et l'autre non territoriale.

La première démarche a souvent porté sur la clause dérogatoire (article 33) de la Charte. En 1981, l'opposition à cette clause était centrée sur la notion de «droits à la carte» : certaines personnes auraient plus de droits que d'autres selon leur province de résidence⁸⁰. Ce résultat est devenu moins préoccupant lorsqu'on a imposé une limite de cinq ans pour chaque recours à l'article 33. Par conséquent, les électeurs dans les ressorts pertinents auraient l'occasion de chasser du pouvoir tout parti qui se serait prévalu de la clause, ou de signifier leur approbation en réélisant ce même parti. Bien que l'article n'ait pas été souvent utilisé (seulement deux fois en fait, si l'on ne tient pas compte des deux utilisations faites pour la forme par le Parti Québécois au début des années 80), la préoccupation à propos de l'inégalité des droits à travers le pays a, à tout le moins, gagné de la vigueur si l'on en juge par les avis

exprimés par de nombreux groupes et certains premiers ministres au cours du processus de Charlottetown en 1992.

La logique de cette préoccupation à propos des «droits à la carte», si elle est poussée à sa limite, conduit à conclure que les provinces et les autres gouvernements infranationaux ne devraient pas exister ou qu'ils devraient se borner à être le bras administratif d'un gouvernement central. La conclusion est clairement absurde. Il existe deux motifs à la création du système fédéral : en arriver à un degré d'unité au lieu d'avoir de nombreux régimes politiques indépendants, et éviter une unité trop forte. Certains pourraient concevoir du point de vue des politiques ou des programmes que cette analyse est valable, mais ils soutiennent que les droits doivent être absolus et universels. Cette réponse ne règle pas le dilemme parce qu'il n'y a pas de démarcation nette entre les programmes et les droits. Par exemple, l'avortement est-il un droit ou un aspect d'une politique de santé? C'est probablement les deux. La présence dans sa propre ville d'une équipe chargée de faire des greffes cardiaques constitue-t-elle un droit ou peut-on avoir une politique qui force certaines personnes mais pas toutes les personnes à se déplacer pour recevoir les services? Si aucune divergence n'est acceptable sur quoi que ce soit que le peuple chérit, il peut alors y avoir moins de justification pour le fédéralisme, pour les provinces, pour la réaction aux préoccupations locales, pour les modes de vie minoritaires qui sont mis à l'abri de la règle de la majorité.

Ainsi, nous avons accepté pendant un siècle que l'ensemble ou le groupe de politiques et de services de chaque province soit quelque peu différent selon la province. Bien entendu, cette situation est acceptable, en partie du fait de la gamme de divergences limitées qui se produira dans la réalité et de l'existence des limites établies par les versements de péréquation, les compétences fédérales et la Charte, entre autres forces de contrôle sur les expériences locales⁸¹. Si les gens qui vous entourent dans cette province sont dans la même situation, vous serez moins porté à vous sentir lésé que d'autres personnes qui, loin de vous, ont un ensemble différent de services. Si ces comparaisons existantes vous gênent beaucoup, vous avez le droit constitutionnel d'aller vous installer dans une autre province. La possibilité de partir constitue le droit ultime que l'on a sur certains aspects fortuits de sa vie⁸².

La seconde manière de traiter les questions de différence et d'égalité vise les voisins. Avec la création d'une Province des peuples autochtones en tant que troisième ordre de gouvernement, sa nature non territoriale a pour conséquence qu'au moins certaines personnes vivant à côté, dans la même rue, les unes par rapport aux autres, vivront cependant dans des provinces différentes⁸³. Par conséquent, la «discrimination» sera encore plus visible en ce qui concerne les services ou les possibilités, voire même les droits, puisque ceux-ci seront différents. Comment pouvons-nous justifier ce type de discrimination dans la recherche de la dignité et de l'autonomie gouvernementale pour les autochtones? Et ce qui est plus important encore, comment la justifier sans aussi encourager ou justifier des formes de discrimination moins subtiles?

Reconnaissons tout de suite qu'on ne peut jamais éliminer toutes les tentatives de discrimination. Si nous le pouvions, nous n'aurions pas autant besoin de la politique, des constitutions ou des chartes de droits et libertés. Le fait qu'une province ait des pouvoirs très différents des autres n'a pas empêché les francophones du Québec de croire que la majorité anglophone en dehors du Québec avait en fait, de manière sournoise, sapé son mode de vie. Cela n'a pas aidé non plus l'Alberta à se rassurer sur la sécurité de ses réserves de pétrole et de gaz en tant que ressource provinciale plutôt que nationale. Une certaine forme de tension, de conflit et de mécontentement demeurera, même si nous avons tous les meilleures intentions.

Par conséquent, il ne s'agit pas d'une remise en cause de la manière d'éliminer la discrimination, mais plutôt de garantir que, lorsque celle-ci a lieu, quelqu'un a le pouvoir de l'amener à l'attention du public. Le recours aux tribunaux pour expliciter ou mettre en application des droits en vertu de la Charte constitue une manière importante de traiter les cas de prétendue discrimination. Avec un gouvernement provincial redevable devant une majorité de personnes qui ont le même genre de vie, on a aussi créé une autre mesure de sauvegarde importante. C'est pourquoi j'ai encouragé la création d'une province, ou de plusieurs provinces, des peuples autochtones qui seraient dotées de tous les pouvoirs et des prérogatives d'une province (même si, au bout du compte, on l'appelle un troisième ordre). Il s'agirait d'une grande province puisqu'il y a environ un million d'autochtones au Canada; la Province des peuples autochtones pourrait donc être plus grande que la Saskatchewan, le Manitoba, ou n'importe laquelle des quatre provinces atlantiques.

Les gouvernements provinciaux qui ont des minorités importantes d'autochtones parmi leurs citoyens ne se sont pas distingués jusqu'à présent comme des gardiens fiables des intérêts autochtones. Certains gouvernements, comme celui de l'Ontario, ont été relativement ouverts aux besoins des autochtones ces dernières années, mais la plupart se sont conduits beaucoup plus comme des adversaires que comme des alliés⁸⁴. Ainsi, une province autochtone, même si elle est ouverte aux migrations vers l'intérieur et vers l'extérieur, aura un gouvernement composé entièrement ou principalement d'autochtones⁸⁵ qui cherchera à être élu ou réélu en s'occupant des besoins particuliers des autochtones et des collectivités de ceux-ci, où qu'ils soient⁸⁶.

Il faut être vigilant pour que le troisième ordre ne soit pas placé dans une situation intenable. Ce n'est que si cette entité politique est composée d'une majorité de citoyens autochtones qu'elle aura la légitimité de parler en leur nom. Si, toutefois, elle est surtout autochtone dans sa composition, la plupart des observateurs la déclareront illégitime au nom de politiques racistes ou intéressées. Par conséquent, son profil démographique pourrait servir à renforcer ou à affaiblir sa capacité de s'exprimer au nom des peuples autochtones. Par une logique équivalente, la population du Québec à majorité française en fait l'un de ses moyens naturels pour défendre le fait français tout en permettant à certains non-Québécois de rejeter le point de vue du Québec comme étant égoïste.

La question des voisins jaloux de la combinaison de politiques et de droits dont jouiraient les autochtones ne devrait pas causer plus de problèmes que l'application des politiques fédérales à l'heure actuelle. Après tout, les autochtones dans les centres urbains et ceux qui vivent sur les réserves à côté de populations non autochtones s'y trouvent bien maintenant. La création d'une Province des peuples autochtones pourra accroître la visibilité de certaines politiques parce que les médias parleraient des lois qui y seraient adoptées. De la même manière, la démocratie fonctionnera lorsque les résidents des provinces autochtones exerceront des pressions sur leur gouvernement pour qu'il leur donne les mêmes services que ceux dont jouissent leurs voisins autochtones. Si ces citoyens ou provinces non autochtones cherchent à pénaliser les autochtones au lieu d'en profiter eux-mêmes, le gouvernement de la Province des peuples autochtones pourra aborder la question avec les autres gouvernements provinciaux, de gouvernement à gouvernement. Jusqu'à présent, cette solution a été efficace

dans bon nombre de domaines pour la plupart des Canadiens, sauf pour les autochtones, de sorte que l'on peut souhaiter de façon réaliste qu'elle le sera aussi pour eux.

Si l'on sent qu'une personne bien placée prendra nos doléances au sérieux, on devrait se sentir plus maître de la situation. C'est ce qu'on a souvent appelé avoir «voix au chapitre», c'est-à-dire «avoir son mot à dire» ou «faire connaître ses exigences». Si le fait d'avoir cette voix ne fonctionne pas, on peut toujours partir, que ce soit d'une province territoriale ou non territoriale. Le fait de savoir que l'on peut s'en aller si l'on n'est pas écouté conduit souvent à une meilleure communication. La combinaison des options de départ et d'expression devrait amener un sens de «loyauté» ou de sécurité, puisque l'on se sentirait capable de se servir du système à son propre avantage⁸⁷. C'est là, du moins, un des éléments essentiels qui ont composé, jusqu'à présent, la théorie de la démocratie. Le consentement donné librement à un gouvernement qui répond à nos besoins et à notre mode de vie peut toujours être retiré, et si suffisamment de personnes retirent leur consentement, le mandat du gouvernement prend fin. Ainsi, nous voyons à nouveau pourquoi il est si important que les citoyens autochtones s'appuient non seulement sur les droits constitutionnalisés, mais aussi sur l'existence d'un ou plusieurs gouvernements dont la légitimité dépend d'une majorité autochtone.

La question de la discrimination peut être soulevée dans un contexte complètement différent, contexte pour lequel je ne peux pas offrir de solution facile. Il est fort possible que certains autochtones essaient d'exercer une discrimination contre d'autres autochtones. Par exemple, les témoignages aux audiences de la Commission ont permis d'entendre des commentaires du genre «quand on dit "nous", est-ce qu'on veut dire les autochtones des villes, de façon collective, ou les Indiens inscrits, les Métis, les Indiens non inscrits ou les Inuit qui vivent dans les villes, séparément⁸⁸?» J'ai aussi fait allusion au besoin pour certains groupes autochtones d'aider d'autres groupes à cause de la disparité actuelle et peut-être à long terme dans les ressources.

Parmi les réponses à ces questions, se trouve la responsabilité du gouvernement de la Province des peuples autochtones en ce qui concerne les décisions sur la manière dont les services devraient être ciblés dans les centres urbains. On pourrait aussi tenir un débat avant de créer la province, de sorte que les résidents potentiels sauraient s'ils peuvent obtenir ce qu'ils veulent de cette façon. Une troisième option consisterait à exiger une charte autochtone

pour énoncer les manières dont le gouvernement devrait chercher à préserver la langue et la culture de chaque nation tout en partageant de manière égale les installations et les services. Enfin, on pourrait souhaiter voir si les autochtones citadins (en dehors des réserves) devraient posséder leur propre gouvernement autonome au lieu d'avoir l'extraterritorialité que je recommande. Il en découle des conséquences pour la nature du troisième ordre, puisqu'il en ressortirait des sous-unités (confédération) ou plusieurs provinces pour les autochtones. Toutes ces possibilités ont leurs avantages, mais aucune d'elles ne constitue une solution parfaite. Ce n'est pas à moi d'imposer la marche à suivre, car il s'agit d'un défi pour les citoyens de la Province des peuples autochtones. Le choix qu'ils feront sur ce point aura des répercussions sur le sens de la citoyenneté dans la nouvelle province. Toutefois, même en l'absence de réponses face à cette incertitude, on peut énoncer certaines incidences sur la citoyenneté dans une province ou troisième ordre non territorial. Ensuite, je formulerai une liste de recommandations qui pourraient aussi aider à résumer certains des arguments clés de cette étude.

Éviter les raisonnements à l'emporte-pièce

Pourquoi choisir si cela n'est pas nécessaire? Pourquoi ne pas combiner les éléments de plusieurs institutions, procédures, expériences ou possibilités? Pourquoi des raisonnements à l'emporte-pièce alors que la solution pourrait être nuancée? La politique, parmi toutes les autres entreprises, est la plus axée vers le règlement des tensions entre différentes solutions possibles sans les rejeter en bloc. Elle se distingue ainsi de la démarche militaire, bureaucratique ou de certaines théories économiques.

Dans le contexte actuel, ces dilemmes politiques font intervenir la citoyenneté et les formes d'institution qui l'expriment ou la sous-tendent. Devrions-nous permettre la citoyenneté autochtone, ou tout le monde devrait-il être canadien? La citoyenneté autochtone «dans le cadre du Canada» devrait-elle prendre la forme d'une province ou la forme d'un troisième ordre «équivalent» au gouvernement fédéral et aux dix provinces existantes? J'espère qu'avec cet argument, les lecteurs ne sont pas surpris de voir que j'ai rejeté ces choix à l'emporte-pièce, ces formes de raisonnement par clivage. Dans certains contextes, comme une réunion à Ottawa, je me sens surtout comme un Britanno-Colombien, tandis que

lorsque je suis à l'étranger, je me sens plus souvent canadien. Ces deux identités sont pertinentes, et elles ne sont pas mutuellement exclusives. Bien entendu, je suis aussi un professeur (entre autres choses), selon le cas.

J'ai signalé au début du présent document que la Province des peuples autochtones pourrait très bien ne pas être une province en fin de compte, mais que l'on pourrait étudier un bon nombre de choses après avoir instauré un ordre gouvernemental pour les autochtones en se servant d'un modèle provincial. Le nom ou l'étiquette sur lequel nous nous entendons prend une certaine valeur à cause des sens contextuels, pour nous en tant que Canadiens, quel que soit notre type. Toutefois, nous devrions être prudents quand nous laissons l'étiquette ou le nom avoir trop de connotations. Le lecteur se souviendra que l'utilisation de la notion de province a conduit à plusieurs observations dans la présente étude qui ne sont pas communément comprises ou acceptées par les Canadiens. Par exemple, on se souvient qu'il y a des corps souverains, du moins dans des domaines énumérés à l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il n'est pas non plus nécessaire qu'il y ait une territorialité parce que ces corps souverains l'ont été jusqu'à présent. En outre, les provinces ne partagent pas les mêmes caractéristiques de façon égale, bien qu'elles soient égales d'une certaine manière. Ainsi, l'égalité et l'asymétrie ne sont pas tout à fait des notions contraires, bien que bon nombre de Canadiens les perçoivent comme antithétiques.

Certains lecteurs, peut-être la plupart d'entre eux, détecteront une tension entre une unité politique appelée parfois «province», mais aussi «troisième ordre». S'il s'agit d'une province, elle doit être inférieure à un troisième ordre, puisque ce dernier serait l'équivalent de tout l'ordre provincial (des dix unités territoriales). S'il s'agit d'un troisième ordre, ça ne peut pas être une province. Cette perspective a sa propre logique et je ne la nie pas. Toutefois, mon point de vue est aussi logique en soi et on ne peut pas l'écarter tout simplement parce que bon nombre d'observateurs ont un point de vue résolument contraire. Je ne sens pas de tension entre une province et un troisième ordre, et de façon plus précise j'estime que c'est une tension politique plutôt qu'un problème théorique. J'ai soutenu qu'il existe bon nombre de formes ou d'aspects du fédéralisme asymétrique et je pense que le Canada pourrait être plus fort s'il y en avait plus. Une fois que l'on concède que «l'ordre fédéral», «l'ordre provincial» et le «troisième ordre» partagent certains aspects et qu'ils

s'inscrivent tous dans une même lignée, il n'est pas nécessaire de fonder ses conclusions sur un raisonnement à l'emporte-pièce ou dichotomique. Si l'on sent une tension entre le troisième ordre et le modèle provincial dont il provient, c'est un défi politique de rendre cette tension acceptable ou moins pertinente au lieu de la faire disparaître complètement.

Il est aussi nécessaire de souligner un autre élément en ce qui concerne la citoyenneté. La plupart des citoyens et des observateurs informés présument en apparence qu'il n'existe qu'une seule forme de citoyenneté, celle qui est ancrée dans un État-nation territorial. Ils se fondent en fait sur un raisonnement dichotomique : si elle est conférée par autre chose, on ne parle plus de citoyenneté, mais tout simplement d'appartenance à une association ou à une catégorie. Au contraire, j'ai soutenu que l'affaiblissement de l'autonomie ou de la souveraineté nationale et des degrés associés de loyauté et d'identité ont vu naître, en même temps, des ancrages puissants de l'identité et de l'allégeance à des groupes ou entités infranationales et transnationales. En conséquence, la différence entre la citoyenneté et les autres appartenances est devenue moins claire. Bon nombre de formes de citoyenneté peuvent coexister et elles peuvent être conçues comme des points le long d'une ligne au lieu d'être des éléments distincts ou des éléments contraires.

Mon point de vue est fondé sur l'idée que les êtres humains construisent la plupart de leurs institutions par le biais de processus sociaux à long terme dont bon nombre ne sont pas contrôlés de façon consciente. Bien qu'il existe des choses «naturelles», elles sont rares par rapport aux notions, normes, institutions et groupes que nous construisons. Ce que nous entendons par «famille», «droit», «nation», «État» et «souveraineté» diffère largement du sens que ces mots avaient pour nos ancêtres, et de même, la «citoyenneté» est une notion et un statut juridique qui a été élaboré avec le temps, qui continue d'évoluer et devrait presque sûrement changer à l'avenir⁸⁹. Lorsque nous réfléchissons sur le type d'entités politiques et de citoyenneté associée que nous voulons créer ou construire, nous sommes, bien sûr, tout à fait conscients que ces créations ne sont pas «naturelles». Trop de personnes ont donc conclu qu'il y avait là un statut inférieur aux modèles «naturels» selon lesquels nous vivons dans une société, parce qu'elles n'ont jamais su comment et quand notre milieu a été créé ou a évolué lentement.

Bien que le caractère «construit» et la «déconstruction» soient des notions plus connues des universitaires que du public en général, elles sont très utiles. Permettez-moi de conclure cette section et l'étude sur quelques illustrations de ces aspects à propos du caractère «construit». Tout d'abord, demandez-vous à qui je peux faire référence lorsque j'utilise des notions comme l'«autonomie gouvernementale» ou l'«autosélection» pour la Province des peuples autochtones et ses résidents. Pour certains Canadiens, probablement la grande majorité, on qualifie d'«autonome» une personne avec certains droits moraux ou juridiques. Par conséquent, l'autonomie gouvernementale et l'autosélection sous-tendent qu'un groupe de personnes légalement autonomes, qui agissent en tant qu'individus, choisissent de faire quelque chose. C'est la conception «moderne» de l'individu ou l'«individualisme libéral». En tant que notion et réalité vécue, cette conception est en contraste marqué avec des notions antérieures qui sont toujours des réalités vécues pour bon nombre de personnes aujourd'hui, même au Canada, là où les droits découlent de l'appartenance à une communauté. Dans l'Europe médiévale, ces communautés comprenaient des villes, des ordres religieux et des féodalités locales. Lorsque certaines de ces excroissances constitutionnelles médiévales ont survécu en tant que forme politique, surtout au Parlement britannique, nous les considérons maintenant comme des manifestations modernes du gouvernement démocratique.

Deuxièmement, il existe des manières tout à fait différentes d'appuyer ou d'assurer des identités individuelles. Dans la tradition individualiste libérale (la «modernité»), la plupart des personnes jugeaient naturel d'affirmer et de maintenir leur caractère individuel en réaction à des groupes ou des collectivités qui, croyait-on, recherchaient l'uniformité ou l'assimilation. Signalons à cet égard l'importance extraordinaire qui a été donnée aux droits de la personne pour avoir le dessus sur les exigences des groupes, des nations ou des gouvernements. Avant l'avènement de l'individualisme libéral, et en coexistence avec lui encore aujourd'hui, on trouve une autre manière d'ancrer ces droits qui fait de l'identité individuelle le produit d'une collectivité ou d'un contexte de bon nombre de collectivités. Même si un individu particulier peut se sentir confiné dans le contexte d'une collectivité, cette perspective fait valoir que cette sensation de confinement n'est qu'un côté d'une médaille dont le revers montre le soutien de la collectivité à ses membres ou à ses concitoyens⁹⁰. Bien entendu, on doit reconnaître que le «confinement» ou le «soutien» demande un continuum, que ces notions ne sont pas toutes

des points qui sont également positifs ou bénéfiques dans tous les cas. On peut aussi reconnaître que les individualistes libéraux se sont souvent sentis aliénés, anomiques, isolés et à la merci des grandes forces sociales qui dépassent leur compréhension ou leur contrôle. La question ici n'est pas de savoir qui a raison, mais ce que nous pouvons retirer de ces différents points de vue.

Pour en revenir à la citoyenneté, permettez-moi de faire remarquer que le présent rapport a surtout porté sur le caractère territorial en tant qu'obstacle conceptuel et pratique à l'analyse de la citoyenneté au Canada, surtout, mais pas exclusivement, pour les autochtones. Les traditions européennes de territorialité ont une origine très récente — en gros trois à cinq siècles — et elles sont presque toutes propres à l'Europe, quoique la conquête, la conversion et la colonisation par celle-ci en aient fait des traits caractéristiques d'autres sociétés. Comme je l'ai souligné au début de mon étude, j'insiste sur les origines historiques et la nature «construite» des États-nations, de la territorialité et de la citoyenneté pour démontrer leur ancrage dans des circonstances bien particulières. J'estime que ces circonstances évoluent et que les notions sont, par conséquent, moins pertinentes, même dans les domaines clés où elles ont pris naissance pour la première fois. Mais même si elles n'étaient pas déjà en train de changer, reconnaître leurs limites contextuelles pourrait aider les Canadiens à voir que ces choix existent, que la société peut construire, déconstruire et reconstruire ses institutions et identités, non pas avec une liberté absolue, et non pas par caprice mais après réflexion délibérée. Autrement, l'évolution sera moins consciente et moins facile à contrôler.

Enfin, je dois rappeler au lecteur que ces commentaires et propositions ne sont pas qu'à l'avantage des Canadiens autochtones, quoiqu'ils méritent autant que tout autre groupe d'avoir des unités politiques soigneusement élaborées et bâties de façon créatrice dans le cadre du Canada. Souvenez-vous que j'ai demandé que l'on accroisse grandement le nombre de compétences concurrentes et ce, à cause de la nécessité de veiller à ce qu'il y ait une combinaison satisfaisante de compétences pour la Province des peuples autochtones, mais j'ai soutenu que cette démarche était aussi applicable aux provinces existantes, le plus certainement au Québec. De même, j'estime que si les Canadiens élargissent la notion de citoyenneté pour que les autochtones deviennent des «citoyens plus», ils en retireront quelque chose pour la citoyenneté canadienne, assoupliront les contraintes qui l'entourent et

accéléreront peut-être l'évolution vers un statut plus global et plus satisfaisant pour l'ensemble des Canadiens. Si, à la fin, nous découvrons que différents Canadiens semblent avoir différents types de citoyennetés, il est à souhaiter qu'il en résultera une situation où chacun des groupes obtiendra ce qui correspond le plus à ses souhaits ou à ses besoins.

Recommandations

La rédaction du présent rapport marque l'inquiétude que j'ai de voir combien la réflexion sur quelque sujet que ce soit peut finir par se scléroser. Même les spécialistes (et peut-être eux a fortiori) peuvent tenir pour acquises certaines hypothèses et certains cadres d'analyse, et de théories nouvelles risquent de ne pas être évaluées, faute d'avoir même été envisagées. J'ai donc tenté de remettre en question certaines présuppositions et de proposer un cadre d'analyse qui dépasse nos conceptions traditionnelles du Canada et des moyens éventuels d'assurer l'autonomie gouvernementale des autochtones. Ces remises en question ne visent finalement qu'à enrichir la notion de citoyenneté autochtone et, avec un peu de chance, à donner plus de sens à la citoyenneté canadienne. Les recommandations qui suivent rappellent donc au lecteur les contestations dont font l'objet les notions ou idées préconçues actuelles; il se peut qu'elles soient moins utiles à titre de principes directeurs absolus.

1. Avant tout, il faut reconnaître que l'opinion publique et les orientations gouvernementales ont déjà évolué à d'importants égards, offrant ainsi de nouvelles possibilités qui n'étaient pas viables, sur le plan politique, il y a quelques années à peine.
2. Le fédéralisme fournit encore un cadre utile — plus encore que la constitution d'alliances ou le corporatisme, à cause de l'évolution historique, tout à fait propre au Canada, des pouvoirs provinciaux; les deux ordres de gouvernement (fédéral et provincial) sont souverains dans leurs champs de compétences respectifs.
3. Bien que les autochtones canadiens doivent chercher à établir un troisième ordre de gouvernement, le modèle provincial peut nous en apprendre beaucoup, puisque nous envisageons les provinces dans le cadre d'une longue expérience historique, d'autant plus que nous nous rappelons qu'elles ont d'importants domaines de souveraineté et

qu'elles ont beaucoup évolué depuis la Confédération, et même au cours des années récentes.

4. Dans l'évaluation d'un modèle provincial en vue d'un troisième ordre de gouvernement, il faut composer avec le fait inéluctable que cette unité politique sera *non territoriale* à plusieurs égards. Une partie importante du rapport a donc porté sur la manière dont les programmes peuvent être administrés et les services fournis sur une base non territoriale et extraterritoriale.
5. Après environ trois siècles d'hégémonie incontestée, certaines hypothèses sur l'importance d'un territoire exclusif, contigu et continu ont été remises en question. Cette contestation fondamentale du régime d'États-nations territoriaux laissera probablement plus de place aux notions autochtones traditionnelles sur l'exploitation de la terre, le gouvernement et la culture. Ce ne sont pas toutes les coutumes qui ont disparu ou qui peuvent être reconstruites mais, lorsque c'est possible, il faudrait en tenir compte.
6. Les autochtones devraient eux-mêmes décider de la meilleure forme d'autonomie gouvernementale, sans présumer que les hypothèses canadiennes (ou «européennes») en fourniront le cadre; par exemple, il pourrait y avoir un équilibre différent entre les droits individuels et les droits collectifs.
7. Les autochtones devraient eux-mêmes décider qui est ou sera autochtone, tout comme les Canadiens ont pu décider qui était ou serait canadien.
8. Une charte autochtone des droits et libertés devrait être rédigée et adoptée par les autochtones; en attendant, la *Charte canadienne des droits et libertés* (même limitée par son propre article 25) devrait continuer de s'appliquer, tout comme l'article 33.
9. Le caractère «transférable» des droits issus de traités devrait être encouragé, facilité et respecté.
10. Dans la négociation d'une série de pouvoirs ou compétences dont serait doté le troisième ordre, il faudrait s'efforcer de remettre en question la façon dont les Canadiens s'y sont pris par le passé. En particulier, la Commission devrait se demander s'il vaut la peine d'attribuer des pouvoirs exclusifs à chaque ordre de gouvernement et voir s'il convient d'accroître le nombre de pouvoirs partagés, même

si certaines unités (les provinces moins favorisées, par exemple) peuvent choisir de ne pas exercer plusieurs de ces nouveaux pouvoirs.

11. Enfin — et c'est peut-être l'idée centrale de l'étude qui s'achève — il faudrait se demander si les droits constitutionnalisés fournissent une base solide à la citoyenneté autochtone; la citoyenneté devrait plutôt faire partie intégrante d'un ou de plusieurs gouvernements (dotés de pouvoirs importants et appropriés) dont la légitimité reposerait sur une majorité autochtone. Ici, comme dans les recommandations 6 et 7 ci-dessus, la notion d'autochtone doit s'entendre d'un ensemble complexe de caractéristiques, comme l'a déjà affirmé la Commission royale, et non d'une catégorie exclusivement ou principalement raciale ou héréditaire.

Notes

1. Alan Cairns, S.H. Jamieson, et K. Lysyk, *A Survey of the Contemporary Indians of Canada: Economic, Political, Educational Needs and Policies*, sous la dir. de H.B. Hawthorn (Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1966). L'expression semble avoir été employée pour la première fois dans cet ouvrage, à la p. 13 de la Partie I.
2. Il s'agit d'un des thèmes que j'étudie dans mon livre, *Beyond Sovereignty: Territory and Political Economy in the Twenty-First Century* (Toronto : University of Toronto Press, à paraître, 1995).
3. Perry Anderson, *Lineages of the Absolutist State* (Londres : Verso, 1979).
4. Simon Schama, *Citizens: A Chronicle of the French Revolution* (New York : Alfred A. Knopf, 1989).
5. Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad, or the Law of International Claims* (N.Y. : Bank Law Publishing, 1916).
6. David J. Elkins, «Canada in the Twenty-First Century», *Australian-Canadian Studies*, vol. 8, n° 2 (1991), pp. 3 à 15.
7. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*; et George Armstrong Kelly, «Who Needs a Theory of Citizenship?», *Daedalus*, v. 108 (automne 1979), 21 à 36.
8. Albert Weale, «Citizenship Beyond Borders», et Geraint Perry, «Conclusion: Paths to Citizenship», dans Ursula Vogel et Michael Moran (dir.), *The Frontiers of Citizenship* (London : Macmillan, 1991).
9. Michael Ignatieff, «The Myth of Citizenship», *Queen's Quarterly*, 94 (hiver 1987), pp. 966 à 985.
10. Voir David J. Elkins et Richard Simeon, *Small Worlds: Provinces and Parties in Canadian Political Life* (Toronto : Methuen, 1980), surtout le chapitre 1; et Richard Vernon, «The Federal Citizen», dans R.D. Olling et M.W. Westmacott (dir.), *Perspectives on Canadian Federalism* (Scarborough : Prentice-Hall Canada, 1988), pp. 3 à 15.
11. Engin Isin, *Cities Without Citizens: The Modernity of the City as a Corporation* (Montréal : Black Rose Books, 1992).
12. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*.

13. Les arrêts *Sparrow c. R* (1990), 70 D.L.R. 385 (C.S.C.) et *P.G. Québec c. Sioui* (1990) 1 R.C.S. 1025 semblent traiter la question de la <mobilité> des droits issus de traités, une préoccupation importante de citoyens autochtones, comme Sparrow et Sioui. Comme l'a prétendu Groves dans «Territoriality and Aboriginal Self-Determination: Options for Legal Pluralism in Canada», in Harold Finkler (dir.), *Proceedings of the VIth International Symposium of the Commission on Folk Law and Legal Pluralism* (Ottawa, du 14 au 18 août 1990; n.p. fév. 1991, pp. 224 à 245), à la p. 239, ces arrêts peuvent amener à définir la citoyenneté dans la province des peuples autochtones selon les droits issus de traités et les droits ancestraux, plutôt que selon la résidence ou l'appartenance à une bande.
14. Alan Cairns, *Charter versus Federalism: The Dilemmas of Constitutional Reform* (Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press, 1992).
15. [traduction] «S'inspirant du discours relatif aux droits de la personne, des groupes de citoyens ont tenté d'employer [...] des formules popularisées sur les droits des citoyens qui exigent une intervention active du gouvernement et une intervention sociale de l'État pour garantir les promesses des droits de la personne». Tiré d'Alan Cairns et Cynthia Williams, «Constitutionalism, Citizenship and Society in Canada: An Overview», dans Alan Cairns et Cynthia Williams (dir.), *Constitutionalism, Citizenship and Society in Canada* (Toronto : University of Toronto Press, 1985), vol. 33 du programme de recherche de la Commission royale d'enquête sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, à la p. 32.
16. Il s'agit de la thèse centrale de mon livre, *Beyond Sovereignty*. Dans ce livre, j'examine un grand nombre de forces, de tendances, d'institutions et d'identités qui contribuent à donner plus d'importance aux communautés infranationales et transnationales. Par conséquent, le sujet que nous traitons est un aspect particulier d'un phénomène mondial.
17. L'article 25 dispose notamment : «Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés — ancestraux, issus de traités ou autres — des peuples autochtones du Canada [...]»
18. Alan Cairns a prétendu que la *Charte* était devenue de plus en plus essentielle aux identités politiques de la plupart des Canadiens et que ceux-ci seront réticents à exempter les autochtones de son application. Voir, par exemple, «Citizenship and the New Constitutional Order», *Canadian Parliamentary Review* (automne 1992), pp. 2 à 6.
19. La Cour suprême aura peut-être un jour à dire comment le texte clair de l'article 25 (précité) peut être concilié avec l'exemption apparemment absolue des droits à l'égalité pour les femmes de toutes les restrictions de la *Charte*. L'article 28 dispose : «Indépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes.» Le

premier article semble mettre les autochtones à l'abri de certaines dispositions de la *Charte*, alors que le deuxième semble dire de façon non équivoque qu'il a priorité sur toute exemption explicite dans l'article 25. Bien sûr, la question que devront trancher les tribunaux est encore plus complexe à la lumière du paragraphe 35(4) : «Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits — ancestraux ou issus de traités — visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.» Cette disposition a été ajoutée à la *Charte* en 1983.

20. David J. Elkins, «Facing Our Destiny: Rights and Canadian Distinctiveness», *Canadian Journal of Political Science*, 22 (décembre 1989), pp. 699 à 716.
21. Voir l'analyse intéressante dans Luke McNamara, «Aboriginal Self-Government and Justice Reform in Canada: The Impact of the Charter of Rights and Freedoms», *Australian-Canadian Studies*, 11 (1993), pp. 43 à 75.
22. Charles Lindblom, *Politics and Markets: The World's Political-Economic Systems* (N.Y. : Basic Books, 1977).
23. Elkins, *Beyond Sovereignty*.
24. Pierre Elliott Trudeau, *Federalism and the French Canadians* (Toronto : Macmillan of Canada, 1968), à la p. 183 : [traduction] «Ce n'est pas la population qui a décidé quels états la gouverneraient; ce sont plutôt les états qui, par des guerres (mais non des "guerres des peuples"), des alliances, des ententes conclues entre les dynasties, des mariages, des héritages, et par chance, qui ont fixé les territoires sur lesquels ils gouverneraient. C'est pour cette raison qu'ils peuvent être appelés des états territoriaux [...]»
25. Pour des arguments contraires, dont certains sont implicites et d'autres explicites, sur la souveraineté des autochtones, voir Richard H. Bartlett, «Inherent Aboriginal Sovereignty in Canada and Australia», *Australian-Canadian Studies*, 11 (1993), pp. 1 à 16, et David H. Getches, «Negotiated Sovereignty: Intergovernmental Agreements with American Indian Tribes as Models for Expanding First Nations' Self-Government», *Review of Constitutional Studies*, I (1993), pp. 120 à 170.
26. Le Judicial Committee du Privy Council à Londres a jugé, de façon répétée, que les provinces canadiennes étaient aussi souveraines dans leurs domaines de compétences que le gouvernement fédéral l'est dans les siens. Bon nombre de critiques sur cette conclusion ont prétendu que ce comité avait erré dans son raisonnement. Quel que soit le point de vue d'une personne sur la perspicacité de Leurs Seigneuries, les décisions demeurent des déclarations définitives en jurisprudence canadienne. L'étude classique sur ce débat est celle d'Alan Cairns, «The Judicial Committee and Its Critics», *Canadian Journal of Political Science*, 4 (septembre 1971), pp. 301 à 345. Voir aussi W.R. Lederman, *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas*, (Toronto : Butterworths, 1981), chapitre 15.

27. Différents ouvrages populaires portent sur les façons totalement différentes dont les groupes autochtones voient la notion de territoire. En particulier, consulter Hugh Brody, *Maps and Dreams* (Vancouver : Douglas & McIntyre, 1981) et Bruce Chatwin, *The Songlines* (N.Y. : Elisabeth Sifton Books — Viking, 1987). Ces deux livres sont très révélateurs puisqu'ils montrent comment les rêves et les chansons peuvent nous guider sur des terrains changeants, connus ou inconnus.
28. Benedict Anderson, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism* (Londres : Verso, revised edition, 1991).
29. Commission royale sur les peuples autochtones, *Aboriginal Peoples in Urban Centres* (Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1993).
30. Même s'il y a des réserves en milieu urbain, l'expression «autochtones citadins» ne vise généralement pas ces groupes mais plutôt les autochtones qui vivent hors des réserves ou qui n'ont pas de réserve.
31. Bruce Clark, *Native Liberty, Crown Sovereignty: The Existing Aboriginal Right to Self-Government in Canada* (Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press, 1990).
32. Jerry Mander, *In the Absence of the Sacred: The Failure of Technology and the Survival of the Indian Nations* (San Francisco : Sierra Club Books, 1991).
33. Par exemple, les Cris de la baie James, dans le Nouveau-Québec, utilisent des terres situées bien au-delà de celles qui sont sous leur contrôle direct. Le nouveau territoire du Nunavut fait une distinction semblable. Certaines décisions récentes de la Cour suprême ont réaffirmé le droit des autochtones de pêcher dans des eaux qui ne font pas partie des réserves.
34. Brody, *Maps and Dreams*.
35. *Aboriginal Peoples in Urban Centres*, pp. 5, 31 et 39.
36. Le paragraphe 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* définit les peuples autochtones comme incluant les Indiens, les Inuit et les Métis du Canada.
37. Douglas Sanders, «The Renewal of Indian Special Status» in A. Bayerfsky et Mary Eberts (dir.), *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Toronto : Carswell, 1985), pourrait être compris comme signifiant que les «Indiens» peuvent constituer une catégorie distincte des Métis ou des Inuit, mais l'auteur ne prétend pas que chaque nation soit distincte ou ait droit à un «statut spécial».
38. Certains des témoignages cités dans *Aboriginal Peoples in Urban Centres*, (p. ex. à la p. 57) disent ou sous-entendent que le terme «autochtone» est trop large et vide de sens. Néanmoins, personne ne semble soutenir explicitement les modèles territoriaux.

Voir aussi Robert Groves, «Territoriality and Aboriginal Self-Determination», qui montre les tensions entre les critères territoriaux (conseil de bande) et non territoriaux (parenté et organismes politiques traditionnels) pour l'octroi de la qualité de membre ou de la citoyenneté.

39. John George Lambton, comte de Durham, *Lord Durham's Report: An Abridgement of the Report on the Affairs of British North America*, sous la dir. de Gerald M. Craig (Toronto : McClelland & Stewart, 1963), Carleton Library Number 1; et Garth Stevenson, *Unfulfilled Vision: Canadian Federalism and National Unity* (Toronto : Macmillan of Canada, 1979), chapitre 2.
40. L'énoncé le plus clair de cette logique se trouve dans le rapport Tremblay : [traduction] «Une seule chose peut calmer leurs peurs mais sans toutefois pouvoir les rassurer tout à fait, et c'était la perspective d'un état provincial dont le gouvernement serait contrôlé par ses votes et auquel pourrait être confiée la garde de leurs intérêts ethniques, religieux et culturels.» *The Tremblay Report: Report of the Royal Commission of Inquiry on Constitutional Problems*, sous la dir. de David Kwavnick (Toronto : McClelland & Stewart, 1973; the Carleton Library, 1964), à la p. 110.
41. A.I. Silver, *The French-Canadian Idea of Confederation, 1864-1900* (Toronto : University of Toronto Press, 1982).
42. David J. Elkins, «Where Should the Majority Rule? Reflections on Non-Territorial Provinces and Other Constitutional Proposals», *Points of View*, n° 1 (Edmonton : Centre for Constitutional Studies, 1992).
43. Pour en savoir plus sur la province francophone, voir Elkins, «Where Should the Majority Rule?»
44. Voir aussi David J. Elkins, «Aboriginals and the Future of Canada», dans Douglas Brown (dir.), *Aboriginal Governments and Power Sharing in Canada* (Kingston : Institut des relations intergouvernementales, 1992).
45. Les Territoires du Nord-Ouest seront divisés en deux territoires, dont l'un (le Nunavut) sera composé d'une écrasante majorité d'Inuit. Si ce territoire devient une province, il sera, en effet, la deuxième province autochtone. Naturellement, même si le Yukon ou l'autre partie des Territoires du Nord-Ouest devenait une province, il serait certainement très influencé, comme maintenant, par les inquiétudes des autochtones.
46. Commission royale sur les peuples autochtones, *Partners in Confederation: Aboriginal Peoples, Self-Government, and the Constitution* (Ottawa : Groupe Communication Canada, 1993), à la p. 30.
47. Pour plus de détails, voir Elkins, «Where Should the Majority Rule?»

48. Groves, «Territoriality and Aboriginal Self-Determination».
49. Une analogie ou une série de précédents pertinents pourrait être le contrôle des écoles francophones en Ontario ou des écoles anglophones au Québec. Dans le premier cas, la minorité souhaite être protégée par le contrôle exclusif des écoles et des conseils scolaires et, dans le second cas, la majorité (les francophones) veut restreindre l'accès aux écoles anglaises pour promouvoir et préserver sa société distincte.
50. Dans d'autres circonstances, je préférerais des noms comme Premières nations ou peuples autochtones, puisqu'ils mettent l'accent sur la priorité et le statut du groupe. Ces noms ont été, en partie, appropriés par les Indiens inscrits, et ils peuvent donc donner l'impression que certains autochtones seraient des exclus ou des citoyens de deuxième classe. L'expression «Province des peuples autochtones» devrait avoir un caractère assez général pour inclure tous les autochtones. Cependant, pour moi, la question porte sur le pouvoir, l'autorité et l'autonomie de cette unité politique; le nom n'a d'importance que s'il distrait le lecteur de la principale préoccupation. Ce seront finalement les autochtones qui vivent au sein de cette unité qui décideront de son nom.
51. *Aboriginal Peoples in Urban Centres*; et Groves «Territoriality and Aboriginal Self-Determination», à la p. 226.
52. Mis en évidence dans *Aboriginal Peoples in Urban Centres*, tout particulièrement à la p. 6, comme nous l'avons cité.
53. *Aboriginal Peoples in Urban Centres*, à la p. 56, fait remarquer que plusieurs autochtones paient des taxes municipales sans recevoir de services adaptés à leurs besoins ou à leurs préoccupations.
54. Il en découlerait aussi, nous le présumons, un changement dans la situation actuelle où les lois provinciales d'application générale s'appliquent sur les réserves. En tant que province, la Province des peuples autochtones aurait ses propres lois. Pour une description de l'applicabilité actuelle de certaines lois provinciales, voir Douglas Sanders, «The Application of Provincial Laws» dans Brad Morse (dir.), *Aboriginal Peoples and the Law* (Ottawa : Carleton University Press, 1989).
55. Jusqu'à ce que les articles pertinents de la *Loi sur les Indiens* soient abrogés ou modifiés, les Indiens qui vivent sur des réserves sont exemptés de bon nombre de formes d'impôts. Voir Richard H. Bartlett, «Taxation» (pp. 591 et suivantes) dans Morse (dir.), *Aboriginal Peoples and the Law*. Puisque je présume que la *Loi sur les Indiens* serait révoquée si une Province des peuples autochtones était créée, ses résidents pourraient alors être imposables. Je reparlerai de cette question plus loin.
56. Remarquer l'usage de la notion d'autonomie gouvernementale de leur communauté par les groupes autochtones. Même si elle équivaut à gouvernement *local* pour certaines personnes, elle peut avoir un sens complètement différent. Elle peut différer du

gouvernement local dans son pouvoir et ses compétences ainsi que dans le fait que les communautés n'ont pas besoin d'être locales ou territoriales.

57. Noel Lyon, «Constitutional Issues in Native Law» in Morse (dir.), *Aboriginal Peoples and the Law*, pp. 448 à 450, soutenait que certaines terres (mais pas toutes) cédées par les Indiens à la Couronne avaient permis de tirer des revenus pour une province plutôt que pour le gouvernement fédéral (par exemple, du bois d'oeuvre). Ainsi, la déclaration dans le texte devrait être précisée, bien que Lyon semble dire que la plupart des terres qui ont été cédées ne rapportent pas de revenus pour les provinces.
58. Clark, *Native Liberty, Crown Sovereignty*.
59. Voir la longue discussion sur les questions de fiscalité et de péréquation d'une éventuelle province des peuples autochtones, dans Thomas J. Courchene et Lisa M. Powell, *A First Nations Province* (Kingston : Institut des relations intergouvernementales, 1992).
60. Menno Boldt a, en fait, affirmé que le processus de traité devrait être le premier point sur lequel les autochtones qui veulent la plus grande autonomie, notamment gouvernementale, devraient se concentrer. Il fournit des arguments très intéressants à l'encontre du recours aux tribunaux canadiens et des modifications apportées à la Constitution. Voir son livre, *Surviving as Indians: The Challenge of Self-Government* (Toronto: University of Toronto Press, 1993).
61. Cette politique semble aller dans la direction qui a été la norme aux États-Unis depuis les années 1820 et 1830. En ce temps-là, une série de décisions de la Cour suprême, rendues par Marshall, ont établi les tribus indiennes comme des [traduction] «nations domestiques et dépendantes». Voir Bruce H. Wildsmith, «Pre-Confederation Treaties» in Morse (dir.), *Aboriginal Peoples and the Law* (notamment les pp. 131 à 143).
62. Certains experts en matière de fédéralisme font une importante distinction entre les ententes fédérales et confédérales, alors que d'autres ne croient pas que la distinction tienne, dans la pratique, même si elle est précise en théorie. Puisque je fais partie de ce deuxième groupe, j'utilise, en général, «fédéral», mais je ne dis pas «confédéral». Je dois cependant souligner ici que je m'attendrais à une structure fédérale lâche ou décentralisée au sein d'un troisième ordre autochtone, donc, à quelque chose qui pourrait s'appeler confédéral selon certains.
63. En fait, les gouvernements locaux et régionaux varient beaucoup, même dans une province donnée. La Colombie-Britannique, par exemple, a des villes, des municipalités, des zones de villégiature et des zones non constituées, ainsi que des organismes à but spécial comme les districts régionaux et des districts en matière d'incendie et pour les eaux.
64. *Aboriginal Peoples in Urban Centres*, pp. 16 et 43.

65. L'analogie est plus élaborée dans Elkins, «Where Should the Majority Rule?»
66. On peut faire face à la diversité inhérente de la Province des peuples autochtones par le biais des partis politiques. Nous pensons habituellement aux partis en termes électoraux mais ils constituent aussi des instruments pour véhiculer des idéologies, exprimer les griefs des régions et intégrer les groupes minoritaires et majoritaires. Comme pour mes autres suggestions, je répète qu'il n'y a pas de solution unique qui réglerait tous les problèmes mais il existe de nombreux instruments dont il faut tenir compte, et bon nombre de formules institutionnelles qui sont compatibles avec le statut provincial.
67. Voir la discussion approfondie in Jane Jacobs, *Cities and the Wealth of Nations: Principles of Economic Life* (N.Y. : Random House, 1984).
68. Richard Falk, «The Rights of Peoples (in Particular Indigenous Peoples)», dans James Crawford (dir.), *The Rights of Peoples* (Oxford : Clarendon Press, 1988), à la p. 589.
69. Sanders, «The Renewal of Indian Special Status»; cet ouvrage vient appuyer cette conclusion puisque le statut spécial découle, dans ce cas, des droits issus de traités et d'autres transactions intergouvernementales antérieures.
70. En visant particulièrement ce type d'établissements de soins de santé, je ne sous-entends pas que les méthodes traditionnelles de guérison ne seront pas appliquées dans les réserves ou dans les grands centres urbains. Si ces méthodes étaient introduites dans le cadre des régimes publics d'assurance-maladie des provinces, comme la Province des peuples autochtones pourrait choisir de le faire, ils pourraient être payés selon la procédure décrite dans le texte.
71. Cela s'appliquerait aussi, en général, à engager les aînés comme consultants en «bien-être» ou sur les méthodes traditionnelles de guérison. Dans ces cas-là, les provinces territoriales insisteraient probablement sur le fait que la Province des peuples autochtones devrait payer le coût marginal, ou que ce coût devrait être supporté par le gouvernement fédéral, conformément à ses responsabilités fiduciaires.
72. Getches, «Negotiated Sovereignty» montre que les tribus indiennes, les gouvernements des états et le gouvernement des États-Unis ont pu négocier des ententes sur le partage des services et des coûts, la juridiction sur les systèmes de justice, la réglementation du partage des terres et des eaux et autres questions, plus ou moins importantes. Ce qui est proposé ici lancerait un tel processus au Canada.
73. *Aboriginal Peoples in Urban Centres*, à la p. 43, présente un témoignage selon lequel les services de garde d'enfants pourraient constituer une préoccupation spéciale, du moins en milieu urbain. Le livre de McNamara, «Aboriginal Self-Government and Justice Reform in Canada» soulève un certain nombre de préoccupations pertinentes

sur la nature des différents systèmes de justice pour les collectivités autochtones, qu'elles soient urbaines ou rurales.

74. Malgré cette réticence, la politique administrative canadienne a, en fait, reconnu que les Indiens avaient un statut spécial, comme le montre Sanders dans son livre «The Renewal of Indian Special Status».
75. Pour des exemples provenant de différentes parties du monde, voir le livre d'Elinor Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action* (Cambridge : Cambridge University Press, 1990).
76. Lederman, *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas*.
77. Pendant des dizaines d'années, l'ancien premier ministre Trudeau a fait valoir ce point de vue sans relâche. Voir la discussion à ce sujet dans son livre *Federalism and The French Canadians*, à la p. xxv, parmi d'autres références.
78. Le livre d'Ostrom, *Governing the Commons* est l'une des présentations les plus complètes sur les motifs pour lesquels des combinaisons différentes servent mieux certaines situations.
79. Parti Libéral du Québec, *Un Québec libre de ses choix : Rapport du Comité constitutionnel* (pour dépôt au 25^e Congrès des membres), 28 janvier 1991.
80. Roy Romanow, John Whyte et Howard Leeson, *Canada...Notwithstanding: The Making of the Constitution 1976-1982* (Toronto : Carswell/Methuen, 1984), en particulier le chapitre 8. Comparer les remarques prudentes de McNamara dans son ouvrage *Aboriginal Self-Government and Justice Reform in Canada*.
81. Pour des preuves du degré remarquable de convergence autour de certaines pratiques, tout particulièrement après l'expansion des paiements de transfert du fédéral, voir Elkins et Simeon, *Small Worlds*.
82. Pour une communication originale et riche d'idées, voir Albert O. Hirschman, *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States* (Cambridge : Harvard University Press).
83. Bien sûr, il y a des «voisins» dans différentes provinces territoriales, comme Lloydminster (Alberta et Saskatchewan) et Ottawa-Hull (Ontario et Québec).
84. Même s'il n'est pas une province, le Yukon s'est montré relativement réceptif aux questions autochtones. Les Territoires du Nord-Ouest l'ont aussi été, naturellement, mais on trouve une majorité autochtone dans ce territoire. Ce texte porte surtout sur les attitudes des gouvernements qui répondent aux majorités de non-autochtones.

85. L'article inédit de Dilys R. Leman, «Reclaiming Control of Citizenship: First Nations and the Development of Membership Codes», Département de géographie, Université Carleton, juin 1991, examine les nombreux fondements à caractère conflictuel de l'appartenance aux nations autochtones. Apparemment, il sera toujours difficile de décider qui est ou qui n'est pas autochtone. Bien sûr, c'est aussi vrai (pour des raisons quelque peu différentes) dans le cas des groupes ethniques de la société canadienne au sens large. En fin de compte, il faudrait peut-être de multiples critères.
86. C'est là, bien entendu, l'une des principales raisons pour lesquelles le Nunavut a été créé.
87. Hirschman, *Exit, Voice, and Loyalty*.
88. *Aboriginal Peoples in Urban Centres*, à la p. 57.
89. *Imagined Communities*, d'Anderson, montre comment le nationalisme s'est développé dans quelques rares endroits puis s'est étendu à beaucoup d'autres et a poussé les gouvernements à créer ou à rendre visible «la nation» que ce nationalisme faisait valoir. Les livres d'école et les médias ont alors rendu invisible le processus de construction en soulignant l'existence latente ou actuelle des racines de la nation dans un passé ou une mythologie lointaine. Plusieurs autres exemples pourraient être donnés, mais ils ne constituent pas l'essentiel de notre propos.
90. Parmi les différentes sources qui présentent cette perspective, la plus pertinente est peut-être celle de Charles Taylor, *Reconciling the Solitudes: Essays on Canadian Federalism and Nationalism* (Montréal et Kingston : McGill-Queen's Press, 1993, sous la dir. de Guy Laforest). L'un des points forts de l'analyse de Taylor tient au fait qu'il compare le Québec (et les autochtones) avec la préoccupation des parties anglaises du Canada qu'il appelle la «diversité profonde». Plutôt que d'être une diversité simple ou de surface, avec des variantes de mode de vie entre les groupes ethniques au Canada anglais, il se concentre sur des écarts plus marqués. La «diversité profonde» qu'il décrit est semblable au clivage que je décris dans le texte et qui existe entre les différentes conceptions de la personne, les différentes assises de l'identité et, plus généralement, les relations différentes entre la collectivité et l'individu. Quoique je ne partage pas la démarcation très nette qu'il trace entre les liens directs ou indirects qui unissent la personne et l'État, le fait crucial est que la majorité des Canadiens sont presque totalement inconscients qu'il peut y avoir des différences comme celles que Taylor et moi décrivons. Pour ceux qui connaissent les travaux de Taylor, laissez-moi seulement dire, d'une façon très simpliste, combien nous divergeons dans nos théories sur la citoyenneté. Il voit les Québécois et les autochtones comme ayant une citoyenneté canadienne *indirectement*, par le biais des collectivités qui sont centrales à leur identité (la nation québécoise et les nations ou collectivités autochtones). Moi, au contraire, je tente de redéfinir la citoyenneté de façon à ce que la majorité des Canadiens aient *plusieurs* modèles ou choix de statut de citoyen; mais, quel qu'en soit

le nombre, plusieurs combinaisons différentes seraient justifiées, utiles et redondantes.
Pourquoi choisir si nous n'avons pas à le faire?