CA·2·1995-
512
c. 2

Conclure des traités dans un esprit de coexistence

UNE SOLUTION DE RECHANGE À L'EXTINCTION DU TITRE ANCESTRAL

Commission royale
sur les peuples autochtones

CANADIANA

MAR 24 1995

Conclure des traités dans un esprit de coexistence

Une solution de rechange à l'extinction du titre ancestral

Commission royale
sur les peuples autochtones

Données de catalogage avant publication (Canada)

Vedette principale au titre :
Conclure des traités dans un esprit de coexistence : une solution de rechange à l'extinction du titre ancestral

Publ. aussi en anglais sous le titre : *Treaty making in the spirit of co-existence.*

ISBN 0-660-94840-0
N° de cat. Z1-1991/1-41-5F

1. Autochtones – Canada – Relations avec l'État.
2. Autochtones – Canada – Politique et gouvernement.
3. Autochtones – Canada – Droit.
I. Canada. Commission royale sur les peuples autochtones.
II. Titre : Une solution de rechange à l'extinction du titre ancestral.

E92.T7314 1994 323.1'197071 C95-980025-5

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1994

En vente au Canada chez
votre libraire local
ou par la poste auprès du
Groupe Communication Canada – Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9

N° de catalogue Z1-1991/1-41-5F
ISBN 0-660-94840-0

Groupe	Canada
Communication	Communication
Canada	Group
Édition	Publishing

Royal Commission on Aboriginal Peoples

CANADA

Commission royale sur les peuples autochtones

À Son Excellence
le Gouverneur général en conseil

Qu'il plaise à Votre Excellence

Nous avons l'honneur de vous présenter, conformément à l'alinéa 9 du décret P.C. 1991-1597 pris le 26 août 1991, le rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones intitulé *Conclure des traités dans un esprit de coexistence : une solution de rechange à l'extinction du titre ancestral.*

Respectueusement soumis,

René Dussault, j.c.a.
Coprésident

Georges Erasmus
Coprésident

Paul L.A.H. Chartrand
Commissaire

J. Peter Meekison
Commissaire

Viola Robinson
Commissaire

Mary Sillett
Commissaire

Bertha Wilson
Commissaire

février 1995
Ottawa (Canada)

Table des matières

Introduction 1

1. La terre, du point de vue des autochtones 10

2. Historique de la politique fédérale d'extinction du titre ancestral 17

Premières négociations de traités 21
La *Proclamation royale de 1763* 26
1763-1867 29
De 1867 jusqu'au Livre blanc 33

3. Nature et objet de l'actuelle politique fédérale d'extinction du titre ancestral 39

4. Évaluation de la politique fédérale d'extinction du titre ancestral 50

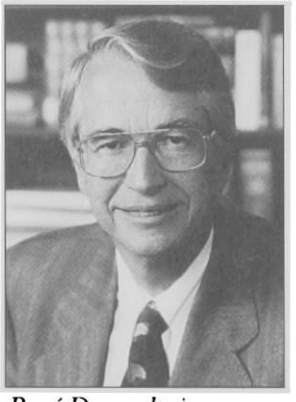
Signification de l'extinction du titre ancestral pour les autochtones 51
Nouvelle lecture de la Proclamation royale 53
Le statut constitutionnel des droits ancestraux 55
L'obligation de fiduciaire de la Couronne 61

5. La reconnaissance mutuelle : une solution de rechange à l'extinction du titre ancestral 66

Conclusion 76

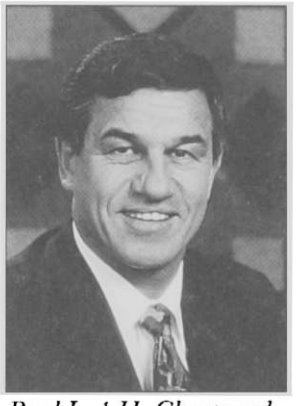
Recommandations 78

Membres de la Commission royale sur les peuples autochtones



René Dussault, j.c.a.
Coprésident

Georges Erasmus
Coprésident



Paul L.A.H. Chartrand
Commissaire

J. Peter Meekison
Commissaire

Viola Marie Robinson
Commissaire

Mary Sillett
Commissaire

Bertha Wilson
Commissaire

Introduction

Au cours des nombreuses discussions, consultations et audiences tenues jusqu'à présent par la Commission royale sur les peuples autochtones, de nombreuses réserves ont été exprimées quant à la politique fédérale suivant laquelle la conclusion d'ententes sur les revendications territoriales globales de communautés autochtones est subordonnée à l'extinction du titre ancestral. Conformément à son mandat, qui consiste notamment à «soumettre des recommandations favorisant la réconciliation entre les peuples autochtones et le reste de la société canadienne» et relatives au «processus de résolution des revendications [...] globales[1]», la Commission s'est engagée à examiner la pertinence de cette politique. Le présent rapport constitue le fruit de cette réflexion. En plus de refléter les propos tenus devant la Commission, il amorce ce qui nous paraît être une évaluation franche des arguments favorables ou défavorables à la politique fédérale d'extinction.

Les audiences de la Commission ainsi que les recherches qu'elle a effectuées sur cette question ont permis de dégager au moins une idée fondamentale. Le désaccord entre les autochtones et le gouvernement fédéral sur le bien-fondé de la politique fédérale d'extinction est la manifestation d'une mésentente bien plus profonde touchant la nature du rapport entre les êtres humains, d'une part, et leur environnement naturel et social, d'autre part. Les audiences tenues par la Commission et les études qu'elle a commandées vont toutes dans le même sens :

[1] Commission royale sur les peuples autochtones, *Mandat*, P.C. 1991-1597, Ann. 1, par. 1 et 3.

il est difficile d'exprimer les régimes fonciers et les modes de gouvernement des autochtones avec le vocabulaire juridique canadien traditionnel.

S'il existe entre les autochtones eux-mêmes des différences à cet égard, on peut dire que d'une manière générale, leur conception de la terre est profondément spirituelle. La terre est la source de la vie. Citons à cet égard ces propos de M. Venus Walker, de la Confédération des Haudenosaunees : «Pour nous, la terre est la mère sacrée; elle tient toutes choses dans la paume de sa main, et elle nous donne ce qu'il faut pour que nos familles demeurent en bonne santé, chaque jour et chaque nuit[2].» [traduction] Les croyances spirituelles au sujet de la terre ne sont pas l'apanage des autochtones du Canada. Joy Harjo, membre du peuple creek (qui vit aux États-Unis) décrit dans les termes suivants ces croyances très particulières :

> Tous les paysages ont une histoire, comme les personnes existent au sein d'une culture, et même les tribus. À chaque région correspond une voix distincte, une langue. Il y a des voix dans les pierres, dans les eaux peu profondes, dans les ciels changeants; ces choses ne sont pas silencieuses. Il y a aussi un mouvement – pas toujours le mouvement violent des tremblements de terre associés au mouvement de la terre, ni notre giration constante dans le firmament, mais un autre mouvement, subtil, qu'on ne voit pas, analogue à la respiration. Un mouvement, un son qui, si on laisse s'immobiliser suffisamment longtemps notre mécanisme interne, s'installe dans les lieux qui, à l'intérieur de soi reflètent un paysage semblable; vous aussi, vous pouvez le voir, le sentir, l'entendre, le connaître[3]. [traduction]

Dans cette perspective, les peuples autochtones ont tendance à concevoir leur rapport à la terre comme une responsabilité collective totale les obligeant à la protéger, à la nourrir, à la chérir, parce qu'elle est source de vie. Pour les autochtones, les droits liés au territoire ancestral sont des expressions particulières de cette responsabilité générale et fondamentale envers la terre[4].

---

[2] Venus Walker, Royaner, clan du Loup, Onéida, exposé devant le Comité spécial de la Chambre des Communes du Canada sur l'autonomie politique des Indiens, 1er juin 1983, dans *Procès-verbaux et témoignages du Comité spécial*, fascicule no 21 (texte original en onéida).

[3] Joy Harjo, *Secrets from the Center of the World* (1989).

[4] Voir, d'une manière générale, Michael Jackson, «A New Covenant Chain: An Alternative Model to Extinguishment for Land Claims Agreements», avant-projet d'une étude réalisée pour la Commission royale sur les peuples autochtones, 1994. Cette étude, comme d'autres qui sont citées ici, a été effectuée dans le cadre du programme de recherche de la Commission royale; à ce titre, elle sera incorporée à la base de données qu'on mettra à la disposition des chercheurs et autres intéressés après l'achèvement des travaux de la Commission, et ce, sur différents supports.

Le rapport spirituel avec la terre n'est pas limité aux nations autochtones, mais le droit canadien organise les relations des autochtones et des non-autochtones avec la terre en fonction de préceptes suivant lesquels les droit d'usage et de jouissance de la terre sont assimilés à des droits de propriété. En droit canadien, la Couronne possède un droit de propriété sous-jacent sur la totalité de son territoire[5]. Le droit canadien reconnaît aussi aux propriétaires et aux utilisateurs de terrains divers droits d'usage et de jouissance. La liberté accordée au propriétaire d'un fonds de terre quant à la façon dont il l'utilise et en jouit est assujettie aux exigences de la collectivité. La propriété, du moins au Canada, peut faire l'objet d'une réglementation et même d'une expropriation, par une action législative.

Le titre ancestral est l'un des ensembles de droits d'usage et de jouissance de la terre reconnus en droit canadien[6]. La communauté autochtone qui est titulaire d'un titre ancestral à l'égard d'un territoire possède des droits d'occupation, d'usage et de jouissance relativement à ce territoire. Dans le présent rapport, les droits ancestraux liés à un titre ancestral seront à l'occasion qualifiés d'accessoires au titre ancestral et à des droits fonciers ancestraux. Jusqu'en 1982, le titre ancestral pouvait, selon le droit canadien, être réglementé et, dans certains cas, éteint par un texte de loi[7]. Depuis 1982, les droits ancestraux font l'objet d'une reconnaissance constitutionnelle explicite. En effet, les droits existants – ancestraux ou issus de traité – des peuples autochtones ont été reconnus et confirmés au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*[8]. Il s'ensuit que toute loi fédérale, provinciale ou territoriale portant atteinte à l'exercice de ces droits est

---

[5] *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1103 («bien que la politique britannique envers la population autochtone fût fondée sur le respect de leur droit d'occuper leurs terres ancestrales, [...] dès le départ, on n'a jamais douté que la souveraineté et la compétence législative, et même le titre sous-jacent, à l'égard de ces terres revenaient à Sa Majesté»).

[6] Voir, d'une manière générale, Kent McNeil, *The Common Law of Aboriginal Title*, Oxford, Oxford University Press, 1989. Voir également J.C. Smith, «The Concept of Native Title» (1974), 24 *U.T.L.J.* 1.

[7] Voir, d'une manière générale, Bruce Ryder, «The Demise and Rise of the Classical Paradigm in Canadian Federalism: Promoting Autonomy for the Provinces and First Nations» (1991), 36 *R. de D. McGill* 308. Mais même avant 1982, le titre ancestral faisait l'objet d'une protection constitutionnelle provenant de plusieurs sources. Voir la *Proclamation royale de 1763* (R.-U.), réimprimée dans les L.R.C. 1985, App. II, N° 1 dont il est question au chapitre 2; les textes qui ont eu pour effet de transférer la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest de la Compagnie de la Baie d'Hudson à la Couronne (*Décret en conseil sur la terre de Rupert et le territoire du Nord-Ouest*, 1870 (R.-U.), réimprimé dans les L.R.C. 1985, App. II, N° 9, et le *Décret en conseil sur les territoires adjacents*, 1880 (R.-U.), réimprimé dans les L.R.C. 1985, App. II, N° 14); et la protection établie par le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 et 31 Vict. c. 3.

[8] Le texte original de la *Loi constitutionnelle de 1982* figure à l'Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, Statutes of the United Kingdom, 1982, chapitre 11. L'article 35 a été modifié par la *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution*, SI/84-102, qui a ajouté les paragraphes 35(3) et 35(4). Voici le libellé actuel de l'article 35 :

soumise à un contrôle constitutionnel approfondi[9]. La jurisprudence concernant l'article 35 est encore à l'état embryonnaire, et les tribunaux devront clarifier de nombreuses ambiguïtés ayant trait à la nature et à l'étendue des droits ancestraux des autochtones.

Une bonne partie de ces ambiguïtés tiennent à la difficulté d'intégrer aux concepts traditionnels du droit canadien relatifs à la propriété et à la compétence les régimes fonciers et les modes de gouvernement autochtones. Citons à ce propos un passage d'un arrêt de la Cour suprême du Canada :

> La conclusion inéluctable qui se dégage jusqu'à maintenant de l'analyse que la Cour a faite du titre indien est que les Indiens ont un véritable droit *sui generis* sur leurs terres. Il s'agit de quelque chose de plus qu'un droit de jouissance et d'occupation bien que [...] il soit difficile de décrire ce en quoi consiste ce quelque chose de plus au moyen de la terminologie traditionnelle du droit des biens[10].

En partie à cause de la difficulté de faire coïncider les rapports des autochtones avec la terre et les concepts juridiques traditionnels du droit canadien, les peuples autochtones ont vu dans la conclusion de traités avec la Couronne un moyen de parvenir à la coexistence avec la collectivité non autochtone. Les traités offrent aux parties une souplesse indispensable, et permettent d'établir des arrangements durables sur la base «de nation à nation».

L'entente sur des revendications territoriales globales est un type de traité qui attribue à des communautés autochtones, à la Couronne ainsi qu'à des tiers divers droits et responsabilités relatifs aux terres ancestrales d'une nation autochtone. Sont habituellement compris dans ces droits des droits partiels ou absolus de propriété et d'usage sur certaines terres, ainsi que des droits limités relatifs à la fonction gouvernementale et à la réglementation. En rapprochant les principes juridiques canadiens de la relation particulière des autochtones avec la terre et

---

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

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

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

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

[9] Voir, par exemple, *R. c. Sparrow*, note 5.

[10] *Canadien Pacifique Limitée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654, p. 678, par la Cour.

de leurs modes de gouvernement, l'entente globale peut permettre à une nation autochtone de mieux maîtriser son identité et son avenir.

Bien que le processus des revendications globales s'avère prometteur pour les communautés autochtones, du point de vue de leur aspiration à une plus grande autosuffisance, de nombreux autochtones nous ont parlé de la nécessité de réformer la politique fédérale et de définir une nouvelle ligne de conduite, qui ne serait pas axée sur le principe de l'extinction du titre ancestral. Le grand chef Matthew Coon Come, du Grand Conseil des Cris, par exemple, a déclaré : «le rejet par le Canada du principe de l'extinction serait une mesure radicale, qui marquerait un nouveau départ dans ses rapports fondamentaux» [traduction] avec les peuples autochtones[11]. Dans le même ordre d'idées, Alex Christmas, président de l'Union of Nova Scotia Indians, a déclaré récemment que «si les futurs accords doivent tenir compte des générations à venir et refléter notre relation constitutionnelle tout à fait spéciale avec la Couronne, ils devront être fondés sur la reconnaissance de nos droits ancestraux et issus de traités, et non sur leur extinction[12]». [traduction]

Selon le gouvernement fédéral, la politique fédérale actuelle au sujet des revendications globales vise à «conclure des ententes avec les premières nations pour régler les controverses et les ambiguïtés juridiques associées au principe [...] des droits [...] ancestraux[13]». Du point de vue du gouvernement fédéral, les ententes globales devraient indiquer *de façon claire* les droits et les obligations des parties, et établir *de façon certaine* le titre de la Couronne ainsi que les droits existants et futurs des tiers[14]. À cette fin, le gouvernement fédéral a tenté ces dernières années :

> de se faire confirmer par les groupes autochtones que les droits énoncés dans les règlements des revendications représentent la totalité de leurs droits spéciaux en ce qui concerne l'objet de l'entente. Il demande alors aux groupes autochtones d'abandonner les droits ancestraux qu'ils peuvent détenir à l'égard des terres

---

[11] Transcriptions des audiences publiques de la Commission royale sur les peuples autochtones, Montréal (Québec), 28 mai 1993, p. 1164. [ci-après, «Transcriptions»]

[12] Transcriptions, Eskasoni (Nouvelle-Écosse), 6 mai 1992, p. 162.

[13] Affaires indiennes et du Nord Canada, *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones* (mars 1993), p. 5. Cet énoncé de principes de 1993 développe, sans la modifier sensiblement, la politique fédérale relative à l'extinction qui est décrite dans Canada, Affaires indiennes et du Nord, *La Politique des revendications territoriales globales*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1986.

[14] Aux termes de la *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones* de 1993, p. 5, l'objectif du processus des revendications territoriales globales en général, et de la politique fédérale d'extinction en particulier, est d'arriver à «une définition claire, sûre et durable des droits aux terres et aux ressources».

> ou des ressources en échange des droits et des autres avantages qui sont énoncés dans l'entente de règlement[15].

Par souci de commodité (et bien que l'expression ne soit pas explicitement employée par le gouvernement fédéral), nous utiliserons dans le présent rapport l'expression «politique fédérale d'extinction» pour désigner la stratégie évoquée ci-dessus. Dans le vocabulaire juridique, l'extinction est «la destruction ou l'annulation d'un droit[16]». [traduction] Dans le contexte de l'application du droit canadien à l'égard des peuples autochtones, on utilise le terme pour décrire deux effets juridiques différents. Premièrement, comme nous l'avons vu, il était dans certains cas possible en droit canadien, avant 1982, d'éteindre des droits ancestraux par une intervention législative[17]. Deuxièmement, l'extinction désigne l'effet d'une clause, contenue dans un accord ou un traité, en vertu de laquelle une communauté autochtone accepte de céder ou d'abandonner certains droits ancestraux contre les droits et les avantages conférés par un traité. Les deux significations du terme seront certes abordées dans le présent rapport, mais celui-ci est principalement consacré à la seconde, savoir l'extinction découlant d'un traité ou d'un accord global.

Un traité ou un accord peut avoir pour objet, soit l'*extinction totale*, soit l'*extinction partielle* de droits ancestraux. Par «extinction totale», nous entendons le cas où une clause d'un traité vise l'annulation ou l'abolition totale de tous les droits fonciers ancestraux d'une communauté autochtone signataire de l'accord[18]. L'expression «extinction partielle» désignera pour sa part les dispositions qui visent à éliminer non pas la totalité, mais une partie des droits fonciers ancestraux sur tel ou tel territoire.

Par ailleurs, les droits des peuples autochtones dont l'existence résulte d'un accord conclu avec la Couronne sont désignés dans ce rapport par l'expression *droits issus de traités*, et les droits dont l'existence ne dépend d'aucun accord, par l'expression *droits ancestraux*. Conformément au document de travail de la Commission intitulé *Partenaires au sein de la Confédération : Les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution*, nous considérons aussi dans le présent rapport que les droits ancestraux comprennent les droits associés au

---

[15] *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones*, p. 9.

[16] *Black's Law Dictionary*, 6e éd., St. Paul, West Publishing, 1990. On trouvera une analyse exhaustive de l'extinction dans Paul Joffe et Mary Ellen Turpel, «Extinguishment of the Rights of Aboriginal Peoples: Problems and Alternatives», avant-projet d'une étude réalisée pour la Commission royale sur les peuples autochtones (1994).

[17] Voir, par exemple, *R. c. Sparrow*, note 5.

[18] Pour un exemple du contexte dans lequel les tribunaux peuvent utiliser cette expression, voir l'arrêt *Delgamuukw v. British Columbia* (1993), 104 D.L.R. (4th) 470 (C.A.C.-B.), p. 660, le juge d'appel Lambert.

titre ancestral[19]. Bien que le gouvernement fédéral n'ait pas encore déclaré officiellement que le paragraphe 35(1) reconnaît et confirme les droits à l'autonomie gouvernementale (associés aux droits ancestraux et issus de traités)[20], les droits ancestraux et issus de traités sont maintenant des droits constitutionnels, reconnus et confirmés en tant que tels par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Aussi la politique fédérale d'extinction oblige-t-elle les autochtones à «échanger» ou à accepter l'extinction d'un ensemble de droits constitutionnels – les droits fonciers ancestraux – contre un autre ensemble de droits constitutionnels – les droits issus de traités.

Le fait que le désaccord sur la politique fédérale d'extinction du titre ancestral soit le reflet d'un débat bien plus profond concernant le rapport à la terre et les modes de gouvernement des autochtones et des non-autochtones pourrait inciter à conclure que le problème est insoluble. Or selon nous, c'est peut-être justement dans cette direction qu'il faudrait chercher une éventuelle solution. Car cela nous indique peut-être qu'il est impérieux de conclure, en matière de revendications territoriales, des ententes qui permettraient la coexistence de conceptions divergentes quant aux rapports entre les humains et la terre. Correctement structuré, un processus suivant lequel les nations autochtones pourraient négocier avec les autorités fédérales, provinciales et territoriales des ententes globales sur leurs revendications foncières ne constituerait pas seulement une façon de parvenir à la clarté et à la certitude quant aux terres et aux ressources; ce serait un volet essentiel de la réalisation d'un objectif plus ambitieux et plus pressant : la coexistence des autochtones et des non-autochtones au Canada.

La Commission a décidé de publier dès maintenant ce rapport, étant donné l'urgence du problème que suscite le désaccord sur la pertinence de la politique fédérale d'extinction du titre ancestral. Il porte uniquement sur la politique fédérale actuelle en matière d'extinction, du point de vue de son application aux nations autochtones qui n'ont pas encore mené à bien des négociations globales complètes avec le Canada. Notre rapport final traitera d'autres aspects du processus des revendications globales, notamment sa structure et ses mécanismes de financement. Selon nous, il faut procéder dès à présent à une évaluation de la politique fédérale d'extinction parce que, d'une part, le processus des revendications territoriales globales revêt une importance cruciale sous le rapport de l'autonomie gouvernementale et de l'autosuffisance des autochtones, et celui de leur coexistence avec la société non autochtone, et d'autre part, parce que le

---

[19] Commission royale sur les peuples autochtones, *Partenaires au sein de la Confédération : Les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1993, p. 9 («Les droits ancestraux comprennent les droits territoriaux, les droits de pêcher et de chasser, des droits linguistiques, culturels et religieux particuliers et les droits détenus aux termes des régimes coutumiers de droit autochtone.»)

[20] Voir *La Politique des revendications territoriales globales*, note 13.

désaccord sur la pertinence de la politique d'extinction semble paralyser les négociations. Nous proposons donc une approche différente, fondée sur la reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux. Cette approche, tout en répondant en substance aux objectifs fédéraux légitimes de clarté et de certitude, contribue également à l'établissement d'une coexistence durable entre autochtones et non-autochtones au Canada.

Bien que ce rapport soit centré sur la politique fédérale d'extinction du titre ancestral, nous tenons à souligner d'emblée que les gouvernements provinciaux et territoriaux devraient travailler de concert avec le gouvernement fédéral et les nations autochtones à la conclusion d'accords où seront reconnus et confirmés les droits ancestraux des autochtones. Car si le Parlement fédéral a des responsabilités particulières à l'égard des «Indiens et [d]es terres réservées pour les Indiens[21]», la réalisation d'une coexistence durable entre les systèmes autochtones et non autochtones de gouvernement et de propriété foncière concerne aussi les gouvernements provinciaux et territoriaux[22]. En fait cette tâche est au coeur même des rapports futurs entre les autochtones et la Couronne au Canada et, à ce titre, tous les gouvernements – fédéral, provinciaux, territoriaux et autochtones – ont des responsabilités fondamentales quant à la définition de notre avenir commun.

Le chapitre premier traite plus longuement des rapports des autochtones avec la terre. Le chapitre deux situe les préoccupations relatives à la politique fédérale d'extinction du titre ancestral dans le contexte plus large de la colonisation de l'Amérique du Nord par les nations européennes et de l'évolution de la politique d'extinction depuis les premiers contacts. Ce rappel historique aide à comprendre le rôle de l'actuelle politique fédérale d'extinction dans les tentatives visant la conclusion d'ententes durables entre la Couronne et les peuples autochtones. Au chapitre trois, nous décrivons la nature et l'objet de l'actuelle politique fédérale d'extinction. Nous y exposons l'élaboration de cette politique à la lumière de l'évolution politique et constitutionnelle des années 70 et 80. Nous y précisons aussi les objectifs fédéraux visés par la politique d'extinction du titre ancestral.

Le chapitre quatre est consacré à l'évaluation du bien-fondé de la politique fédérale d'extinction à la lumière de son histoire, de sa nature et de son objet. Nous y étudions l'effet de cette politique sur les rapports des autochtones avec la terre, ainsi que la mesure dans laquelle elle est conforme aux principes constitutionnels, y compris ceux qui sont établis dans la *Proclamation royale de 1763* et dans la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans le chapitre cinq, nous proposons une

[21] *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 et 31 Vict. c. 3, par. 91(24).

[22] Voir la *Loi constitutionnelle de 1867*, par. 92(5) (compétence provinciale en matière de gestion et de vente des terres publiques), par. 92(13) (compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils), art. 92A (compétence provinciale en matière de ressources naturelles) et art. 109 (terres, mines, minéraux appartenant aux provinces et redevances).

solution de rechange pour atteindre les objectifs valables auxquels répond la politique d'extinction actuelle – une solution qui, au lieu de conduire à l'extinction des droits ancestraux, permet de les reconnaître et de les confirmer. La Commission espère que les idées et les recommandations proposées à ce sujet contribueront à inaugurer de nouveaux rapports entre les autochtones et les non-autochtones au Canada.

1

La terre, du point de vue des autochtones

Depuis des temps immémoriaux, des peuples autochtones ont habité le continent nord-américain – leurs modes de gouvernement complexes reflétant et régissant des rapports uniques avec la terre. Dans les systèmes autochtones, le pouvoir de gérer la terre ne peut être dissocié des devoirs qu'on a envers elle. Or si le droit des biens canadien, dans sa forme actuelle, reconnaît l'existence du titre ancestral, il est incapable de saisir toute la richesse des modes de gouvernement et des régimes fonciers des autochtones, pas plus qu'il ne permet la formulation d'arrangements suffisamment adaptés aux besoins particuliers de certaines communautés autochtones. De l'avis de la Commission, il est essentiel de disposer d'un processus de revendications territoriales globales correctement structuré si l'on veut établir une coexistence durable entre les régimes fonciers et les modes de gouvernement autochtones et non autochtones. Or, comme nous le verrons au chapitre quatre, la politique fédérale d'extinction fait grandement obstacle à la réalisation de cet objectif. Le présent chapitre explore d'une manière relativement détaillée la nature tout à fait particulière des régimes fonciers autochtones, ainsi que la façon dont le droit canadien a tenté d'intégrer et d'exprimer le titre ancestral.

Comme nous l'avons précisé dans l'introduction de ce rapport, de nombreuses nations autochtones ont avec la terre des rapports dans le cadre desquels des concepts apparentés à la propriété se confondent avec un concept de responsabilité envers la terre inconnu du droit canadien des biens et de la propriété. Citons à ce sujet le professeur Leroy Little Bear :

> Le territoire tribal est important parce que la Terre est notre Mère (il ne s'agit pas d'une métaphore, mais bien d'une réalité). On ne saurait dissocier la Terre de l'existence des Indiens. La Terre est le lieu où se déroule le processus continu ou répétitif de la création. C'est sur la Terre et de la Terre qu'il est possible d'observer et de connaître les cycles, les phases, les modèles – en d'autres termes, le flux et le mouvement constant de la vie. Autrement dit, la création est un processus continu, et pour qu'elle se perpétue, elle doit être renouvelée – d'où les cérémonies de renouveau, l'incessante narration des récits liés à la création, les chants entonnés encore et encore, qui constituent le rôle des humains dans la perpétuation de la création. D'où, également, les danses du soleil annuelles, les cérémonies collectives, l'ouverture des ballots sacrés qui ont lieu à certaines périodes de l'année. Voilà autant d'aspects mutuellement reliés d'événements qui se déroulent sur la Terre Mère et en son sein.
>
> Parmi les coutumes ayant trait à nos relations extérieures figurent la paix et l'amitié avec les autres tribus et nations, le commerce avec les étrangers, les visites et l'adoption d'étrangers, la guerre et la défense du territoire. L'utilisation des ressources comporte des coutumes comme la chasse et la récolte en commun du gibier et des plantes, le partage égal des prises et de la récolte[23]. [traduction]

Des relations semblables à celles décrites par le professeur Little Bear déterminent des régimes fonciers autochtones tout à fait particuliers. Voici un exemple. La cellule sociale de base de la Confédération des Pieds-Noirs, dont le territoire traditionnel correspondait dans une large mesure à celui de l'Alberta et du Montana d'aujourd'hui, est la famille étendue. La tribu est composée de plusieurs familles étendues. La Confédération regroupe les Piégans, les Kainahs et les Siksikas, et elle a adopté les Assiniboines et les Sarsis. Chaque tribu occupait dans les faits des parties différentes du territoire de la Confédération. Toutes dépendaient du bison, qui à une époque errait librement sur les plaines du continent, pour subvenir à leurs besoins matériels et spirituels (il leur fournissait notamment habillement et nourriture). Tenu pour sacré par les Pieds-Noirs, le bison était considéré comme le premier animal que leur avait donné le Créateur et ils lui témoignaient leur respect au moyen de cérémonies spirituelles comme la danse du soleil.

---

[23] Leroy Little Bear, «Relationship of Aboriginal People to the Land and the Aboriginal Perspective on Aboriginal Title», avant-projet d'une étude réalisée pour la Commission royale sur les peuples autochtones (1994), pp. 48-49.

Pour notre propos, le trait le plus intéressant de l'organisation sociale des Pieds-Noirs est le respect voué à la terre. Citons encore Leroy Little Bear :

> La terre était considérée comme une mère, c'est elle qui donnait la vie. Il y avait sur le territoire de nombreux lieux sacrés où se célébraient des cérémonies religieuses collectives et individuelles : montagnes, rivières, collines, rochers, lacs... La terre, en plus de constituer le support de la vie végétale et animale, fournissait des sites où pouvaient avoir lieu les quêtes de la vision, les inhumations, ainsi que des endroits où l'on plantait des plantes spéciales revêtues d'une grande importance dans la vie religieuse des Pieds-Noirs, dont le tabac. Elle fournissait aussi des substances telle l'ocre, utilisée pour les peintures et les cérémonies religieuses, et des objets comme les pierres sacrées utilisées pour signaler des lieux sacrés : cromlechs, lieux de sépulture.
>
> Les Pieds-Noirs, lorsqu'ils se déplaçaient sur leur territoire, ne le faisaient pas au hasard comme nous l'ont souvent dit les missionnaires et les anthropologues. En réalité, leurs mouvements saisonniers coïncidaient dans une large mesure aux déplacements du bison et d'autres animaux, ainsi qu'au mûrissement des plantes alimentaires et médicinales. Les bandes se déplaçaient d'une façon relativement constante : l'été, elles allaient dans les plaines pour suivre le bison, par exemple, pour revenir l'hiver, dans des lieux abrités plus près des montagnes. Tout compte fait, les Pieds-Noirs utilisaient la totalité de leur territoire. Ce mode de vie s'est perpétué jusqu'à ce jour, bien qu'il soit quelque peu limité, dans certains cas, à la réserve. Mais on pratique toujours la chasse, on utilise encore les plantes pour l'alimentation, la médecine et la religion, en plus de l'utilisation agricole instaurée par «l'homme blanc».
>
> On ne saurait passer sous silence le rôle de la religion. Les familles étendues, la bande, la tribu et la confédération sont chapeautées par un grand nombre de sociétés religieuses dont la composition transcende ces échelons de l'organisation sociale. Chacune de ces sociétés a ses propres coutumes et lois, ses totems, sa façon d'utiliser les plantes, ses lieux sacrés. La plupart, voire la totalité de ces sociétés utilisent des ballots sacrés, qui sont régulièrement transmis aux nouveaux membres. Partant, l'utilisation de la terre, des animaux et des plantes faite par ces sociétés ainsi que les liens qui y sont établis font, lentement mais sûrement, leur chemin à travers l'ensemble de la Confédération[24]. [traduction]

[24] Little Bear, «Relationship of Aboriginal People to the Land», pp. 10-12.

Les responsabilités envers la terre et les relations harmonieuses avec celle-ci qui caractérisent la société pied-noir sont également à la base de l'organisation sociale des Gitksans et des Wet'suwet'ens de l'intérieur de la Colombie-Britannique. Delgam Uukw, chef héréditaire gitksan, décrit de la manière suivante la structure sociale et le rapport à la terre de son peuple :

> Ma Maison possède des territoires de la vallée supérieure de la Kispiox et la vallée supérieure de la Nass. Chaque Maison [...] gitksan possède ainsi des territoires. Ensemble, les chefs gitksans et wet'suwet'ens possèdent et gèrent les 22 000 milles carrés du territoire des Gitksans et des Wet'suwet'ens.
>
> Pour nous, la possession du territoire est un mariage entre le chef et la terre. Chaque chef a un ancêtre qui a rencontré et reconnu la vie de la terre. C'est de ces rencontres que vient le pouvoir. La terre, les plantes, les animaux et les gens ont tous un esprit – tous méritent le respect. Tel est le fondement de notre loi.
>
> Le chef doit veiller à ce que toutes les personnes appartenant à sa Maison respectent l'esprit qui réside dans la terre et dans toutes choses vivantes. Quand un chef dirige sa Maison de la manière qui convient et que les lois sont suivies, ce pouvoir originel peut être recréé. Telle est la source de l'autorité du chef.
>
> Mon pouvoir est transporté dans les histoires, les chants, les danses et les armoiries de ma Maison. Il est recréé lors de la Fête, au cours de laquelle on raconte les histoires, on entonne les chants, on exécute les danses, on montre les armoiries. Avec la richesse que procure l'utilisation respectueuse du territoire, la Maison nourrit le nom du chef dans la Chambre des fêtes. Ainsi, la loi, le chef, le territoire et la Fête ne font plus qu'un. Les autres chefs présents à la Fête sont témoins de l'unité de l'autorité du chef et de la possession par sa Maison du territoire, et les reconnaissent[25]. [traduction]

Richard Daly a décrit en termes de réciprocité et de responsabilité les liens qui unissent à la terre les Gitksans et les Wet'suwet'ens :

> La relation entre la terre et ses propriétaires consiste en une action réciproque, assez semblable à la relation existant entre deux clans fondateurs dans un village. [...]

[25] Gisday Wa et Delgam Uukw, «The Spirit in the Land», allocution d'ouverture des chefs héréditaires des Gitksans et Wet'suwet'ens devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, Gabriola (C.-B.), 11 mai 1987, pp. 7-8.

> Le représentant du groupe de la Maison, son leader ou son chef, exerce une responsabilité réciproque vis-à-vis de la terre, et en même temps un droit de propriété sur cette terre à l'égard des revendications d'autres groupes ou nations. D'une part, la terre est prise comme un bien appartenant à deux groupes qui risquent d'être en concurrence. À ce titre, elle peut être objet de propriété. [...] En même temps, la propriété implique dans ces sociétés le devoir de prendre soin de ce dont on est propriétaire. La gestion et la préservation de la terre exigent un mélange de propriété et d'intendance, de surveillance active et de respect attentif. Ce mélange de concurrence et de droits de propriété, dans une réciprocité respectueuse, on le trouve dans bon nombre de traits et d'institutions de la culture des Gitksans et des Wet'suwet'ens[26]. [traduction]

Malgré les nombreuses différences qui existent entre eux, les Pieds-Noirs et les Gitksans et Wet'suwet'ens ont une chose en commun sur le plan de l'organisation sociale : leurs rapports avec la terre se caractérisent par l'importance accordée à la préservation de la terre et à l'harmonie avec elle. Du reste, ces deux nations ne sont pas les seules dans ce cas. On relève en effet des liens spirituels profonds avec la terre dans les migrations saisonnières des Inuit, dans la spiritualité des Haidas par rapport aux éléments climatiques et dans le respect voué par les Métis aux lieux sacrés, pour ne citer que quelques exemples.

Les régimes fonciers qui reflètent et préconisent de tels rapports avec la terre sont difficiles à concilier avec le droit canadien des biens et de la propriété, axé sur l'existence de droits individuels à l'usage et à la jouissance exclusives de parcelles de terre considérées comme des biens. À ce sujet, voici quelques réflexions du professeur Michael Jackson :

> La tenure en fief simple est la forme de tenure foncière la plus complète possible dans le système de la common law : d'une durée indéterminée, elle confère la complète jouissance à titre de bénéficiaire ainsi que la liberté d'aliénation entre vifs ou par testament. Cette jouissance à titre de bénéficiaire n'est limitée que par les règles relatives à la nuisance et par d'autres règles d'application générale. Le titre de fief simple est défini principalement, tant au regard de la common law que selon la compréhension de la plupart des Canadiens, en fonction de *droits* découlant de cette forme de tenure foncière. Pour la majorité des premières nations, les liens qui les unissent à leurs territoires se définissent principalement en fonction des *responsabilités* qui

[26] Rapport de Richard Daly, «Their Box Was Full», vol. 1, pp. 245-249, cité dans Jackson, «A New Covenant Chain», note 4, p. 76.

> découlent de ces liens, et sont adéquatement exprimés par les concepts de gérance et de préservation de la terre. Or, de plus en plus, des gouvernements non autochtones et la communauté internationale présentent cette responsabilité de sauvegarde et de conservation pour les générations futures comme une valeur morale et juridique à adopter. Bien que cette valeur ait été épousée par le mouvement écologiste et soit reflétée dans certains textes de loi fédéraux et provinciaux – concernant surtout la protection de l'environnement –, il serait faux de dire qu'elle a eu jusqu'ici une incidence sur le concept de la propriété en fief simple. Autrement dit, on ne peut pas dire que les propriétaires en fief simple au Canada aient l'obligation juridique de préserver pour les générations futures leurs terrains et les ressources qu'ils recèlent. Dans la mesure où cette éthique de la conservation et ce souci des générations futures ont toujours été inscrits dans les rapports des premières nations avec leurs territoires, et où ces dernières tiennent à les maintenir à l'égard de certaines parties de ces territoires, il n'est pas exact de définir le titre ancestral comme équivalant au fief simple.
>
> Le titre ancestral, tel qu'il est compris par les premières nations, diffère du fief simple; non seulement ces différences sont perceptibles dans la manière dont les premières nations parlent de la relation qui les unit à leurs territoires, mais elles peuvent être définies dans les ententes relatives aux revendications territoriales[27]. [traduction]

Il est vrai que le droit canadien des biens et de la propriété reconnaît les intérêts territoriaux des autochtones sous la rubrique du titre ancestral. Mais comme nous l'avons expliqué dans l'introduction du présent rapport, il s'avère malaisé d'employer les concepts traditionnels de la propriété pour décrire le sens que les autochtones attribuent au titre ancestral. Pour eux, celui-ci consiste dans un mélange tout à fait particulier de principes liés à la propriété, à la responsabilité et à la gestion[28]. En outre, le règlement des litiges prend du temps, coûte cher et se fait au cas par cas. Les nations autochtones, tout comme la Couronne, conviennent depuis longtemps qu'il faut conclure des ententes négociées afin de protéger le mode de vie autochtone mieux que ne le permet actuellement le droit

---

[27] Jackson, «A New Covenant Chain», pp. 94-95. Voir aussi James Young Blood Henderson, «Land in British Legal Thought», avant-projet d'une étude réalisée pour la Commission royale sur les peuples autochtones (1994), p. xii («la vérité la plus profonde au sujet des régimes fonciers autochtones *sui generis*, c'est qu'ils ne correspondent pas aux droits fonciers britanniques»). [traduction]

[28] Voir le texte qui accompagne les notes 2 à 4.

canadien. Dans le chapitre suivant, nous nous intéressons aux tentatives faites par les peuples autochtones et la Couronne, au fil de l'histoire, pour négocier des ententes favorisant la coexistence pacifique de deux régimes fonciers et modes de gouvernement par ailleurs incompatibles.

2

Historique de la politique fédérale d'extinction du titre ancestral

Indépendamment de la reconnaissance du titre ancestral en droit canadien, les peuples autochtones ont tenté, par des traités, de conserver leur pouvoir traditionnel sur leurs territoires ancestraux et de gouverner leurs communautés librement, sans ingérence extérieure. C'est d'ailleurs un objectif qu'ils poursuivent toujours. Dès leurs premiers contacts avec les autochtones, les États-nations européens ont affirmé leur souveraineté territoriale en invoquant d'indéfendables arguments de supériorité religieuse, culturelle et politique, menaçant ainsi la stabilité des régimes fonciers et des modes de gouvernement autochtones[29] Les nations autochtones ont tenté de régulariser, au moyen de traités, leurs relations avec les gouvernements coloniaux et la

---

[29] Citons à cet égard le juge en chef John Marshall de la Cour suprême des États-Unis, dans la décision *Johnson v. M'Intosh* (1823), 21 U.S. 543, p. 573 :

> On considérait les habitants [de l'Amérique du Nord] comme un peuple sur lequel le génie supérieur de l'Europe pouvait affirmer son empire, en invoquant à titre de justification leur caractère et leur religion. Les potentats de l'Ancien Monde n'eurent aucun mal à se convaincre que la civilisation et le christianisme apportés à ceux du Nouveau Monde compensaient largement la perte par ces derniers de l'indépendance illimitée dont ils jouissaient. [traduction]

Voir aussi William Edward Hall, *A Treatise on International Law* (A.P. Higgins, 8e éd. 1924), p. 47 (le droit international ne régit que les États qui sont les «héritiers de cette civilisation»); Charles Hyde, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States* (1922), p. 164 («les autochtones ne possédaient aucun droit, sur le territoire, que l'explorateur européen ou son monarque aurait été tenu de respecter» [traduction]); John Westlake, *Chapters on the Principles of International Law* (1894), pp. 136-138, 141-143, distinction entre la «civilisation et l'absence de

Couronne dans le but de préserver leurs terres ancestrales, leurs modes de gouvernement et leurs modes de vie distinctifs. Les gouvernements coloniaux successifs et la Couronne estimaient qu'ils avaient eux aussi intérêt à conclure des traités avec les peuples autochtones. De nos jours, plusieurs centaines de traités régissent les rapports entre des nations autochtones et la Couronne. Depuis l'annonce de la politique fédérale de revendications en 1973, dix ententes globales ont été conclues et le processus de règlement est plus ou moins avancé dans le cas de plusieurs autres revendications[30].

Le présent chapitre traite d'un volet de l'histoire des traités, soit l'évolution de la politique de la Couronne relativement à l'extinction des droits ancestraux comme partie intégrante de sa politique des revendications territoriales globales. Comme nous le verrons, les traités conclus entre la Couronne et les nations autochtones contiennent toute une gamme de techniques visant la médiation et la résolution d'intérêts concurrents concernant des terres. D'une manière générale, les premiers traités n'entraînaient pas l'extinction de la totalité des droits ancestraux en échange de l'octroi de droits et de responsabilités. Mais au XIX[e] siècle et au début du XX[e], la Couronne a, de façon croissante, exigé la présence dans les traités de clauses censées avoir pour effet une telle extinction totale.

La Commission a commandé un certain nombre d'études sur l'interprétation donnée par les autochtones à certains traités et au processus de conclusion de

civilisation»). On trouvera une critique quant à la légitimité des affirmations de souveraineté territoriale par les États européens en Amérique du Nord dans Dick Spaulding, «Doctrines and Theories of Dispossession», avant-projet d'une étude réalisée pour la Commission royale sur les peuples autochtones (1995); Patrick Macklem, «Distributing Sovereignty: Indian Nations and Equality of Peoples» (1993), 45 *Stan. L. Rev.* 1311; Georges Erasmus et Joe Sanders, «Canadian History: An Aboriginal Perspective», dans Englestad et Bird (dir.), *Nation to Nation: Aboriginal Sovereignty and the Future of Canada* (1992), pp. 3-11; Brian Slattery, «Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims» (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 681; Robert A. Williams, Jr, «Encounters on the Frontiers of International Human Rights Law: Redefining the Terms of Indigenous Peoples' Survival in the World» (1990), *Duke L.J.* 660; James Anaya, «The Rights of Indigenous Peoples and International Law in Historical and Contemporary Perspective» (1989), Harvard Indian Law Symposium 191; Michael Asch, *Home and Native Land: Aboriginal Rights and the Canadian Constitution* (1984).

[30] Les revendications qui ont été réglées depuis 1973 sont les suivantes : la *Convention de la Baie James et du Nord québécois* (1975); la *Convention du Nord-Est québécois* (1978); la *Convention définitive des Inuvialuit* (1984); l'*Entente finale de la revendication globale des Gwich'in* (1992); l'*Accord sur les revendications territoriales du Nunavut* (1993); l'*Entente avec les Dénés et les Métis du Sahtu* (1993); et quatre *Ententes finales de la Première Nation du Yukon* (1993) fondées sur l'*Entente cadre finale avec le Conseil des Indiens du Yukon* (1993) ainsi que les accords sur l'autonomie gouvernementale correspondants concernant la première nation Vuntut des Gwich'in, la première nation Nacho Nyak Dun, le Conseil Tlingit de Teslin et les premières nations Champagne et Aishihik. Les négociations sont à des stades divers dans le cas des revendications relatives à des terres situées en Colombie-Britannique, au Québec, au Labrador et dans le Nord.

traités en général[31]. Dans son rapport final, elle analysera et évaluera d'une manière plus détaillée le point de vue des autochtones à ce sujet. Signalons pour le moment que les traités doivent être interprétés en accord avec leur importance et leur statut tout à fait spéciaux : ils «doivent recevoir une interprétation libérale et [...] toute ambiguïté doit profiter aux Indiens[32]». Souvent, le libellé du traité «ne nous permet pas de déterminer la nature juridique du document[33]».

On ne doit pas présumer que la conclusion par une nation autochtone d'un traité renfermant une clause d'extinction des droits ancestraux signifie qu'elle partage le point de vue de la Couronne quant à l'effet juridique de la clause en question. Citons par exemple ces propos tenus par Regena Crowchild, présidente de l'Indian Association of Alberta :

> Quand des non-autochtones sont venus sur notre territoire au cours du siècle dernier, la Couronne [...] a dépêché des représentants auprès de nos peuples. La Couronne voulait conclure un traité avec nos peuples. Pendant quelques années, un certain nombre de traités ont été conclus. Dans tous ces traités, les peuples autochtones ont accepté de partager leurs terres avec des peuples non autochtones. Nous n'avons jamais vendu nos terres. Nous n'avons jamais cédé nos terres. Nous n'avons jamais renoncé à nos droits sur nos terres. Nous avons accepté de partager nos terres jusqu'à la profondeur atteinte par le soc de la charrue. Nous n'avons jamais cédé ni vendu nos étendues d'eau. Nous n'avons jamais cédé ni vendu nos arbres. Nous n'avons jamais cédé ni vendu nos montagnes. Ce sont pour nous des choses sacrées[34]. [traduction]

---

[31] Voir Jackson, «A New Covenant Chain», note 4; Leroy Little Bear, James Young Blood Henderson et Tony Long, «Relationship of Aboriginal Peoples to the Land and the Aboriginal Perspective on Aboriginal Title», avant-projet d'une étude réalisée pour la Commission royale sur les peuples autochtones (1994); Delia Opekokew, «The Interpretation of the Treaties Entered Into by the First Nations and the Crown and the Nature and Status of the Oral Promises in Relation to the Written Terms of the Treaties», avant-projet d'une étude réalisée pour la Commission royale sur les peuples autochtones, 1993.

[32] *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, p. 36, le juge Dickson. Voir aussi *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, p. 98, le juge en chef Dickson. («La compréhension qu'ont les autochtones des termes et des concepts juridiques correspondants contenus dans les traités avec les Indiens doit être préférée aux interprétations plus strictes et formalistes»); *R. v. Cooper* (1969), 1 D.L.R. (3d) 113 (C.S.C.-B.), p. 115 («Le document qui consacre cet arrangement dolosif a forcément été établi par la Compagnie de la Baie d'Hudson ou pour son compte – les chefs signataires ne sachant pas écrire – et, partant, toute ambiguïté doit être interprétée d'une manière favorable aux chefs exploités.») [traduction]

[33] *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, p. 1049.

[34] Transcriptions, Edmonton (Alberta), 11 juin 1992, p. 38.

Étant donné les interprétations divergentes des clauses d'extinction et la jurisprudence à laquelle il vient d'être fait allusion, il n'est pas toujours possible de dire avec certitude que la formulation d'une clause d'extinction en déterminera les effets juridiques.

Par conséquent, les généralisations au sujet de la politique suivie par la Couronne pour la négociation de traités qui sont nombreux et qui ont été conclus dans des circonstances différentes sont d'une utilité limitée lorsqu'on essaie d'arriver à une compréhension éclairée des clauses de tel ou tel traité. En plus, les objectifs poursuivis par les représentants de la Couronne ont varié sensiblement selon les périodes, en fonction notamment des préoccupations immédiates du gouvernement de l'époque ainsi que du mandat précis confié aux négociateurs. Ces réserves s'appliquent obligatoirement à tout historique de la politique fédérale en matière de traités.

Cela dit, un survol général de la politique de la Couronne ne peut que nous aider à comprendre l'évolution du processus en cours à l'égard des revendications territoriales globales. D'autant plus que le fondement de la politique qui nous occupe – la politique fédérale d'extinction du titre ancestral – repose sur un précédent historique. Par exemple, *La Politique des revendications territoriales globales* formulée en 1986 par le gouvernement fédéral, dont nous traiterons plus longuement au chapitre trois, caractérise la politique moderne des revendications territoriales globales comme l'aboutissement d'une tradition fondée sur la conclusion de traités :

> Le fondement de toute politique des revendications territoriales globales est donc évident en soi : mener à terme le processus des traités par la conclusion d'ententes de règlement des revendications territoriales avec les groupes autochtones qui continuent d'utiliser et d'occuper des terres traditionnelles et dont les titres ancestraux n'ont pas été réglés par traité ni annulés légalement[35].

Dans ce contexte, il est instructif de déterminer les divers moyens par lesquels la Couronne et les peuples autochtones ont essayé de parvenir à la coexistence par la conclusion de traités tout au long de leurs relations, ainsi que la mesure dans laquelle l'extinction des droits ancestraux a été une condition d'entente.

Le présent chapitre aborde le même sujet que celui qui a fait l'objet d'un précédent document de travail de la Commission intitulé *Partenaires au sein de la Confédération : Les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution*. Nous y avons décrit les relations entre les peuples autochtones et les colons européens à l'époque des premiers traités. Nous y avons aussi analysé le document dans lequel le gouvernement britannique a formulé sa politique fondamentale à l'égard des nations indiennes, la *Proclamation royale de 1763*,

[35] Note 13, p. 6.

politique dans laquelle on a pu voir la «Déclaration des droits indiens», et qui encore aujourd'hui régit la conclusion des traités entre la Couronne et les peuples autochtones. Nous y avons enfin retracé la genèse de la théorie des droits ancestraux, et proposé une réflexion sur le tournant constitutionnel que représente la reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux existants et issus de traités dans la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Premières négociations de traités

Dans *Partenaires au sein de la Confédération*, nous avons étudié quelques traits fondamentaux des politiques française et britannique relatives à la conclusion de traités avec les peuples autochtones de l'Amérique du Nord. Pour ce qui est des relations de la Couronne française avec les nations autochtones, nous y avons évoqué la commission royale délivrée en 1603 au sieur de Monts[36], pour montrer comment les alliances avec les autochtones servaient les ambitions de la France, désireuse de coloniser la Nouvelle-France en vue du commerce, tout en répondant au souci des autochtones de préserver leurs territoires et leur autonomie gouvernementale. Nous avons examiné le texte d'un traité de paix entre la Couronne française et quatre nations autochtones, conclu en décembre 1665[37] et ratifié l'année suivante. Les quatre nations – les Tsonnontouans (Sénécas), les Oneidouts (Onéidas), les Onontagués (Onondagas) et les Goyogouins (Cayugas) – appartenaient à la Confédération iroquoise[38]. Du point de vue de la France, le traité devait servir à établir la possession du territoire devant les puissances européennes rivales[39]. Les négociations se sont déroulées en langue iroquoise et en français et ont été ouvertes selon le protocole iroquois : les négociateurs devaient s'essuyer les yeux et se dégager la gorge et les oreilles, afin que tous

---

[36] Le sieur de Monts a reçu les instructions suivantes :

> *traitter & contracter à même effet paix, alliance & confederation, bonne amitié, correspondance & communication avec lesdits peuples & leurs Princes, ou autres ayans pouvoir & commandement sur eux [...]*

Le texte figure dans Marc Lescarbot, *L'Histoire de la Nouvelle-France*, 3e éd., Paris, Adrian Périer, 1618, reproduit dans W.L. Grant, *The History of New France by Marc Lescarbot*, Toronto, The Champlain Society, 1907-1914, vol. II, p. 491.

[37] *Traité de paix entre les Iroquois et le Gouverneur de Tracy* (traduction anglaise), New York Papers 111 A28. Le texte du traité figure aussi dans Clive Parry (dir.), *The Consolidated Treaty Series*, Dobbs Ferry, Oceana, 1969-1986, vol. IX, p. 363; et E.B. O'Callaghan (dir.), *Documents Relative to the Colonial History of the State of New York*, Albany, Weed, Parsons, 1856-1861, vol. III, p. 121.

[38] La cinquième nation de la Confédération, les Agniers (Mohawks), n'était pas partie au traité.

[39] À preuve, le fait que le ministre des Colonies qui a approuvé le traité au nom du Roi a félicité les autorités coloniales pour les efforts qu'elles avaient faits en vue d'«acquérir une possession contre les prétentions présentes ou de l'avenir des nations de l'Europe». (Archives Nationales, Paris, Archives des Colonies, C[11] A-2-294).

s'expriment avec sincérité. Chacun devait pleurer les pertes humaines subies par l'autre, afin de bien montrer qu'il ne s'en réjouissait plus.

Les clauses du traité ont été conclues par l'échange de cadeaux. L'écrit confirmait l'existence d'un état de paix entre les parties, demandait l'échange de prisonniers et annonçait la fin des hostilités, notamment entre les Iroquois, les Hurons et les Algonquins. Aucune terre n'était cédée, mais les Iroquois acceptaient de recevoir sur leur territoire deux missionnaires, un armurier, un chirurgien et quelques familles, tandis que les Français s'engageaient à recevoir quelques familles iroquoises[40]. Le traité de paix reconnaissait indirectement la continuité du titre des autochtones à l'égard de leurs territoires. Certains droits territoriaux de la Couronne française relatifs aux établissements de Montréal, de Trois-Rivières et de Québec étaient également reconnus d'une manière implicite. Le traité confirmait donc l'existence, entre les peuples autochtones et la Couronne française, d'une relation fondée sur l'alliance et la réciprocité, sans viser l'extinction du titre et des droits ancestraux sur le territoire en cause.

Le traité de paix de 1665 entre les Français et les Iroquois donne un exemple des premières tentatives visant à établir des rapports de coexistence pacifique entre les nations autochtones et les nouveaux arrivants. Si, pour les Français, il devait servir de preuve de possession à l'encontre des puissances européennes rivales, le document n'entraînait ni l'assujettissement des peuples autochtones à la France, ni une cession de territoire. Il consacrait plutôt une alliance entre les autochtones et les Français, fondée sur le respect mutuel. Il serait exagéré de prétendre, cependant, que le traité de 1665 est représentatif de l'ensemble des traités négociés en Amérique du Nord au cours des XVII[e] et XVIII[e] siècles. Les relations entre Européens et autochtones, au cours de cette période, étaient fluctuantes et ambiguës. Les clauses des traités varient. Certains mettaient fin à des conflits[41], tandis que d'autres avaient pour objet l'acquisition de terres[42].

---

[40] Archives Nationales, Paris, Archives des Colonies, C[11] A-2-235, C[11] A-2-189v.

[41] Voir, par exemple, le traité de 1693 conclu entre la Couronne britannique et les tribus des rivières Penobscote, Kennebeck, Amarascogin et Saco, reproduit dans Cumming et Mickenberg (dir.), *Native Rights in Canada*, 2[e] éd., Toronto, General, 1974, pp. 295-296.

[42] Le traité général signé lors du congrès d'Albany en juin 1754 entre la Confédération iroquoise et la Couronne britannique, par exemple, comportait les clauses suivantes :

> [...] Les Six Nations susmentionnées et chacune d'entre elles ont donné, octroyé, négocié, vendu, cédé et confirmé, et par les présentes elles et chacune d'elles donnent, octroient, négocient, vendent, cèdent et confirment à Thomas Penn et Richard Penn, propriétaires de la province de Pennsylvanie [...] toutes les terres situées dans ladite province de Pennsylvanie, délimitées comme suit [...] [traduction]

Voir Michael Jackson, «A New Covenant Chain», note 4, p. 19, citation tirée du rapport des commissaires de Pennsylvanie au Congrès d'Albany, 5 août 1754, *Early American Indian Documents*, Col. II, pp. 339-340. On trouvera dans Jackson, pp. 11-14, une analyse du fondement oral de ce traité et des différences d'interprétation des parties quant à la cession du titre ancestral.

Malgré tout, on trouve un élément commun dans ces premiers efforts pour en arriver à une coexistence pacifique par des ententes. La Cour supérieure du Québec caractérisera ultérieurement dans les termes suivants les rapports entre les Français et les autochtones durant cette période :

> Les entreprises et les opérations commerciales de [...] ces compagnies et des colons français s'étendaient généralement sur de vastes régions du nord et de l'ouest du continent. On concluait des traités avec les tribus et les nations indiennes, et on faisait avec elles un commerce fructueux et étendu des pelleteries. Ni le gouvernement français ni aucun de ses colons ou associations de négoce n'a jamais tenté, dans le cadre de rapports maintenus sur plus de 200 ans, de miner ou de modifier les lois et les usages des tribus autochtones, sauf là où ils avaient constitué des colonies et des établissements permanents et, même alors, cela ne se faisait que par persuasion[43]... [traduction]

Les quelques traités conclus durant cette période entre les Français et les autochtones, s'ils varient quant à leur nature et à leur portée, correspondent en général à cette attitude de non-ingérence. Des alliances étaient conclues et dûment consignées, mais la formulation des droits de toutes les parties n'avait généralement aucune incidence sur le titre ancestral.

Dans *Partenaires au sein de la Confédération*, nous avons signalé qu'en matière de traités, la politique britannique différait de celle suivie par les Français. En effet, les premiers traités conclus entre les Britanniques et les autochtones envisageaient et prévoyaient souvent des cessions de terres – du moins du point de vue de la Couronne britannique[44]. Pour les autorités britanniques, les traités constituaient surtout une façon, moins radicale et plus ordonnée que la guerre, d'obtenir les terres nécessaires à la colonisation.

Pour notre propos, ce qu'il importe de noter au sujet des premiers traités conclus entre les Britanniques et les autochtones est que la Couronne britannique n'y insistait pas sur l'extinction totale du titre et des droits ancestraux lorsqu'elle essayait d'obtenir des terres pour la colonisation. Cette façon d'aborder le titre autochtone – extinction totale contre l'octroi aux autochtones de droits établis dans un traité – n'a fait son apparition dans le libellé des traités qu'à la fin du XIX[e] siècle. Elle devait ressurgir, avec certaines exceptions dont il sera question ci-après, dans la politique contemporaine des revendications globales.

---

[43] *Connolly v. Woolrich* (1867), 17 R.J.Q. 75 (C.S.Q.).

[44] D'une manière générale, les parties autochtones ne voyaient pas ces transactions du même œil que leurs homologues européens. Voir, par exemple, l'analyse des différences d'interprétation entre les parties au sujet des clauses d'extinction dans Jackson, «A New Covenant Chain», note 4. Voir également le texte accompagnant les notes 32 à 34.

Certains des premiers traités entre Britanniques et autochtones confirmaient les possessions territoriales mutuelles des parties et en prévoyaient le respect, de la même manière que dans le traité franco-iroquois évoqué ci-dessus[45]. D'autres cédaient un titre limité aux Britanniques, en réservant à la partie autochtone certains droits accessoires au titre ancestral[46]. D'autres encore se bornaient à la cession de certaines terres, la partie autochtone conservant intact le reste de son territoire[47]. Il n'est pas impossible qu'un traité conclu durant cette période ait prévu l'extinction de la totalité du titre ancestral d'une partie autochtone, mais il aurait alors été à l'encontre de la politique habituelle de la Couronne britannique.

Quand, dans les années 1750, la guerre éclate en Amérique du Nord entre les Britanniques et les Français, les Britanniques tentent de briser les alliances entre leurs adversaires et les nations autochtones. Pour empêcher les Français d'approvisionner leurs alliés autochtones, ils établissent un blocus naval. En 1758, les Britanniques signent à Easton (Pennsylvanie) un traité avec les nations indiennes vivant dans l'Ohio et à proximité. Contre une promesse de neutralité dans la guerre contre les Français, les autorités britanniques s'engagent à ne pas

---

[45] Voir, par exemple, le traité signé à Boston le 15 décembre 1725, entre les représentants du roi George et ceux des tribus de Penobscot, Maridgwalk, St. John, Cape Sables et d'autres tribus habitant la Nouvelle-Angleterre et la Nouvelle-Écosse; on y trouve les clauses suivantes :

> Que les sujets britanniques de Sa Majesté pourront jouir paisiblement et à perpétuité de tous et chacun de leurs droits conférés par Dieu et de leurs anciennes propriétés et possessions dans les parties est de ladite province de la baie du Massachusetts, y compris toutes les anses, rives, grèves et pêcheries qui s'y trouvent, sans faire l'objet de quelque entrave ni réclamation de notre part ni de la part d'autres Indiens.
>
> Cependant, les tribus de Penobscot, Naridgwalk et les autres tribus vivant dans la susdite province de Sa Majesté, ainsi que leurs descendants naturels, conserveront toutes leurs terres, libertés et propriétés qu'ils n'ont ni cédées ni vendues ou qui n'appartiennent pas à des sujets britanniques susmentionnés. Ils auront aussi le privilège de pêcher et de chasser comme auparavant. [traduction]

Texte anglais reproduit dans Cumming et Mickenberg (dir.), *Native Rights in Canada*, note 41, pp. 300-302.

[46] On trouve ainsi les clauses suivantes dans un traité conclu en 1648 en Nouvelle-Angleterre :

> Lesdits satchems pourront pêcher librement dans tous les criques et étangs, et chasser partout dans les bois sans être inquiétés (ils ne porteront aucunement atteinte aux biens et possessions des habitants anglais). De même, ils pourront disposer des nageoires et des queues de toutes les baleines légitimement capturées par eux [...] Ils conservent aussi la liberté de prendre en tous lieux appropriés des coquillages pour fabriquer des wampums, et si les Indiens chassent des chevreuils, ils les chasseront dans l'eau, et si les Anglais en tuent, les Anglais garderont la chair et les satchems garderont la peau. [traduction]

Convention avec les Indiens concernant la ville de East Hampton, 29 avril 1648; texte original reproduit dans *Early American Indian Documents*, vol. VII, p. 113, ex. 1244-20, cité dans Jackson, «A New Covenant Chain», note 4, pp. 11-12.

[47] Voir, par exemple, le traité général conclu en 1754 entre la Confédération iroquoise et la Couronne britannique, note 42.

permettre la colonisation à l'ouest des Appalaches, tenant ainsi implicitement l'intérieur du continent pour un territoire indien[48]

Après la chute de Québec en 1759 et peu avant celle de Montréal, en 1760, les autorités britanniques signent également un traité d'alliance avec les nations autochtones vivant à proximité des colonies françaises. Par ce traité, signé à Swegatchie (New York), les Britanniques garantissent, aux Hurons de Québec, aux Abénaquis d'Odanak, aux Algonquins de Trois-Rivières et de Kanesatake, aux Nipissings du même village et aux Iroquois de Kahnawake, Akwesasne et Kanesatake, le maintien de leurs possessions, la liberté de commerce ainsi que le libre exercice de leur religion et de leurs coutumes[49]. Dans les années subséquentes, les Britanniques signeront des traités analogues avec d'autres nations autochtones proches des Français.

Voici en quels termes la Cour suprême des États-Unis a caractérisé la politique suivie par la Couronne britannique en matière de traités :

> Il est certain que notre histoire, depuis la colonisation de notre pays, ne donne aucun exemple de cas où la Couronne aurait tenté de s'ingérer dans les affaires internes des Indiens, si ce n'est pour tenir à distance les agents de puissances étrangères qui, en tant que commerçants ou à d'autres titres, auraient pu les convaincre de conclure des alliances avec des pays étrangers. Le Roi achetait leurs terres lorsqu'ils consentaient à les céder, et cela, au prix qu'ils voulaient bien accepter; cependant, il ne les a jamais forcés à le faire. Il acheta également au moyen de subsides, leur adhésion à des alliances ainsi que leur dépendance, mais il ne s'est jamais ingéré dans leurs affaires internes ni immiscé dans leur gouvernement autonome, dans la mesure où seuls les Indiens eux-mêmes étaient concernés[50]. [traduction]

Ces politiques et façons de faire suivies par les autorités françaises et britanniques tiraient leur origine de rapports fondés sur la réciprocité et sur le respect de l'autonomie des peuples autochtones. En effet, tous les anciens alliés autochtones des Français adhéreront au réseau d'alliances britannique connu

---

[48] Voir Francis Jennings, *Empire of Fortune, Crowns, Colonies, and Tribes in the Seven Years War in America*, New York, W.W. Norton, 1988, pp. 274-280, 342-348 et 396-403.

[49] Jean-Pierre Sawaya, «Les Sept Nations du Canada : Traditions d'alliance dans le Nord-Est aux XVIII[e] et XIX[e] siècles», avant-projet d'une étude réalisée pour la Commission royale sur les peuples autochtones (1994), pp. 169-177. Voir *Franck Côté c. R.*, [1993] R.J.Q. 1350 (C.A.) (L'alliance de Swegatchie est un «traité» au sens du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*).

[50] *Worcester v. Georgia* (1832), 6 Peters 515, cité dans *Connolly v. Woolrich*, note 43, p. 86 (R.J.Q.). Cette citation ne fait pas pleinement état des pratiques coercitives auxquelles la Couronne s'est livrée pour s'assurer le contrôle des territoires autochtones sur le continent. Tous ne sont pas d'avis que les «acquisitions pacifiques» étaient la norme; voir Francis Jennings, *The Invasion of America: Indians, Colonialism and the Cant of Conquest* (1975).

sous le nom de «chaîne d'alliance» (*Covenant Chain*), dont les Iroquois étaient les principaux porte-parole. Tout comme les relations entre Français et autochtones, les relations entre Britanniques et autochtones, avant 1760 comme après, s'articulaient moins autour de notions de conquête et de découverte, qu'autour de principes d'alliance. Ce qui nous amène à nous demander, non pas pourquoi le titre ancestral était souvent conservé dans les premiers traités, mais bien pourquoi la Couronne a commencé ultérieurement à exiger l'extinction totale du titre ancestral.

La *Proclamation royale de 1763*

Le gouvernement fédéral a déclaré que sa politique moderne en matière de traités, instaurée en 1973, se fonde sur les principes établis par la *Proclamation royale de 1763*[51]. Dans sa «Déclaration au sujet des revendications des Indiens et des Inuit», par exemple, le gouvernement fédéral, évoquant la politique des revendications territoriales qui venait d'être annoncée et affirmant sa volonté d'honorer les traités existants, s'est engagé à «réaffirmer aux autochtones intéressés, ainsi qu'à la population du Canada en général, que sa politique à cet égard ne veut être qu'une attestation de sa responsabilité[52]». Il a également déclaré ce qui suit :

> Cette affirmation [engagement quant au respect des traités] et la présente déclaration de principe démontrent bien que le gouvernement reconnaît et accepte sa responsabilité permanente, aux termes de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, en ce qui a trait aux Indiens et aux territoires réservés à leur intention. Le gouvernement considère sa position à cet égard comme le résultat d'une évolution historique remontant à la Proclamation royale de 1763, laquelle demeure une déclaration fondamentale des intérêts fonciers des Indiens du pays, quelles que soient les différences intervenues quant à son interprétation légale.

La plus récente déclaration du gouvernement fédéral sur les revendications territoriales réitère l'importance centrale de la Proclamation royale :

> Dès les premiers jours de l'histoire de l'Amérique du Nord britannique, la *Proclamation royale de 1763* établit un processus

[51] Le texte imprimé le plus exact de la Proclamation se trouve dans Clarence S. Brigham (dir.), *British Royal Proclamations Relating to America*, Transactions and Collections of the American Antiquarian Society, Worcester, Mass., American Antiquarian Society, 1911), vol. 12, pp. 212-218. Une version moins exacte est reproduite dans les L.R.C. 1985, App. II, N° 1. Le texte original, inscrit au registre de la quatrième année du règne de George III, est conservé au Public Record Office du Royaume-Uni : c. 66/3693 (au dos du registre).

[52] Affaires indiennes et du Nord, «Déclaration par l'honorable Jean Chrétien, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, au sujet des revendications des Indiens et des Inuit», Ottawa, 8 août 1973, p. 2. [ci-après, «Déclaration au sujet des revendications des Indiens et des Inuit»]

> interdisant aux colons qui se trouvent à l'intérieur de la zone géographique qu'elle gouverne d'acquérir des terres occupées par les peuples autochtones et qui n'ont pas été cédées à la Couronne ni achetées par elle. Lors de la création de la Confédération en 1867, le Canada acceptait la responsabilité d'appliquer ce principe. [...]
>
> Au Canada, la tradition veut qu'on règle les incertitudes concernant la nature des droits ancestraux en signant des traités. Selon les principes établis dans la *Proclamation royale de 1763*, les droits ancestraux aux terres et aux ressources ont dans bien des cas été achetés par la Couronne avant que les populations non autochtones ne s'installent dans une région en nombres significatifs[53].

La reconnaissance par les autorités fédérales de l'importance de la Proclamation royale pour l'élaboration de la politique en matière de revendications territoriales est conforme à l'interprétation judiciaire, qui semble attribuer à ce document la portée d'une loi impériale[54], et qui y voit «un document fondamental sur lequel il faut se fonder en statuant sur les droits originaux[55]».

Dans *Partenaires au sein de la Confédération*, nous avons examiné les circonstances historiques à l'origine des dispositions de la Proclamation royale concernant les relations avec les Indiens : la cession de la Nouvelle-France à la Couronne britannique, la perspective d'une guerre avec les Indiens et, partant, la nécessité de gagner la confiance des anciens alliés indiens de la France et de calmer le

---

[53] *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones*, note 13, pp. 1, 2. Voir aussi *En toute justice : Une politique des revendications des autochtones – Revendications globales*, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord, 1981, p. 9 («Rien ne traduit mieux» la politique coloniale des Anglais au sujet des Indiens que la Proclamation royale source des futurs traités); *La Politique des revendications territoriales globales*, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord, 1986, note 13, p. 5 (la politique moderne est décrite comme renouant «avec la tradition de la conclusion de traités»).

[54] Pour des exemples de précédents au soutien de ce point de vue, voir *Calder c. P.G.C.-B.*, [1973] R.C.S. 313, pp. 394-395, le juge Hall (dissident sur d'autres motifs) et le jugement de lord Denning dans *R. c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Indian Association of Alberta*, [1982] 2 All Eng. L.R. 118, pp. 124-125. Voir aussi *R. c. Lady McMaster*, [1926] Ex. C.R. 68, pp. 72-73; *Easterbrook c. The King*, [1931] R.C.S. 210, pp. 214, 217-218, conf. [1929] Ex. C.R. 28, pp. 29-30; *R. c. White and Bob*, [1964] 50 D.L.R. (2d) 613 (C.A.C.-B.), le juge d'appel Norris, pp. 636, 644, 662, cité dans *R. c. Isaac* (1975), 13 N.S.R. (2d) 460, pp. 478, 485, 496 (C.S.N.-É., div. app.).

On trouvera des commentaires analogues dans Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727, pp. 774-775; Gérald A. Beaudoin, *La Constitution du Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1990, p. 5; Bruce Clark, *Native Liberty*, Crown Sovereignty, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 1990, p. 107.

[55] *Calder*, note 54, p. 395, le juge Hall, dissident sur d'autres motifs.

mécontentement des alliés indiens des Britanniques[56]. Il est dit, dans la Proclamation, qu'«il s'est commis des fraudes et des abus» dans les achats de terres des Indiens[57] et qu'il serait à la fois équitable et important sur le plan stratégique de prendre des mesures préventives dans l'avenir[58]. Selon des dépêches impériales et des lettres transmises avant la publication de la Proclamation, la ligne de conduite arrêtée consistait à garantir aux nations indiennes que la Grande-Bretagne serait «toujours disposée à leur faire justice[59]» [traduction] et entendait «leur octroyer sa protection royale contre tous empiétements sur les terres qu'elles ont réservées pour elles-mêmes comme territoires de chasse, comme moyens de subsistance et comme lieux d'habitation[60]». [traduction]

La Proclamation interdit l'acquisition de terres indiennes par des particuliers[61]. Elle fixe les grands principes régissant la cession volontaire de terres indiennes à la Couronne «si quelques-uns des sauvages, un jour ou l'autre, devenaient

[56] *Partenaires au sein de la Confédération*, note 19, pp. 15-16.

[57] «Attendu qu'il s'est commis des fraudes et des abus dans les achats de terres des sauvages au préjudice de Nos intérêts et au grand mécontentement de ces derniers» : *Proclamation royale de 1763*, note 51.

[58] Dans l'arrêt *Province of Ontario v. Dominion of Canada*, [1909] 42 S.C.R. 1, p. 103, le juge Idington de la Cour suprême du Canada a qualifié de «pleine de prudence, d'humanité et de justice» la ligne de conduite établie dans la Proclamation royale; le juge Hall cite ce passage en l'approuvant dans l'arrêt *Calder c. P.G.C.-B.*, note 54, p. 395.

[59] Circulaire envoyée par lord Egremont au surintendant des Indiens du Sud et aux gouverneurs de plusieurs colonies, dans William L. Saunders (dir.), *The Colonial Records of North Carolina*, 10 vol., Raleigh (C.N.), P.M. Hale, 1886-1890, pp. 974-976 (il ordonne qu'on fasse une promesse aux Indiens afin d'écarter l'idée fausse que les Anglais «nourrissent le projet bien arrêté d'anéantir complètement la race indienne afin de s'approprier et d'exploiter leurs terres»). [traduction]

[60] Egremont (Secrétaire d'État au Southern Department) à Amherst (Commandant en chef des forces britanniques en Amérique), 27 janvier 1763, «Fitch Papers», *Collections of the Connecticut Historical Society*, Hartford, Connecticut Historical Society, 1860-1967, vol. 18, p. 224.

[61] Voici un passage de la Proclamation royale, note 51 .

> et afin d'empêcher qu'il ne se commette de telles irrégularités à l'avenir et de convaincre les sauvages de Notre esprit de justice et de Notre résolution bien arrêtée de faire disparaître tout sujet de mécontentement, Nous déclarons de l'avis de Notre Conseil privé, qu'il est strictement défendu à qui que ce soit d'acheter aux sauvages des terres qui leur sont réservées dans les parties de Nos colonies, où Nous avons cru à propos de permettre des établissements; cependant si quelques-uns des sauvages, un jour ou l'autre, devenaient enclins à se départir desdites terres, elles ne pourront être achetées que pour Nous, en Notre nom, à une réunion publique ou à une assemblée des sauvages qui devra être convoquée à cette fin par le gouverneur ou le commandant en chef de la colonie, dans laquelle elles se trouvent situées; en outre, si ces terres sont situées dans les limites de territoires administrés par leurs propriétaires, elles ne seront alors achetées que pour l'usage et au nom des propriétaires, conformément aux directions et aux instructions que Nous croirons ou qu'ils croiront à propos de donner à ce sujet.

enclins à se départir desdites terres[62]». Voilà les dispositions de la Proclamation les plus fréquemment citées dans les énoncés de politique modernes en matière de traités[63]. Elles donnent à la Couronne, et à elle seule, le pouvoir de négocier des cessions de terres avec les peuples autochtones[64]. Dans le chapitre quatre, nous tenterons de déterminer si la politique fédérale d'extinction du titre ancestral est conforme à l'esprit, sinon à la lettre, de la Proclamation royale.

1763-1867

Cette période marque un tournant radical dans l'évolution du rapport de forces militaire et économique entre la Couronne britannique et les peuples autochtones de l'est et du centre du Canada[65]. Après la Révolution américaine et la Guerre de 1812, l'importance des peuples autochtones en tant qu'alliés militaires des Britanniques diminue[66]. En partie à cause de cela, sans doute, le pouvoir de conclure des traités passe des autorités militaires britanniques aux autorités civiles[67], et peu à peu les autorités locales jouent un rôle de plus en plus important dans l'application des traités[68]. Le développement agricole du Haut-Canada

---

[62] Voir note 61. Voir aussi *Mitchel v. U.S.*, 9 Pet. 717 (U.S. Flor., 1835), p. 747; *R. v. Koonungnak* (1963), 45 W.W.R. 282, p. 302 (C. Terr. T.N.-O.); *Doherty v. Giroux* (1915), 24 B.R. Québec 433, p. 435; *R. v. Baby* (1855), 12 U.C.Q.B. 346, p. 360.

[63] Voir, par exemple, *En toute justice*, note 53, p. 9, où l'on renvoie à une disposition parallèle (applicable à une certaine catégorie de terres indiennes) qui interdit à tous les sujets «d'acheter ou posséder aucune terre ci-dessus réservée, ou d'y former aucun établissement, sans avoir au préalable obtenu Notre permission spéciale et une licence à ce sujet». Voir aussi *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones*, note 13, p. 2.

[64] Voir *R. v. Lady McMaster*, [1926] Ex. C.R. 68, et *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, le juge Dickson, p. 383. Une exception limitée à cette règle réside dans le fait que la Proclamation permet que les terres situées dans les limites de «territoires administrés par leurs propriétaires», comme les terres se trouvant dans ce qui était alors la Pennsylvanie, «ne seront alors achetées que pour l'usage et au nom des propriétaires, conformément aux directions et aux instructions que Nous croirons ou qu'ils croiront à propos de donner à ce sujet».

[65] Voir, d'une manière générale, J.R. Miller, *Skyscrapers Hide the Heavens: A History of White-Indian Relations in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, pp. 59-98; Cumming et Mickenberg (dir.), *Native Rights in Canada*, note 41, pp. 93-119; Bruce H. Wildsmith, «Pre-Confederation Treaties», dans *Aboriginal Peoples and the Law: Indian, Metis and Inuit Rights in Canada*, sous la dir. de Bradford W. Morse, 1re éd. rév., Ottawa, Carleton University Press, 1989, pp. 122-271.

[66] J.R. Miller, *Skyscrapers Hide the Heavens*, note 65, pp. 83-98.

[67] L'Indian Department britannique a été détaché du pouvoir militaire et est devenu le ministère civil des Affaires indiennes en 1830, lorsqu'il a centré ses efforts sur l'acquisition et la vente de terres indiennes dans le Haut-Canada. Voir Darlene Johnston, «First Nations and Citizenship», dans *Belonging: The Meaning and Future of Canadian Citizenship*, sous la dir. de William Kaplan, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1993, p. 353.

[68] Auparavant, les assemblées législatives coloniales jouaient un rôle restreint dans l'administration des relations avec les Indiens. L'assemblée du Haut-Canada a été la première à adopter un texte de loi visant la protection des terres réservées pour les Indiens, en 1839. La Nouvelle-Écosse et le

dans la première partie du XIX[e] siècle, la perte par Montréal de son rôle de plaque tournante du commerce des pelleteries, l'arrivée des loyalistes – voilà autant de facteurs qui ont restreint dans ces régions du Canada l'influence des peuples autochtones en tant que partenaires commerciaux, et intensifié la demande de terres de la part des colons[69].

Malgré ces changements, la Couronne, en matière de traités, n'a pas appliqué une politique d'extinction totale du titre ancestral au cours de cette période. Certains traités concernant les Maritimes signés vers la fin du XVIII[e] siècle continuent simplement à confirmer les droits autochtones sur des territoires de chasse reconnus[70]. Dans le Haut-Canada, le texte de traités conclus après la Guerre de 1812 continue à céder des terres limitées et à en réserver expressément d'autres aux autochtones qui en étaient les occupants originels[71]. Le texte d'autres traités conclus par le Haut-Canada cède une fraction seulement des terres de la partie autochtone, le sort du reste devant être réglé selon les besoins qui se manifesteront[72].

Selon le texte des traités, une bonne partie de ce qui constitue maintenant le «Golden Horseshoe» du sud de l'Ontario aurait été acquis directement par le

---

Nouveau-Brunswick ont adopté leurs premières lois touchant les terres de réserve en 1842 et en 1844, respectivement. Quant au Bas-Canada, il a adopté un texte relatif aux terres et propriétés, et aux terres réservées pour certaines communautés autochtones, en 1850 et en 1851. Voir *Acte pour mieux protéger les terres et propriétés des sauvages dans le Bas-Canada*, 1850, c. 42; *Acte pour abroger en partie et pour amender un acte intitulé : Acte pour mieux protéger les terres et propriétés des sauvages dans le Bas-Canada*, 1851, c. 59; *Acte pour mettre à part certaines étendues de terre pour l'usage de certaines tribus de sauvages dans le Bas-Canada*, 1851, c. 106. En 1857, la Province du Canada a adopté l'*Acte pour encourager la Civilisation graduelle des Tribus sauvages*, ancêtre de la *Loi sur les Indiens* fédérale. Voir Darlene Johnston, «First Nations and Canadian Citizenship», note 67, pp. 353-354; Cumming et Mickenberg, *Native Rights in Canada*, note 41, pp. 103-104. En 1860, la Grande-Bretagne a délégué à la Province du Canada le pouvoir législatif en matière d'affaires indiennes. Voir Miller, *Skyscrapers Hide the Heavens*, note 65, p. 111.

[69] Dans le Haut-Canada, la population totale a décuplé entre 1812 et 1851, passant de 95 000 à 952 000 habitants : voir Miller, *Skyscrapers Hide the Heavens*, note 65, pp. 83-98; Cumming et Mickenberg, *Native Rights in Canada*, note 41, pp. 107-117.

[70] Voici, par exemple, une clause du traité de 1779 cité dans Wildsmith, «Pre-Confederation Treaties», note 65, p. 199 :

> Lesdits Indiens et ceux qu'ils représentent pourront demeurer en paix dans les districts susmentionnés, sans être inquiétés par les troupes de Sa Majesté ou aucun de ses loyaux sujets dans leurs activités de chasse et de pêche. [traduction]

[71] Le traité du 10 juillet 1827 avec les Chippewas, par exemple, prévoit la cession de terres à la Couronne, à l'exclusion de certaines terres dont les autochtones conserveront l'usage et la jouissance exclusifs. Voir Wildsmith, «Pre-Confederation Treaties», note 65, p. 203, note 3.

[72] Voir, par exemple, la cession de terres de la région de Niagara Falls en 1790, et le traité de 1784, conclu avec les Mississaugas, dans le but de réserver des terres de la Grand River à l'intention des alliés des Britanniques appartenant aux Six Nations; il en est question dans Cumming et Mickenberg, *Native Rights in Canada*, note 41, pp. 108 et 110, respectivement.

versement d'argent comptant ou de rentes pendant cette période, et des portions de la région de la baie Georgienne du lac Huron auraient été cédées pour encore moins[73]. Peut-être faut-il voir là les premières manifestations d'une politique d'extinction totale du titre, mais les parcelles de terre concernées étaient relativement petites en comparaison de ce qui s'est passé plus tard, et la pratique était loin d'être uniforme. Le texte des deux traités de cette période portant sur le territoire le plus grand – les traités Robinson-Huron et Robinson-Supérieur de 1850 – réservent aux parties autochtones des portions de leur territoire, ainsi que des droits de chasse et de pêche sur les terres par ailleurs cédées, sous réserve de certaines protections établies pour des tiers[74].

Durant cette période, des traités ont aussi été négociés dans l'Ouest canadien. Les clauses des traités Douglas de l'île de Vancouver qui concernent le titre ancestral sont assez semblables à celles des traités Robinson visant la région centrale du pays[75] Sur les terres réservées aux parties autochtones, le titre ancestral demeurait intact, comme les droits de chasse et de pêche des autochtones dans la plus grande partie du territoire cédé.

---

[73] Voir Cumming et Mickenberg, *Native Rights in Canada*, note 41, pp. 109-115; Wildsmith, «Pre-Confederation Treaties», note 65, pp. 201-204.

[74] Le traité Robinson-Huron contient la clause suivante :

> lesdits chefs et hommes marquants au nom de leurs tribus ou bandes respectives, volontairement, pleinement et librement abandonnent par les présentes, cèdent, donnent et transportent à Sa Majesté, ses héritiers et successeurs à perpétuité, tous leurs droits, titres et intérêts dans et sur tout le territoire ci-dessus décrit, *sauf et excepté les réserves [qui] seront gardées et possédées par lesdits chefs et leurs tribus en commun pour leur usage et bénéfice*. [C'est nous qui soulignons.]

Voir Alexander Morris, *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the Northwest Territories*, Saskatoon, Fifth House Publishers, 1991, p. 305. La dernière phrase du traité Robinson-Supérieur substitue les mots «pour les fins de résidence et culture» aux derniers mots de la citation ci-dessus. Cette disposition du traité Robinson-Huron est analysée par Kent McNeil, «The High Cost of Accepting Benefits from the Crown: A Comment upon the Temagami Land Case», [1992] 1 *C.N.L.R.* 40.

[75] Le texte du premier traité Douglas, du nom du gouverneur de la colonie, qui a en fait été signé en blanc et rédigé par la suite, prévoit que les parties autochtones [traduction] «cèdent totalement et à perpétuité» les terres décrites, et que :

> cette vente est faite selon la condition que les sites de notre village et les champs qui s'y trouvent seront gardés pour notre propre usage, puis pour l'usage de nos enfants et de ceux qui nous suivront; et la terre sera arpentée de la manière qui convient; il est entendu toutefois que la terre elle-même, à ces quelques exceptions près, devient la propriété absolue des peuples blancs, à perpétuité; il est également entendu que nous demeurons libres de chasser sur les terres inoccupées, et de continuer à pêcher comme avant. [traduction]

Traduction du texte anglais reproduit dans Paul Tennant, *Aboriginal Peoples and Politics: The Indian Land Question in British Columbia, 1849-1989*, Vancouver, University of British Columbia Press, 1990, pp. 18-19.

L'innovation la plus importante survenue durant cette période, du point de vue des relations de la Couronne avec les autochtones, est la politique d'assimilation – particulièrement lorsque associée à la création de réserves. Les grandes lignes de la politique sont énoncées dans des instructions émanant de la Couronne :

> Les moyens les plus efficaces pour améliorer la situation des Indiens, pour promouvoir leur progrès sur le plan de l'éducation et de la religion et pour, au bout d'un certain temps, soulager le gouvernement de Sa Majesté des dépenses du ministère des Affaires Indiennes sont les suivants : premièrement, rassembler les Indiens en nombres considérables et les amener à s'établir dans des villages, une portion suffisante du territoire étant affectée à des fins agricoles et de subsistance. Deuxièmement, prendre les mesures qui s'avéreront de temps à autre nécessaires selon les circonstances en vue de leur progrès sur le plan religieux, de leur éducation et de leur instruction dans le domaine de l'agriculture. Troisièmement, leur donner l'aide nécessaire pour la construction de leurs maisons, pour les vivres dont ils ont besoin et pour leur procurer les graines et les instruments agricoles nécessaires, en affectant à ces fins, lorsque c'est possible, une portion de leurs terres actuelles[76] [traduction]

La création des réserves indiennes, incorporée dans la politique de la Couronne au cours des années 1830, visait deux objectifs connexes : ouvrir aux colons non autochtones la plus grande partie des terres indiennes; établir un régime visant à inculquer aux peuples autochtones les valeurs et les usages européens[77]. Une fois instauré le système des réserves, il est devenu courant de constituer des réserves indiennes dans les traités mêmes qui définissaient les relations entre la Couronne et les autochtones[78]. L'affirmation d'une autorité pratiquement illimitée sur le

---

[76] Sir J. Kempt au lieutenant-gouverneur J. Colborne, 16 mai 1829, *British Parliamentary Papers* (Irish University Press Series), «Correspondence and other Papers Relating to the Aboriginal Tribes in British Possessions», 1834, n° 617, pp. 40-41, cité dans Miller, *Skyscrapers Hide the Heavens*, note 65, p. 99.

[77] Contrairement à la notion de protection qui est manifeste dans la *Proclamation royale de 1763*, l'intention de protection implicite dans l'objectif d'assimilation était fondée sur la conviction de la supériorité européenne et de l'infériorité des autochtones. En 1876, sir Hector Langevin défend, dans les termes suivants, les dispositions de la *Loi sur les Indiens* qui visent une protection coercitive :

> [L]es Sauvages ne se trouvent pas dans la même condition que les Blancs. En règle générale ils n'ont aucune éducation et ressemblent passablement à des enfants; c'est pourquoi ils ont besoin de protection beaucoup plus que les Blancs.

Miller, *Skyscrapers Hide the Heavens*, note 65, p. 191, citation tirée des *Débats* de la Chambre des communes du Canada, 1876, p. 752.

[78] Darlene Johnston, *The Taking of Indian Lands in Canada: Consent or Coercion?* Saskatoon, University of Saskatoon Native Law Centre, 1989, p. 49.

territoire des réserves par les gouvernements coloniaux durant cette période précédait logiquement la politique de la Couronne concernant le titre ancestral suivie lors des négociations sur les traités numérotés, laquelle visait l'élimination de toute «charge» ancestrale grevant le titre de la Couronne. Le principe de réciprocité à la base des premières ententes entre la Couronne et les autochtones allait être abandonné par la Couronne, qui entendait désormais acquérir le territoire ancestral et faire en sorte que les peuples autochtones se fondent dans la population canadienne. Elle allait oublier les promesses de protection contenues dans la *Proclamation royale de 1763*.

De 1867 jusqu'au Livre blanc

Peu après s'être vu octroyer, en 1867, la compétence relative aux «Indiens et [aux] terres réservées pour les Indiens[79]», le Parlement fédéral adopte la *Loi sur les Indiens* de 1876, qui vient consolider une politique d'«assimilation forcée[80]», pour reprendre l'expression pertinente utilisée par un auteur. Les principaux éléments de cette politique sont les suivants : établissement des Indiens sur des réserves de faible étendue[81] et sous contrôle fédéral[82], établissement de

[79] *Loi sur les Indiens, 1876*, S.C. 1876, c. 18. Cette loi a été précédée par l'*Acte pourvoyant à l'organisation du Département du Secrétaire d'État du Canada, ainsi qu'à l'administration des Terres des Sauvages et de l'Ordonnance* (S.C. 1868, c. 42) et par l'*Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, et à la meilleure administration des affaires des Sauvages* (S.C. 1869, c. 6), adopté en 1869. On trouvera une analyse de ces textes et des lois coloniales qui les ont précédés dans Darlene Johnston, «First Nations and Canadian Citizenship», note 67; John L. Tobias, «Protection, Assimilation, Civilization: an Outline History of Canada's Indian Policy», dans *Sweet Promises: A Reader on Indian-White Relations in Canada*, sous la dir. de J.R. Miller, Toronto, University of Toronto Press, 1991, p. 127; John S. Milloy, «The Early Indian Acts: Developmental Strategy and Constitutional Change», dans *Sweet Promises*, p. 145; Miller, *Skyscrapers Hide the Heavens*, note 65, en particulier les pp. 83-115.

[80] Miller, *Skyscrapers Hide the Heavens*, note 65, p. 273. Duncan Campbell Scott, un négociateur fédéral relativement au Traité 9, a expliqué l'objectif ultime de la politique lorsqu'il a pris sa retraite, en 1920, en qualité de surintendant adjoint aux Affaires indiennes :

> Au bout d'un certain temps, le gouvernement en aura terminé de sa responsabilité, lorsque les Indiens s'intégreront dans la civilisation et finiront par disparaître en tant que peuple séparé et distinct, non pas par l'extinction de la race, mais par une assimilation graduelle au milieu de leurs compatriotes. [traduction]

Cité dans S.D. Grant, «Indian Affairs under Duncan Campbell Scott: The Plains Cree of Saskatchewan 1913-1931» (1983), 18 *J. Can. Studies* 21. Voir aussi John L. Tobias, «Canada's Subjugation of the Plains Cree, 1879-1885» (1983), 64 *Can. Hist. Rev.* 519.

[81] Les réserves octroyées dans les traités numérotés étaient fondées, soit sur la formule de 160 acres par famille de cinq personnes (Traités 1, 2, 5 et 8), soit sur la formule de un mille carré par famille de cinq personnes (Traités 3, 4, 6, 7, 9, 10 et 11). Voir Cumming et Mickenberg, *Native Rights in Canada*, note 41, pp. 124-125.

[82] Parmi les mesures par lesquelles la Couronne exerçait un contrôle sur les terres de réserve, on peut citer l'attribution de «billets de location», qui séparaient des lots des terres de réserve communales et qui étaient donnés aux individus «émancipés» par le gouvernement fédéral

pensionnats[83], interdiction de certains rites culturels et spirituels des autochtones[84], contrôle fédéral sur l'adhésion à des corps politiques autochtones et sur l'émancipation[85]. La structure et les effets de cette politique d'assimilation seront étudiés dans un certain nombre de recherches ainsi que dans le rapport final de la Commission. Pour l'instant, nous nous contenterons d'en examiner l'importance du point de vue du pouvoir fédéral sur les terres indiennes, et de réfléchir sur la manière dont le gouvernement fédéral s'y est pris pour satisfaire à cet impératif dans les traités conclus avec les peuples autochtones.

Si l'acquisition de territoires constitue un objectif important pour le Dominion à la fin du XIX[e] siècle, c'est aussi pour des raisons n'ayant rien à voir avec la question des autochtones. On s'apprête à construire un chemin de fer transcontinental, et on ouvre l'Ouest à la colonisation par des non-autochtones. Des colons blancs ont déjà commencé à s'établir dans les territoires de l'ouest de l'Ontario, mais les nations autochtones ont protesté contre cette invasion de leurs territoires et menacé d'y faire obstacle si leurs droits n'étaient pas respectés. Au même moment, et dans la foulée des théories raciales et sociales de Darwin alors en vogue, les stratèges fédéraux appliquent dans tout le Canada des mesures

(mesure instituée en 1857); l'attribution de pouvoirs généraux de «contrôle et d'administration des terres et propriétés des Sauvages» à un Surintendant-Général (mesure instituée en 1868); possibilité d'un gouvernement de bande non conforme aux traditions autochtones, limitation de la compétence des bandes aux pouvoirs municipaux, émancipation forcée et séparation de terres dans des circonstances limitées, imposition d'un pouvoir ministériel de désaveu quant aux lois adoptées par le gouvernement de la bande et d'un pouvoir de destitution des chefs élus (introduction en 1868); attribution de certains pouvoirs directs de réglementation fédérale (introduction en 1876). Voir Milloy, «The Early Indian Acts», note 79, pp. 147-152; Johnston, «First Nations and Canadian Citizenship», note 67, pp. 357-363.

[83] C'est dans les années 1830 que l'État a commencé à financer d'une façon régulière des écoles situées dans les réserves; pour les pensionnats situés hors des réserves, qui visaient à séparer physiquement les enfants indiens des influences culturelles autochtones, ce financement a débuté au cours des années 1840. La politique du gouvernement fédéral concernant l'éducation des Indiens dans l'Ouest canadien et en Colombie-Britannique est passée des écoles de réserve aux pensionnats dans les années 1880, et le programme des pensionnats s'est élargi jusque dans les années 1920, et est demeuré en vigueur dans certaines parties du Canada jusque dans les années 1960. Voir Miller, *Skyscrapers Hide the Heavens*, note 65, pp. 105-108; 195-198.

[84] Par des modifications à la *Loi sur les Indiens* apportées en 1885, le législateur a interdit la participation aux potlatchs et aux danses tamanawas. (*An Act to further amend "The Indian Act, 1880"*, S.C. 1884, 47 Vict. c. 27, s. 3. Voir aussi Katherine A. Pettipas, *Severing the Ties that Bind: Government Repression of Indigenous Religious Ceremonies on the Prairies*, Winnipeg, University of Manitoba Press, 1994.

[85] Ce sont des gouvernements représentant la Couronne qui ont exercé pour la première fois en 1850 le pouvoir de définir qui est un Indien. La définition a été restreinte progressivement jusqu'en 1876, lorsqu'elle a revêtu la forme qu'elle allait conserver dans les lois sur les Indiens jusqu'en 1950. L'émancipation, savoir le fait de dépouiller des individus et des familles du statut et des droits indiens en échange de droits civils, politiques et économiques limités, a été instaurée par la Province du Canada en 1857. Voir Miller, *Skyscrapers Hide the Heavens*, note 65, pp. 109-110; Tobias, «Protection, Assimilation, Civilization», note 79.

d'ingénierie sociale qui postulent la supériorité de la culture non autochtone, convaincus de servir ainsi la cause du progrès[86]. La politique fédérale d'assimilation coïncide donc avec les objectifs économiques poursuivis par le Dominion, puisque l'assimilation a pour but ultime l'élimination des peuples autochtones du paysage juridique[87].

En 1870, le Parlement du Canada adopte la *Loi sur le Manitoba*[88], qui crée la province du Manitoba à même une partie de ce qui s'appelait alors la Terre de Rupert. L'article 31 de cette loi impose au gouvernement fédéral l'obligation de réserver pour les Métis 1,4 million d'acres de terres publiques[89]. L'objectif initial de cet article est conforme à la politique fédérale évoquée ci-dessus : on entend donner un territoire aux familles métisses afin de faciliter leur adaptation à l'économie agricole naissante dans l'Ouest canadien[90]. Mais cet objectif ne sera pas réalisé dans la pratique, car le mode de distribution de parcelles de terres aliénables aux seuls enfants des chefs de familles alimentera l'essor du marché immobilier et dépossédera massivement les Métis des terres qui leur appartenaient dans la province[91].

Ce sont les autochtones qui ont amorcé les négociations sur la plupart des traités numérotés conclus de 1870 à 1921[92], et ils ont systématiquement arraché des

---

[86] Pour en savoir davantage sur la popularité à cette époque des thèses sociales et raciales de Darwin, et sur leur incidence sur la politique des relations avec les autochtones, voir Miller, *Skyscrapers Hide the Heavens*, note 65, pp. 96-98; Dan Gottesman, «Native Hunting and the Migratory Birds Convention Act: Historical, Political, and Ideological Perspectives» (1983), 16 *J. Can. Studies* 67; Grant, «Indian Affairs under Duncan Campbell Scott», note 80.

[87] Le lecteur pourra trouver des analyses des éléments qui ont influé sur la politique fédérale des relations avec les autochtones dans la dernière partie du XIX[e] siècle, et en particulier la politique relative à la conclusion des traités, dans Cumming et Mickenberg, *Native Rights in Canada*, note 41, pp. 119-131; Olive Patricia Dickason, *Canada's First Nations: A History of Founding Peoples from Earliest Times*, Toronto, McClelland & Stewart, 1992, pp. 273-289; Miller, *Skyscrapers Hide the Heavens*, note 65, pp. 152-169; René Fumoleau, *Aussi longtemps que le fleuve coulera* (traduit de l'anglais par Anne Moreau), Éditions du Septentrion, 1994; Richard Price (dir.), *The Spirit of the Alberta Indian Treaties*, Edmonton, Pica Press, 1987; Tobias, «Canada's Subjugation of the Plains Cree», note 80, p. 212; John Leonard Taylor, «Canada's North-West Indian Policy in the 1870s: Traditional Premises and Necessary Innovations», dans *Sweet Promises*, note 79, p. 207.

[88] L.R.C. 1985, App. II, N° 8.

[89] L'*Acte des terres fédérales*, S.C. 1879, c. 31, et l'*Acte des terres fédérales*, S.C. 1883, c. 17, prévoyaient également l'octroi de terres aux Métis. Voir, d'une manière générale, Paul L.A.H. Chartrand, *Manitoba's Métis Settlement Scheme of 1870*, Saskatoon, Native Law Centre, 1991.

[90] Voir, d'une manière générale, Paul L.A.H. Chartrand, «Aboriginal Rights: The Dispossession of the Métis» (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 457.

[91] Les tribunaux ont commencé à examiner la constitutionnalité de ce système de distribution des terres. Voir *Dumont c. Canada (P.G.)*, [1990] 1 R.C.S. 279.

[92] Canada, *Indian Treaties and Surrenders from 1680 to 1890*, Saskatoon, Fifth House, 1992, répertoriés aux pp. lv-lvi comme les Traités 1-7; Fumoleau, *Aussi longtemps que le fleuve coulera*, note 87

concessions à la limite du mandat des négociateurs fédéraux[93]. Mais les stratèges fédéraux en étaient venus à considérer les traités comme une méthode relativement humaine et peu coûteuse d'éliminer un obstacle à la colonisation[94]. Les besoins et les aspirations des autochtones n'ont eu pratiquement aucune incidence sur la politique poursuivie par le gouvernement fédéral. Ce dernier voyait dans les traités «le moyen définitif d'ouvrir les terres indiennes à la colonisation et au développement[95]». [traduction] En accord avec cette conception, les textes des deux premier traités «numérotés» garantissaient des instruments agricoles aux signataires autochtones, mais ne leur réservaient ni ne leur conféraient de droits de chasse, de piégeage ou de pêche[96].

Le titre ancestral fait l'objet de clauses pratiquement identiques dans tous les traités numérotés. Dans chaque cas, la Couronne en recherche l'extinction totale. Il est en effet précisé que les parties autochtones :

(Traités 8 et 11, pp. 97-100 et 230-234 respectivement). Les adhésions aux traités numérotés ont continué jusqu'en 1930. Voir Dickason, *Canada's First Nations*, note 87, p. 273.

[93] Voir Miller, *Skyscrapers Hide the Heavens*, note 65, pp. 162-169; Taylor, «Canada's North-West Indian Policy», note 87.

[94] Miller donne l'exemple de la façon dont un ministre justifie les termes d'un traité conclu à l'époque :

> Mes commissaires ont fait, avec quelques-unes des tribus indiennes du Territoire du Nord-Ouest, un nouveau traité, par lequel se trouvent éteints leurs titres à une portion considérable du territoire situé à l'Ouest de celle comprise par le traité n° 4, et, bien que quelques-uns des dispositifs de ce traité soient quelque peu onéreux et d'un caractère exceptionnel, cependant, tout considéré, j'ai cru devoir le ratifier [...] La dépense qui résulte de ces traités est sans doute considérable, mais la politique canadienne est néanmoins la moins coûteuse, en fin de compte, si on la compare avec les résultats produits par celle d'autres pays, et c'est avant tout une politique à la fois philanthropique et chrétienne. Malgré la guerre déplorable qui avait lieu, l'année dernière, entre les tribus indiennes des territoires des États-Unis et le gouvernement de ce pays, il n'en est résulté aucun trouble avec les tribus canadiennes qui demeurent dans le voisinage immédiat de la scène des hostilités.

Canada, *Débats* de la Chambre des communes, 8 février 1877, 3, cité par Miller, *Skyscrapers Hide the Heavens*, note 65, p. 162.

[95] Dickason, *Canada's First Nations*, note 87, p. 275.

[96] Traités 1 et 2, dont le texte figure dans *Indian Treaties and Surrenders from 1680 to 1890*, note 92, pp. 282 et 291, respectivement. À une étape antérieure des politiques d'assimilation, une commission royale avait estimé que la disparition du gibier serait davantage profitable aux Indiens que sa conservation pour leur usage, parce que ceux-ci devraient alors cultiver leurs terres pour subvenir à leurs besoins : voir Cumming et Mickenberg, *Native Rights in Canada*, note 41, p. 115, citation tirée de Canada, *Report on the Affairs of the Indians of Canada, Journal of the Legislative Assembly, 1847*, VI, app. 1, Annexe T, p. 382. Entre 1828 et 1858, il y a eu six enquêtes gouvernementales officielles sur l'administration des Indiens et les conditions sociales dans lesquelles vivaient les peuples autochtones. Voir, d'une manière générale, John F. Leslie, *Commissions of Inquiry Into Indian Affairs in the Canadas, 1828-1858: Evolving a Corporate Memory for the Indian Department*, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord, 1985.

> cèdent, abandonnent, remettent et rendent au gouvernement de la Puissance du Canada pour Sa Majesté le Roi et ses successeurs à toujours, tous droits, titres et privilèges quelconques qu'ils peuvent avoir aux terres comprises dans les limites suivantes [...][97]

Les terres visées étaient d'une telle étendue que, dans la plupart des cas, les parties autochtones estimaient que le traité s'appliquait à la totalité de leurs territoires. Quant à l'objectif originel de la Couronne, il est relativement clair. Il s'agissait de supprimer tout ce qui pouvait éventuellement restreindre le droit de propriété et le contrôle de la Couronne sur les terres autochtones, ou son pouvoir de réglementation à l'égard des droits ancestraux, au-delà des limites expressément définies dans les traités. L'extinction totale du titre allait préparer la voie à l'assimilation des peuples autochtones et à la colonisation de leurs terres par des non-autochtones.

Après 1930, la conclusion de traités entre la Couronne et les autochtones est temporairement interrompue, et le gouvernement fédéral manifeste peu d'intérêt pour le titre ancestral. Puis, en 1969, le gouvernement lance un Livre blanc sur sa politique indienne[98], dans lequel il soutient que l'existence de différences durables dans la façon dont les autochtones sont traités par la loi constitue une discrimination fondée sur la race ou l'ethnie. Il propose le projet d'une «société juste» d'où serait éradiquée toute discrimination de ce type[99]. Le Livre blanc envisage la résiliation mutuelle des traités historiques par les parties signataires, et la quasi-abolition d'un statut juridique distinct pour les peuples autochtones. Faisant fi de la *Proclamation royale de 1763* et de la jurisprudence[100], on y qualifie les revendications territoriales des autochtones de griefs dépourvus de fondement juridique[101].

---

[97] *Indian Treaties and Surrenders from 1680 to 1890*, note 92, pp. 283 (Traité 1); 292 (Traité 2); 304 (Traité 3); 314 (Traité 4); 17, vol. II (Traité 5); 36, vol. II (Traité 6); 56, vol. II (Traité 7); Fumoleau, *Aussi longtemps que le fleuve coulera*, note 87, pp. 98 (Traité 8) et 231 (Traité 11). Les Traités 1 et 2 ne font pas mention du gouvernement de la puissance du Canada, et l'expression «toutes les terres» est utilisée au lieu de «tous droits».

[98] Ministère des Affaires indiennes et du Nord, *La politique indienne du gouvernement du Canada, 1969*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969. [ci-après dans le Livre blanc]

[99] Livre blanc, p. 8. Le Livre blanc aurait octroyé aux bandes indiennes le titre en fief simple à l'égard de leurs terres de réserve, de façon semblable aux droits de propriété que peut détenir une société commerciale. Pour le reste, la reconnaissance juridique des entités autochtones collectives devait être éliminée graduellement.

[100] À l'époque, la principale décision reconnaissant l'existence juridique du titre ancestral au Canada était l'arrêt rendu par le Comité judiciaire du Conseil privé dans l'affaire *St. Catherine's Milling & Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 A.C. 46.

[101] Dans le Livre blanc, à la p. 12, on déclare que les griefs concernant les droits aborigènes «sont tellement généraux qu'il n'est pas réaliste de les considérer comme des droits précis, susceptibles d'être réglés excepté par un ensemble de politiques et de mesures qui mettront fin aux injustices dont les Indiens ont souffert comme membres de la société canadienne». Pour «mettr[e] fin aux injustices dont les Indiens ont souffert comme membres de la société canadienne», il fallait

Les propositions contenues dans le Livre blanc ne feront pas long feu. Les groupes autochtones ne tardent pas à dénoncer le document «en affichant un nationalisme sans précédent dans l'histoire du Canada[102]». [traduction] Le retrait du document par les autorités fédérales annonce un nouveau tournant dans la politique fédérale. Dans les années 70, le gouvernement fédéral reprend les négociations avec les peuples autochtones au sujet des terres n'ayant pas encore fait l'objet de traités. Mais malgré cette volonté inédite de s'engager sur la voie de la réconciliation avec les peuples autochtones, le gouvernement persiste à exiger l'extinction totale du titre ancestral. Dans le chapitre suivant, nous analyserons en détail la nature et l'objet de l'actuelle politique fédérale relative à la négociation de traités – et notamment le fait qu'on force les communautés autochtones à consentir à l'extinction de leurs droits territoriaux ancestraux contre l'attribution de droits et de responsabilités issus de traités.

notamment, selon le Livre blanc, supprimer tout droit distinct octroyé aux peuples autochtones, sauf les avantages temporaires et le droit de propriété absolu sur les terres de réserve indiennes.

[102] Sally M. Weaver, *Making Canadian Indian Policy: The Hidden Agenda 1968-1970*, Toronto, University of Toronto Press, 1981, p. 5.

3

Nature et objet de l'actuelle politique fédérale d'extinction du titre ancestral

Comme nous l'avons expliqué dans l'introduction du présent rapport, la politique fédérale d'extinction actuellement en vigueur s'inscrit dans le contexte de la politique des revendications territoriales globales, suivant laquelle le gouvernement fédéral a institué un processus destiné à faciliter les négociations avec les gouvernements provinciaux et territoriaux et certaines communautés autochtones jouissant de droits ancestraux à l'égard de terres qui n'ont jamais fait l'objet d'un traité avec la Couronne. Depuis quelques années, les autorités fédérales exigent, comme nous le verrons, l'extinction totale ou partielle du titre ancestral contre l'octroi de droits garantis par une entente ou un traité. Habituellement, ces droits établis par traité revêtent divers aspects : pleine propriété de certaines terres faisant partie du territoire visé par l'entente, droits relatifs à l'exploitation de la faune, participation à la gestion de la terre, de l'eau, de la faune et de l'environnement, indemnités financières, partage des revenus tirés des ressources, droits et responsabilités en matière de développement économique, participation à la gestion des ressources patrimoniales et des parcs dans le territoire concerné par les revendications. D'une manière générale, ces droits sont constitutionnellement reconnus et confirmés en vertu des paragraphes 35(1) et (3) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

La politique fédérale d'extinction du titre ancestral, si elle a pour origine les traités dont nous avons fait à grands traits l'historique dans le chapitre précédent, découle plus directement de l'arrêt célèbre rendu sur division par la Cour suprême du Canada dans *Calder c. P.G.C.-B.*[103] Dans cette affaire, une communauté nisga'a

[103] Note 54.

de la côte de Colombie-Britannique avait demandé au tribunal de déclarer qu'elle possédait un titre ancestral non éteint relativement à certaines terres situées dans la province. Six juges de la Cour suprême du Canada ont conclu que le titre ancestral était un droit reconnu en droit canadien, mais la Cour était divisée sur la question de savoir si le titre des Nisga'as avait ou non été éteint par une série de proclamations coloniales avant l'entrée de la Colombie-Britannique dans la Confédération[104].

Peu après que la Cour eut confirmé l'existence du titre ancestral en droit canadien, le gouvernement du Canada a annoncé son intention de mettre un terme à la politique suivant laquelle il refusait de conclure des traités avec des groupes autochtones. Le gouvernement s'est déclaré disposé à accepter une responsabilité «remontant à la Proclamation royale de 1763», qui l'obligeait à négocier avec les représentants mandatés par des groupes autochtones «une indemnité ou un avantage convenus» en échange des intérêts auxquels les autochtones renonceraient[105]. Les ententes envisagées étaient décrites comme des «règlements» de «revendications» ou de «griefs déjà anciens», portant sur de l'argent, des terres ainsi que sur la perte d'un «mode de vie»[106]. L'indemnisation viserait à «compenser les pertes» subies par les autochtones à l'égard de leurs intérêts fonciers[107].

Plus précisément, le gouvernement fédéral a annoncé qu'il s'emploierait à conclure des ententes sur des revendications territoriales globales dans les parties du Canada où les communautés autochtones étaient en mesure de démontrer qu'il y avait eu usage et occupation continus des terres ancestrales et lorsque les groupes autochtones acceptaient d'«échanger» des droits et un titre ancestraux non définis contre des droits et des responsabilités définis par traité. Tout règlement devait «contribuer d'une façon positive et durable à résoudre des problèmes culturels, sociaux et économiques qui maintiennent depuis trop longtemps les Indiens et les Inuit dans un état d'infériorité au sein de la société canadienne[108]». On précisait que la politique serait appliquée «dans le contexte des autres politiques destinées à atténuer le sentiment d'amertume et d'injustice qui empêche les bonnes relations entre, d'une part, les Indiens et les Esquimaux et, d'autre part, les gouvernements intéressés et les autres Canadiens[109]».

Le premier traité conclu dans la foulée de la politique de 1973 – la Convention de la Baie James et du Nord québécois – reprend presque textuellement le libellé

---

[104] La Cour était divisée à trois juges contre trois sur ce point. La déclaration demandée a donc été refusée pour une question de pure procédure.

[105] «Déclaration au sujet des revendications des Indiens et des Inuit», note 52, pp. 2, 4.

[106] «Déclaration au sujet des revendications des Indiens et des Inuit», pp. 3-4.

[107] «Déclaration au sujet des revendications des Indiens et des Inuit», p. 6.

[108] «Déclaration au sujet des revendications des Indiens et des Inuit», p. 4.

[109] «Déclaration au sujet des revendications des Indiens et des Inuit», p. 7.

des clauses d'extinction totale des traités numérotés dont il a été question dans le chapitre précédent. Il est en effet précisé que les parties autochtones à la Convention de la Baie James «cèdent, renoncent, abandonnent et transportent par les présentes tous leurs revendications, droits, titres et intérêts autochtones, quels qu'ils soient, aux terres et dans les terres du Territoire et du Québec[110]».

Bien que le gouvernement fédéral ait annoncé son intention de négocier des ententes sur des revendications territoriales globales en 1973, ce n'est qu'en 1981 qu'il a publié un document intitulé *En toute justice*, dans lequel il décrit dans le détail l'approche privilégiée en matière de négociations sur des revendications globales[111]. La publication de ce document a attiré l'attention du public sur les points forts et les points faibles de la politique fédérale des revendications territoriales globales. On a reproché aux autorités fédérales l'insistance mise sur l'extinction totale du titre ancestral[112]. Et même si, en principe tout au moins, le fédéral avait pour politique de favoriser les négociations plutôt que les litiges, il a obstinément refusé d'inclure la question de l'autonomie gouvernementale, en dehors du contexte municipal, dans les négociations sur les revendications territoriales. La politique fédérale des revendications territoriales globales a rapidement été éclipsée par des changements constitutionnels plus fondamentaux, savoir la reconnaissance constitutionnelle des droits ancestraux et issus de traités à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et la tenue de plusieurs conférences constitutionnelles sur les questions autochtones[113]. Le gouvernement fédéral a alors mis sur pied le Groupe d'étude de la politique des revendications globales, présidé par Murray Coolican.

---

[110] *Convention de la Baie James et du Nord québécois*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1976, par. 2.1.

[111] *En toute justice*, note 53.

[112] Voir, par exemple, *National and Regional Interests in the North*, Ottawa, Comité canadien des ressources arctiques, 1984.

[113] La Conférence des premiers ministres sur les questions constitutionnelles intéressant les autochtones de 1983 a abouti à la *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution*, note 8, suivant laquelle les droits «issus de traités» mentionnés à l'art. 25 et au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* comprennent les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis. Cette proclamation prévoyait aussi la participation de représentants des autochtones à toutes discussions futures au sujet de modifications constitutionnelles ayant une incidence sur les autochtones. La Conférence des premiers ministres de 1984 a seulement donné lieu à une déclaration des autorités fédérales approuvant le principe de l'autonomie gouvernementale des autochtones. Deux autres conférences des premiers ministres ont eu lieu en 1985 et en 1987. Lors des quatre conférences, les parties n'ont pas réussi à obtenir le consentement nécessaire à la constitutionnalisation d'un droit à l'autonomie gouvernementale des autochtones. On pourra consulter au sujet de ces négociations : David C. Hawkes, *Aboriginal Peoples and Constitutional Reform: What Have We Learned?*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, 1989; Georges Erasmus, «Twenty Years of Disappointed Hopes», dans *Drumbeat: Anger and Renewal in Indian Country*, sous la dir. de B. Richardson, Toronto, Summerhill, 1989, pp. 1-42; Bryan Schwartz, *First Principles, Second Thoughts: Aboriginal Peoples, Constitutional Reform and Canadian Statecraft*, Montréal, Institut de recherche en politiques publiques, 1986.

Dans son rapport, intitulé *Traités en vigueur, ententes durables*, ce groupe d'étude propose une rupture radicale par rapport à la politique fédérale en vigueur[114]. Il recommande en effet que la politique des revendications globales vise la conclusion d'ententes qui :

- définissent les rapports entre les gouvernements et les peuples autochtones au Canada;
- fournissent une certitude juridique concernant les terres et les ressources, qui s'adapte aux intérêts des peuples autochtones et des autres Canadiens;
- permettent un développement économiquement viable des sociétés autochtones;
- préservent et améliorent le bien-être culturel et social des sociétés autochtones pour les générations à venir;
- permettent aux sociétés autochtones d'élaborer des institutions gouvernementales autonomes et de participer activement aux décisions qui touchent leurs intérêts[115].

Dans cette perspective, le rapport *Traités en vigueur, ententes durables* propose une nouvelle politique des revendications globales. Pour la question qui nous occupe ici, le volet le plus important de cette politique est la recommandation suivant laquelle «l'abolition complète de tous les droits et titres autochtones ne devrait plus être un objectif» du gouvernement fédéral[116].

En décembre 1986, le gouvernement fédéral réagit au rapport du groupe d'étude en annonçant une nouvelle politique des revendications globales. Dans un énoncé de principes ayant pour titre *La Politique des revendications territoriales globales*, il observe que «l'insatisfaction n'a cessé de grandir» à l'égard de «la pratique consistant à obtenir l'extinction de tous les droits et titres ancestraux sur les terres visées par des règlements, en échange des avantages fournis dans le cadre des ententes de règlement[117].» S'il n'est pas prêt à renoncer complètement à sa position relative à l'extinction totale, le gouvernement fédéral indique tout de même qu'«il est possible d'envisager des solutions de rechange à l'extinction» dans le cadre des négociations[118].

Le gouvernement fédéral précise en particulier que l'extinction totale *ou* l'extinction partielle sont toutes deux des solutions acceptables. Dans *La*

[114] Groupe d'étude de la politique des revendications globales, *Traités en vigueur, ententes durables*, Ottawa, Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1985.

[115] *Traités en vigueur, ententes durables*, pp. 30-31.

[116] *Traités en vigueur, ententes durables*, p. 31.

[117] *La Politique des revendications territoriales globales*, note 13.

[118] *La Politique des revendications territoriales globales*, p. 12.

Politique des revendications territoriales globales de 1986, ces possibilités sont décrites dans les termes suivants :

> 1. la cession et l'abandon des titres ancestraux dans toutes les terres visées par le règlement, en retour de l'octroi aux bénéficiaires de droits définis sur des terres précises ou des terres de réserve et d'autres droits définis applicables dans toutes les terres visées par le règlement;
> 2. la cession et l'abandon des titres ancestraux dans des régions autres que de réserve :
>
> - tout en permettant aux Autochtones de conserver tout titre ancestral existant sur des terres précises ou des terres de réserve;
> - et en accordant aux bénéficiaires des droits définis applicables dans toutes les terres visées par le règlement.

Tout en faisant état du mécontentement suscité par la politique visant l'extinction de tous les droits ancestraux en échange de droits établis par traité, le texte de 1986 réaffirme l'importance accordée par le fédéral aux objectifs de clarté et de certitude dans les négociations relatives à la conclusion d'ententes sur des revendications territoriales globales :

> Les ententes de règlement visent à fournir une certitude et une précision quant aux droits de propriété et d'utilisation des terres et des ressources dans les régions du Canada où les titres ancestraux n'ont pas été réglés par traité ni annulés légalement. Les ententes finales doivent donc servir à établir une certitude et des prévisions relativement à l'utilisation et à la disposition des terres touchées par les règlements. En ce qui concerne les droits de propriété et l'application des lois, le caractère de certitude sera établi lorsque l'entente entrera en vigueur. Les prévisions seront fondées sur l'entente qui précisera la façon de modifier les dispositions applicables, et dans quelles circonstances. Dans le cadre de ce processus, le groupe requérant se verra accorder des droits définis, des indemnités et d'autres avantages, en échange de l'abandon des droits liés aux titres revendiqués par les Autochtones sur l'ensemble ou sur une partie des terres visées[119].

Dans une récente reformulation de sa politique, le gouvernement fédéral a réaffirmé sa position, demandant aux communautés autochtones d'«échanger» au moins certains droits ancestraux contre des droits et responsabilités établis dans des traités, ce qu'il estime indispensable pour parvenir à des ententes globales qui se caractérisent par la clarté et la certitude juridique :

---

[119] *La Politique des revendications territoriales globales*, p. 9.

> Les règlements de revendications globales visent principalement à conclure des ententes avec les Premières Nations pour régler les controverses et les ambiguïtés juridiques associées au principe de common law des droits et des titres ancestraux. En l'absence d'un accord politique avec les Autochtones, l'incertitude qui entoure le statut juridique des terres et des ressources fait obstacle au développement économique de tous les Canadiens et a empêché la pleine participation des Autochtones à la gestion des terres et des ressources[120].

En raison de ces «ambiguïtés» et de cette «incertitude», le gouvernement fédéral demande aux groupes autochtones «d'abandonner les droits ancestraux qu'ils peuvent détenir à l'égard des terres ou des ressources en échange des droits et des autres avantages qui sont énoncés dans l'entente de règlement[121]». Selon le gouvernement, il s'agit de faire confirmer par les groupes autochtones «que les droits énoncés dans les règlements des revendications représentent la totalité de leurs droits spéciaux en ce qui concerne l'entente[122]».

Lorsqu'il évoque les «ambiguïtés» et l'«incertitude» associées aux droits ancestraux, le gouvernement pense sûrement, en partie tout au moins, à la reconnaissance constitutionnelle récente des droits ancestraux existants dans l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Sparrow* permet certes d'avoir une bonne idée de la nature et de l'étendue de ces droits, mais bien des questions demeurent sans réponse[123]. Étant donné le caractère évolutif de l'interprétation de la Constitution et le fait qu'elle s'élabore au hasard des litiges, les tribunaux n'ont pas encore dégagé toutes les implications de l'article 35.

C'est pourquoi la politique fédérale vise à échapper aux incertitudes associées à la détermination par les tribunaux de la nature et de l'étendue du titre ancestral, au moyen d'une énumération relativement concrète de droits et de responsabilités

---

[120] *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones*, note 13, p. 5. En ce qui concerne les revendications globales, la politique de 1993 annonce des réformes relatives au processus de négociation (p. 11) et explicite les arguments favorables à l'extinction (pp. 1-2; 5 et 9); outre cela, la déclaration de 1993 ne prétend pas modifier celle de 1986.

[121] *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones*, p. 9.

[122] *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones*, p. 9.

[123] *R. c. Sparrow*, note 5. Pour un commentaire sur l'arrêt *Sparrow*, on peut consulter : Kent McNeil, «Envisaging Constitutional Space for Aboriginal Governments» (1993), 19 *Queen's L.J.* 95; Brian Slattery, «First Nations and the Constitution: A Question of Trust» (1992), 71 *R. du B. can.* 261; Michael Asch et Patrick Macklem, «Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R. v. Sparrow* (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 498; Patrick Macklem, «First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination» (1991), 36 *R. de D. McGill* 382; W. Binnie, «The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning?» (1990), 15 *Queen's L.J.* 217.

dans une entente globale. Car en l'absence d'une clause d'extinction du titre, les échanges entérinés dans l'entente risqueraient d'être perturbés dans le cas où un tribunal conclurait à la continuation du titre ancestral à l'égard d'une partie, voire de la totalité, du territoire visé. Un groupe autochtone pourrait alors invoquer un droit lié au titre ancestral afin d'empêcher le gouvernement ou un tiers de faire une action autorisée par les termes de l'entente. La politique d'extinction vise donc à garantir que tous les droits fonciers des autochtones liés par une entente découlent de l'entente elle-même, et qu'il soit impossible à une partie autochtone d'invoquer la survivance de droits fonciers ancestraux pour réaliser un objectif qui n'est pas prévu ni autorisé par traité. Grâce à l'extinction du titre ancestral, les gouvernements et les tiers autorisés sont libres d'utiliser et de prendre des terres comprises dans le territoire visé par les revendications, avec pour seules restrictions celles prévues dans les termes de l'entente.

Il y a lieu de signaler quelques réformes récentes portant sur les moyens précis utilisés pour réaliser l'extinction du titre ancestral, qui ont été entreprises en réaction au rapport *Traités en vigueur, ententes durables*. Premièrement, le gouvernement fédéral a cessé d'exiger que l'extinction législative du titre ancestral soit approuvée par traité, et qu'il y ait extinction législative lors de la ratification des traités[124]. Deuxièmement, le gouvernement a également déclaré qu'il entendait faire en sorte que les droits ancestraux non liés «à l'utilisation des terres et des ressources et aux titres fonciers» ne soient pas compris dans les droits cédés dans le cadre des traités relatifs aux revendications territoriales[125]. Un document d'orientation publié en 1993 indique par ailleurs que le gouvernement fédéral pourrait ne pas exiger l'extinction des droits relatifs aux ressources[126].

Mais le plus important, c'est que depuis 1986 le gouvernement fédéral envisage le recours à d'autres façons d'établir «une certitude quant aux terres et aux ressources», dans le cadre des négociations sur les revendications globales[127]. Comme nous l'avons vu, la politique de 1986 propose deux solutions, dont l'une consiste à exiger l'extinction partielle, savoir l'extinction du titre ancestral à l'égard de toutes les terres non réservées pour la partie autochtone en vertu du

---

[124] Cette pratique, instaurée avec la *Convention de la Baie James et du Nord québécois* (1975) et poursuivie dans la *Convention du Nord-Est québécois* (1978) ainsi que dans la *Convention définitive des Inuvialuit* (1984), a été interrompue après que le Groupe d'étude de la politique des revendications globales eut recommandé son abandon. Voir *Traités en vigueur, ententes durables*, note 114, p. 43.

[125] *La Politique des revendications territoriales globales*, note 13, p. 12.

[126] *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones*, note 13, p. 9 («[O]n demande aux groupes autochtones d'abandonner les droits ancestraux qu'ils peuvent détenir à l'égard des terres *ou* des ressources.») [C'est nous qui soulignons.]

[127] *La Politique des revendications territoriales globales*, note 13, p. 12.

traité, tout en laissant l'éventuel titre ancestral subsister à l'égard d'un territoire désigné ou plus petit[128].

Selon la Commission, l'acceptation par les autorités fédérales de l'extinction partielle – solution recommandée dans le rapport du groupe d'étude[129] et inspirée des traités Robinson ainsi que d'autres précédents semblables – permet de sortir de l'impasse conceptuelle à laquelle se heurtait la politique fédérale relative aux traités depuis l'époque des traités numérotés. Dans le contexte limité des terres mises de côté pour des parties autochtones, le gouvernement fédéral, en acceptant une extinction seulement partielle, reconnaît que les droits ancestraux continuent et continueront d'avoir une valeur pour les nations autochtones, et que la stabilité des relations futures entre les propriétaires et les utilisateurs de la terre et des ressources n'exige pas toujours l'extinction totale du titre ancestral. C'est apparemment la solution adoptée dans le cas de l'*Accord cadre définitif* conclu en 1993 avec le Conseil des Indiens du Yukon[130]. Ainsi que nous le verrons, elle recèle le germe d'une nouvelle politique fédérale, qui serait axée sur la réconciliation et sur la coexistence de la Couronne et des peuples autochtones.

L'accord du Yukon fait encore figure d'exception parmi les traités modernes. En effet, des clauses d'extinction totale analogues à celle de la Convention de la Baie James et du Nord québécois figurent dans toutes les autres ententes négociées depuis 1975 au sujet de revendications territoriales globales[131]. L'une de ces ententes est celle qui a été conclue avec les Inuit en vue de scinder les Territoires du Nord-Ouest et de créer une nouvelle entité politique, appelée Nunavut, à

---

[128] *La Politique des revendications territoriales globales*, p. 12. La déclaration de 1993, préparée après la ratification de l'Accord cadre du Yukon (où l'on a eu recours à cette solution), comprend aussi la description suivante :

> Selon la politique de 1986 sur les revendications territoriales globales, un groupe requérant peut choisir de conserver, après le règlement des revendications, les droits ancestraux qu'il peut détenir à l'égard des terres, dans la mesure où ces droits ne sont pas incompatibles avec l'entente de règlement.

Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones, note 13, p. 10.

[129] *Traités en vigueur, ententes durables*, note 114, pp. 41-42.

[130] L'*Accord cadre définitif* conclu avec le Conseil des Indiens du Yukon (1993) envisage la conclusion d'ententes relatives à l'autonomie gouvernementale avec chacune des premières nations du Yukon qui conclut un accord définitif sur des revendications territoriales. Le texte de ces ententes stipule que leur entrée en vigueur est déclenchée par des lois fédérale et territoriale. Quatre des quatorze premières nations du Yukon ont ainsi conclu des ententes sur l'autonomie gouvernementale. Celles-ci entreront en vigueur en même temps que le projet de loi C-34, *Loi sur l'autonomie gouvernementale des premières nations du Yukon*, adopté par la Chambre des communes le 22 juin 1994.

[131] Voir la liste des ententes figurant à la note 30.

même la partie centrale et orientale du territoire[132]. L'Accord sur les revendications territoriales du Nunavut stipule que les Inuit :

> renoncent, en faveur de Sa Majesté du chef du Canada, à l'ensemble de leurs revendications, droits, titres et intérêts ancestraux, s'il en est, dans des terres et des eaux situées à quelque endroit au Canada et dans les zones extracôtières adjacentes relevant de la souveraineté ou de la compétence du Canada[133].

En contrepartie, les organisations inuit désignées conservent des droits relativement à 352 000 kilomètres carrés de territoire, et notamment des droits relatifs aux gisements miniers sur une superficie de 36 257 kilomètres carrés – ce qui correspond au total à quelque 9,9 % des 2,6 millions de kilomètres carrés en cause. Ces terres peuvent être vendues seulement au gouvernement car le but des droits fonciers, comme le stipule l'accord, est de «favorise[r] avec le temps [l']autosuffisance économique» des Inuit. Les Inuit ont aussi droit à une somme de 580 millions de dollars à titre d'indemnité et à 50 % des deux premiers millions de dollars de toutes les redevances tirées des terres du Nunavut, et 5 % par la suite. L'accord institue en outre un Conseil du développement social du Nunavut, dont la mission est de contribuer à l'élaboration de politiques sociales et culturelles, une Fiducie du patrimoine inuit, chargée de faciliter la préservation des sites archéologiques, un Conseil de gestion des ressources fauniques du Nunavut, ainsi que plusieurs autres comités et conseils. On entend ainsi permettre aux Inuit de participer d'une manière sensible à la planification de l'utilisation des sols, aux évaluations des effets environnementaux et à la gestion des ressources fauniques.

L'accord du Yukon et celui du Nunavut témoignent tous deux d'un rapprochement entre les revendications territoriales et l'autonomie gouvernementale dans les négociations. Au Nunavut, revendications territoriales et autonomie gouvernementale sont liées dans une loi créant un nouveau territoire et un gouvernement public. Mais cette forme d'autonomie gouvernementale n'est en réalité possible que si la population de la région est majoritairement autochtone; son application est donc limitée dans les autres parties du Canada. Le Conseil des Indiens du Yukon a négocié l'autonomie gouvernementale après avoir réglé ses revendications territoriales. Cependant, contrairement à ses attentes, les négociations n'ont porté que sur une éventuelle délégation de pouvoirs du gouvernement

---

[132] Voir, d'une manière générale, Donald Purich, *The Inuit and Their Land: The Story of Nunavut* (1992). Voir aussi John Merritt et Terry Fenge, «The Nunavut Land Claim Settlement: Emerging Issues in Law and Public Administration» (1990), 15 *Queen's L.J.* 255.

[133] Note 30, al. 2.7.1.a).

fédéral et non sur la reconnaissance d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale[134].

De plus, l'accord sur le Nunavut, si large soit-il, montre bien que l'extinction totale demeure un élément central de la politique fédérale des revendications globales. Or le fait que les autorités fédérales persistent à exiger l'extinction du titre continue de susciter une vive opposition au sein des peuples autochtones. L'exemple le plus frappant en est sans doute l'interruption, en 1990, des négociations amorcées 13 ans auparavant entre les Dénés et les Métis des Territoires du Nord-Ouest, d'une part, et le gouvernement fédéral, d'autre part, justement parce que les parties autochtones ont refusé de sanctionner une clause d'extinction du titre ancestral[135].

En résumé, la politique d'extinction du titre ancestral actuellement suivie par les autorités fédérales vise à favoriser la clarté et la certitude dans les ententes sur des revendications territoriales globales. De l'avis du gouvernement fédéral, on peut arriver à la *clarté* au moyen d'une clause relativement simple stipulant l'extinction d'une partie ou de la totalité des droits liés au titre ancestral. Quant à la *certitude* à l'égard du titre de la Couronne, elle est obtenue en mettant un terme au débat et à l'incertitude sur les limites constitutionnelles du titre ancestral après la conclusion d'une entente globale, et en veillant – dans la mesure du possible – à ce que toute charge grevant le titre de la Couronne ainsi que les intérêts existants et futurs des tiers soient énoncés dans le traité lui-même. Selon le gouvernement fédéral, la façon la plus sûre d'atteindre ces objectifs consiste à demander aux autochtones de renoncer à leurs droits ancestraux en contrepartie de droits établis par traité. Dans son énoncé de principes de 1986, le gouvernement fédéral entend atténuer la rigueur de la politique suivie jusque-là en déclarant que l'extinction du titre ancestral n'est pas le seul moyen d'établir la clarté et la certitude juridiques souhaitées. Pourtant, les autorités fédérales continuent d'exiger l'extinction d'une partie au moins des droits liés au titre ancestral en

[134] Dans d'autres contextes, le gouvernement fédéral s'est montré disposé à aller de l'avant en se fondant sur le fait que l'article 35 reconnaît et confirme le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Il s'est en outre dit prêt à participer, sous les auspices de la Commission des traités de la Colombie-Britannique, à des négociations qui ne sépareraient pas accords d'autonomie gouvernementale et revendications territoriales. Voir les notes d'allocution préparées pour l'honorable Ronald A. Irwin, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et l'honorable Anne McLellan, interlocutrice fédérale auprès des Métis et des Indiens non inscrits, lors d'une rencontre fédérale-provinciale-territoriale des ministres et des leaders autochtones sur la mise en oeuvre du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, tenue à Québec le 17 mai 1994, et où l'on dit aux pages 5 et 8 que «le gouvernement fédéral s'est engagé à considérer le droit inhérent comme un droit au sens de l'article 35» et que la Commission de la Colombie-Britannique «permet [...] de négocier parallèlement des ententes sur les revendications territoriales et sur l'autonomie gouvernementale».

[135] Voir Richard H. Bartlett, «The Dettah Resolution and the Dene-Metis Land Claim Settlement» (1990), *C.N.L.R.* 1, et la *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones*, note 13, p. 15.

échange de droits et d'avantages stipulés dans un traité. Et, abstraction faite de l'accord du Yukon, le gouvernement fédéral semble, dans la plupart sinon la totalité des négociations relatives aux revendications globales de communautés autochtones, avoir exigé l'extinction totale du titre ancestral.

4

Évaluation de la politique fédérale d'extinction du titre ancestral

Ayant cerné la nature et les objectifs de la politique fédérale d'extinction du titre ancestral à la lumière des traités conclus au Canada à travers l'histoire, nous allons maintenant essayer de voir dans quelle mesure il est opportun de demander aux peuples autochtones d'échanger leur titre ancestral contre des droits établis par traité, dans le contexte des négociations sur des revendications globales. Il ressort du chapitre précédent que l'objectif fondamental de la politique d'extinction actuellement conduite par les autorités fédérales consiste à déterminer avec clarté et certitude les droits et obligations respectifs des parties à l'entente et des tiers concernés. En obtenant l'extinction de droits relativement indéfinis rattachés au titre ancestral contre l'octroi de droits relativement précis conférés par un traité, le gouvernement fédéral est en mesure de planifier et de conduire ses affaires, et d'agir dans l'intérêt de tous les Canadiens, en sachant que les signataires autochtones ne pourront pas invoquer d'autres droits que ceux qui sont énoncés dans l'entente. La Commission royale est tout à fait d'accord avec le gouvernement fédéral pour dire que la clarté et la certitude sont des objectifs valables et souhaitables qui devraient présider à toutes les négociations sur des revendications territoriales globales. Elle estime cependant que la politique d'extinction actuellement suivie ne constitue pas une bonne manière de parvenir à ces fins, et ne contribue nullement à la réalisation d'un objectif tout aussi fondamental : la coexistence durable de conceptions divergentes relatives à la terre et à la fonction gouvernementale.

Cette conclusion est fondée sur quatre motifs. En premier lieu, la politique fédérale d'extinction répond certes à des objectifs valables en ce qui concerne les

intérêts de la Couronne et des tiers, mais l'extinction totale, comme, dans bien des cas, l'extinction partielle, provoque une importante discontinuité entre, d'une part, les rapports originaux entre les autochtones et leurs terres et, d'autre part, l'expression contemporaine de ces rapports durables dans les ententes sur des revendications territoriales. En deuxième lieu, la politique d'extinction totale est contraire à l'esprit, sinon à la lettre, de la *Proclamation royale de 1763*. En troisième lieu, la politique fédérale se concilie mal avec le fait que les droits ancestraux ont reçu une reconnaissance et une confirmation constitutionnelles dans la *Loi constitutionnelle de 1982*. En quatrième lieu, il est possible qu'elle aille à l'encontre des obligations de nature fiduciaire du gouvernement fédéral envers les autochtones. Dans le reste de ce chapitre, nous développerons chacun de ces arguments. Dans le chapitre suivant, nous proposerons une solution qui permet d'obtenir la clarté et la certitude souhaitées à juste titre par les autorités fédérales, sans pour autant donner prise aux objections qui viennent d'être exposées.

Signification de l'extinction du titre ancestral pour les autochtones

Si la politique fédérale d'extinction du titre ancestral permet de déterminer d'une façon claire et certaine les intérêts de la Couronne et des tiers, c'est au prix de la rupture des rapports historiques entre les autochtones et la terre. Voici comment s'est exprimé à ce sujet le chef Edward John, du First Nations Summit de la Colombie-Britannique :

> Quand le gouvernement nous demande de céder notre titre et de consentir à son extinction, il nous demande de renoncer à ce qui définit de la façon la plus fondamentale notre identité et notre relation avec le Créateur, avec notre territoire et avec les autres peuples de la terre. Il ne nous est plus possible de faire cela sans admettre que nous ne voulons plus exister en tant que peuple distinct. Or, cela est tout à fait contraire aux intentions qui étaient les nôtres lors de la négociation des traités de l'ère moderne[136]. [traduction]

De la même façon, le chef des Algonquins de Maniwaki (Québec), Jean-Guy Whiteduck, a déclaré ceci lors de la deuxième série d'audiences de la Commission royale :

> La question de l'extinction des droits ancestraux est l'une des choses les plus frustrantes pour les premières nations et pour notre peuple. [...] Nous estimons que l'extinction n'est aucunement nécessaire. Nous pensons que demander aux autochtones

[136] Transcriptions, Prince George (Colombie-Britannique), 1er juin 1993, pp. 414-415.

> d'éteindre leurs droits, ce serait comme demander aux Canadiens de renoncer à leur citoyenneté canadienne. C'est pourquoi il est tellement difficile pour un grand nombre d'entre nous d'aborder la politique des revendications globales[137]. [traduction]

La frustration à laquelle fait allusion le chef Whiteduck tient dans une large mesure au fait que la politique d'extinction est la manifestation d'une tension plus profonde entre la façon dont les autochtones conçoivent le titre ancestral, et le sens que lui ont traditionnellement donné les négociateurs fédéraux. D'une part, comme l'explique le chef Edward John, le titre ancestral est constitué pour les peuples autochtones d'un ensemble de droits inhérents définissant «de la façon la plus fondamentale [leur] identité et [leur] relation avec le Créateur, avec [leur] territoire et avec les autres peuples de la terre»[138]. D'autre part, la politique fédérale voit dans le titre ancestral un amalgame de droits d'usage et de jouissance, des droits de quasi-propriété qui peuvent être remis à la Couronne d'une manière irrévocable, par traité, en échange de l'octroi de droits définis dans le traité et relatifs aux terres visées par celui-ci. Une fois que cet échange a eu lieu, il n'y aurait plus de titre ancestral à l'égard du territoire «cédé», sauf dans les endroits où le traité en autorise explicitement la continuation.

Du point de vue des autochtones, les traités devraient avoir pour effet non pas l'*extinction*, mais bien la *reconnaissance* du titre ancestral dans l'entente. Ils devraient établir une reconnaissance mutuelle solennelle de la façon dont les autochtones et les Canadiens organisent leurs rapports avec la terre. Les peuples autochtones comprennent que la reconnaissance complète de leur conception du titre ancestral est dans bien des cas impossible, étant donné les intérêts opposés de la Couronne et de tiers. Dans de tels cas, il est opportun d'avoir un traité qui reconnaisse seulement quelques droits ancestraux à l'égard de la terre et de la fonction gouvernementale. Le traité devrait être un mécanisme par lequel certains droits ancestraux relatifs à la terre et à la fonction gouvernementale sont reconnus par la société canadienne, et certains droits de la Couronne relatifs à la terre et à la fonction gouvernementale sont reconnus par la société autochtone. Ainsi conçu, le traité rendrait possible la coexistence de régimes fonciers et de modes de gouvernement qui sinon demeureraient incompatibles.

Or, la politique fédérale d'extinction empêche la réalisation, par le processus des revendications territoriales globales, de l'objectif fondamental – savoir le rapprochement et la conciliation des interprétations autochtone et canadienne du titre ancestral. Il est vrai que, en droit canadien, l'extinction partielle – contrairement à l'extinction totale – n'abolit pas complètement les rapports historiques des autochtones avec la terre. Combinée à une reconnaissance partielle de la

---

[137] Transcriptions, Maniwaki (Québec), 2 décembre 1992, pp. 27-28.

[138] Transcriptions, Prince George (Colombie-Britannique), 1er juin 1993, pp. 414-415.

persistance du titre ancestral à l'égard de certaines parties du territoire régi par une entente, elle pourrait sans doute faire du processus des revendications globales un mécanisme favorisant une véritable coexistence. Il reste toutefois que la différence entre l'extinction totale et l'extinction partielle est une différence de degré et non de nature, du moins dans le cas où l'on a recours à l'extinction partielle à une grande échelle. Car dans les faits, elles traduisent toutes deux le refus de permettre l'expression, en droit canadien, de certains aspects de l'identité autochtone.

Nouvelle lecture de la Proclamation royale

Dans le chapitre deux du présent rapport, nous avons décrit les termes et la signification de la *Proclamation royale de 1763*. Le gouvernement fédéral, comme nous l'avons vu, a défendu sa politique de négociation d'ententes sur les revendications globales en la reliant à des principes formulés pour la première fois à l'époque du droit colonial, dans la Proclamation royale[139]. Il soutient que celle-ci confie à la Couronne une responsabilité fondamentale quant à la protection des autochtones du Canada. La Commission partage ce point de vue, mais elle n'est pas certaine qu'une politique fondée sur l'extinction totale soit conforme à l'esprit, sinon à la lettre, de la Proclamation royale.

La Proclamation royale, rappelons-le, interdit l'acquisition de terres indiennes par quiconque sauf la Couronne, et fixe les grandes règles régissant la cession volontaire à la Couronne de terres ancestrales des peuples autochtones. Les termes de la Proclamation royale demandent-ils l'extinction totale du titre ancestral? Il est permis d'en douter. Nous avons vu que les cessions et acquisitions limitées étaient courantes dans les traités conclus à cette époque entre les Britanniques et les autochtones[140]. Les procédures qui sont expressément requises par la Proclamation ont pour effet d'accroître la protection du titre ancestral, non de la réduire – et ce résultat concorde avec les préoccupations et les besoins de la Couronne à ce moment-là. En particulier, il n'est nullement question de renonciations générales au titre ancestral dans la Proclamation. On ne saurait dès lors prétendre qu'elle exige une telle mesure, ni même l'autorise.

En fait, l'idée générale qui sous-tend les clauses pertinentes de la Proclamation est que la Couronne s'engage à protéger les terres ancestrales des peuples autochtones. Cet engagement est expressément affirmé dans un préambule :

> Attendu qu'il est juste, raisonnable et essentiel pour Notre intérêt et la sécurité de Nos colonies de prendre des mesures pour assurer aux nations ou tribus sauvages qui sont en relation

---

[139] Voir le texte qui accompagne les notes 51 à 64.

[140] Voir le texte qui accompagne les notes 44 à 50.

> avec Nous et *qui vivent sous Notre protection, la possession entière et paisible des parties de Nos possessions et territoires qui n'ont été ni concédées ni achetées et ont été réservées pour ces tribus ou quelques-unes d'entre elles comme territoires de chasse* [...][141]

Comme nous l'avons souligné dans le chapitre deux, la Proclamation a été précédée par des instructions impériales qui mettaient en relief la nécessité d'un tel engagement[142]. Les instructions royales transmises au gouverneur du Québec peu après la publication de la Proclamation royale insistaient sur l'intention protectrice; elles ordonnaient au destinataire «de rassembler [les Indiens], de traiter avec eux, de leur promettre protection et amitié de Notre part», et précisaient que «pour aucun motif vous ne pourrez les molester ou les déranger dans la possession des parties de la province qu'ils occupent ou possèdent présentement[143]». Bien que, manifestement, l'objet de la Proclamation consiste à interdire aux sujets du Roi de se livrer à certains abus, les instructions ci-dessus ainsi que le préambule et le contexte historique de la Proclamation semblent indiquer que la Couronne elle-même s'engageait à traiter les nations indiennes avec les mêmes égards que ceux exigés de ses sujets.

Remarquons de plus qu'on n'exige pas des nations indiennes qu'elles abandonnent d'abord le titre relatif à leurs terres pour pouvoir bénéficier de la protection qui leur est garantie quant à la possession de leurs territoires de chasse. Au contraire : il est «enjoi[nt] et ordonn[é]» «à tous ceux qui en connaissance de cause ou par inadvertance, se sont établis sur [...] toute autre terre qui n'ayant pas été cédée ou achetée par Nous se trouve également réservée pour lesdits sauvages, de quitter immédiatement leurs établissements[...]» La Proclamation ne fait pas que réserver à la Couronne l'acquisition du titre ancestral. Par ses termes, elle interdit tout empiétement sur les terres faisant l'objet du titre ancestral[144]. En conséquence, la Proclamation royale vise à donner au titre ancestral une reconnaissance et une protection importantes et, en ce sens, elle constituait, jusqu'à la promulgation de

---

[141] Note 51 (c'est nous qui soulignons). Comme nous l'avons mentionné, il s'agit d'un texte moins exact que celui reproduit dans Clarence S. Brigham, ed. Par exemple, les mots «qui ont été ni concédées ni achetées et ont été réservées» devraient plutôt se lire «qui, ne Nous ayant pas été vendues ni achetées, sont réservées».

[142] Voir le texte qui accompagne les notes 56 à 60.

[143] Instructions royales à Murray, gouverneur du Québec, 7 décembre 1763, dans *Documents Relating to the Constitutional History of Canada 1759-1791*, sous la dir. de Adam Shortt et Arthur G. Doughty, 2e éd., Ottawa, Imprimeur du Roi, 1918, vol. 1, p. 181.

[144] La Proclamation interdit aussi aux particuliers d'acquérir la «possession» de certaines terres indiennes «sans avoir au préalable obtenu notre Permission spéciale et une licence à ce sujet», sans exiger comme condition préalable à l'octroi d'une licence que les détenteurs de terres indiennes renoncent à leur titre.

l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la «Déclaration des droits indiens[145]».

La Commission est d'avis que la Proclamation royale permet peut-être des négociations sur des revendications territoriales globales, mais qu'elle ne demande pas l'extinction totale du titre ancestral par traité. L'objet de la Proclamation ainsi que l'intention qui y est exprimée vont en effet dans le sens contraire. La Proclamation vise la protection du titre ancestral. Le texte envisage et régit uniquement les cessions ou acquisitions ponctuelles de terres autochtones effectuées pour les besoins de la colonisation, qui devront être négociées «si quelques-uns des sauvages, un jour ou l'autre, devenaient enclins à se départir desdites terres». La Proclamation est avant tout un document destiné à garantir aux peuples autochtones la possession de leurs terres ancestrales.

Le statut constitutionnel des droits ancestraux

Du fait qu'elle présume que le titre ancestral est susceptible d'extinction totale ou d'échange contre des droits établis par traité, la politique fédérale d'extinction repose également sur une conception démodée selon laquelle les droits ancestraux relèveraient seulement de la common law – alors qu'ils jouissent désormais d'une reconnaissance et d'une confirmation constitutionnelles. Cette politique est imprégnée, s'agissant du titre ancestral, de concepts traditionnels de quasi-propriété, plutôt que de principes ressortissant au droit constitutionnel contemporain. En considérant les droits ancestraux simplement sous l'angle de la common law, on risque de les assimiler aux autres droits relatifs à la terre qui existent en common law. La politique fédérale est fondée sur l'idée que les droits ancestraux peuvent être échangés contre d'autres avantages, tout comme s'il s'agissait de la vente d'une maison ou d'un terrain quelconque[146]

Plus spécifiquement, l'un des principaux arguments avancés à l'encontre de l'extinction totale par le Groupe d'étude de la politique des revendications globales en 1985 dans son rapport *Traités en vigueur; ententes durables*, est que la *Loi constitutionnelle de 1982* exige la reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux existants. Voici un extrait du rapport :

> La promulgation de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle* jette un nouvel éclairage sur la question de l'extinction. En vertu de la

[145] C'est ainsi que le juge Gwynne a caractérisé la Proclamation royale dans la décision *St. Catharines Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1887), 13 S.C.R. 577, p. 652. Le juge Hall a cité ce passage en y souscrivant dans l'arrêt *Calder c. P.G.C.-B.*, note 54, pp. 394-395.

[146] Il faut cependant se rappeler que la common law relative au titre ancestral interdit aux communautés autochtones de vendre directement des terres ancestrales à des tiers. Elles sont tenues d'agir par l'intermédiaire de la Couronne, qui, en sa qualité de fiduciaire, doit veiller à la protection de leurs intérêts lorsqu'elle négocie en leur nom avec des tiers. Voir *Guerin c. La Reine*, note 64.

> loi prévalant avant 1982, la Couronne pouvait abolir les droits ancestraux par le biais de la législation sans le consentement des peuples autochtones. L'élévation des droits ancestraux au niveau constitutionnel interdit à l'avenir une telle approche. [...]
>
> [L]es droits peuvent encore être modifiés avec le consentement des peuples autochtones. Cette méthode pose un grave problème pour la politique fédérale car, comme nous l'avons vu, la plupart des peuples autochtones rejettent la notion de la perte de tous leurs droits ancestraux. De plus, pourquoi le Parlement aurait-il reconnu les droits ancestraux dans le plus important document constitutionnel du siècle, pour les abolir ensuite par d'autres moyens dans les décennies qui suivent? [...]
>
> Conformément à l'article 35 de la Constitution, [les accords] doivent reconnaître et affirmer les droits ancestraux[147].

De toute évidence, l'article 35 marque un tournant dans l'histoire constitutionnelle de notre pays. Dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, la Cour suprême du Canada a déclaré que les droits ancestraux reconnus et confirmés à l'article 35 protègent l'identité culturelle des peuples autochtones[148]. Il s'ensuit que, tout comme les cultures au sein desquelles ils sont exercés, les droits ancestraux ne sont pas figés dans le temps, mais au contraire peuvent évoluer avec les besoins et les coutumes des peuples autochtones[149].

L'article 35 impose à la Couronne une obligation de fiduciaire à l'égard de ses relations avec les peuples autochtones[150], suivant laquelle les gouvernements qui la représentent doivent entretenir avec eux des rapports fiduciaires plutôt que

---

[147] *Traités en vigueur, ententes durables*, note 114, pp. 47, 51.

[148] La Cour a conclu que les droits de pêche des autochtones sont des «droits qui appartiennent à un groupe et qui sont en harmonie avec la culture et le mode de vie de ce groupe» (note 5, p. 1112). En examinant notamment la preuve relative à l'existence du droit en question, la Cour a souligné que, pour les Musqueams, «la prise du saumon faisait partie intégrante de leur vie et le demeure encore aujourd'hui» (p. 1094), et que «la pêche au saumon a toujours fait partie intégrante de la culture distinctive des Musqueams» (p. 1099).

[149] *Sparrow c. La Reine*, note 5, p. 1093 («Il faut rejeter une interprétation qui engloberait des "droits figés".»)

[150] La Cour a déclaré dans l'arrêt *Sparrow*, pp. 1107, 1108, 1109 :

> [D]e récentes décisions judiciaires insist[e]nt sur la responsabilité qu'a le gouvernement de protéger les droits des Indiens, laquelle responsabilité résulte des rapports fiduciaires spéciaux créés par l'histoire, par des traités et par des textes législatifs : voir *Guerin c. La Reine* [...]
>
> À notre avis, l'arrêt *Guerin*, pris avec l'arrêt *R. c. Taylor and Williams* [...] établit un principe directeur général pour l'interprétation du par. 35(1), à savoir que le gouvernement a la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones. Les rapports entre le gouvernement et les autochtones sont de nature fiduciaire plutôt

contradictoires[151]. Tout comme les droits énoncés dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, les droits ancestraux peuvent être restreints par des dispositions législatives, quoique les lois touchant l'exercice des droits ancestraux soient assujetties à un contrôle constitutionnel relativement rigoureux[152]. La norme de justification applicable aux textes législatifs qui portent atteinte à l'exercice des droits ancestraux est fondée sur l'obligation de fiduciaire de la Couronne[153]. Selon l'arrêt *Sparrow*, ces textes doivent répondre à un objectif impérieux et réel[154], et prendre en compte, avant toute chose, les droits des peuples autochtones[155]. Il

---

> que contradictoire et la reconnaissance et la confirmation contemporaines des droits ancestraux doivent être définies en fonction de ces rapports historiques [...]
>
> [L]'expression "reconnaissance et confirmation" comporte les rapports de fiduciaire déjà mentionnés et implique ainsi une certaine restriction à l'exercice du pouvoir souverain. [références omises]

[151] *Sparrow*, p. 1108.

[152] *Sparrow*, pp. 1108-1109 («Un texte législatif qui touche l'exercice de droits ancestraux sera valide s'il satisfait au critère applicable pour justifier une atteinte à un droit reconnu et confirmé au sens du par. 35(1).»)

[153] *Sparrow*, p. 1109 («Le pouvoir fédéral doit être concilié avec l'obligation fédérale et la meilleure façon d'y parvenir est d'exiger la justification de tout règlement gouvernemental qui porte atteinte à des droits ancestraux.»)

[154] Voici les conclusions de la Cour au sujet des objectifs pouvant justifier des restrictions aux droits ancestraux, dans le contexte de la réglementation de la pêche (p. 1113) :

> Si on conclut à l'existence d'une atteinte à première vue, l'analyse porte ensuite sur la question de la justification. C'est là le critère qui touche la question de savoir ce qui constitue une réglementation légitime d'un droit ancestral garanti par la Constitution. L'analyse de la justification se déroulerait comme suit. En premier lieu, il faut se demander s'il existe un objectif législatif régulier. À ce stade, la cour se demanderait si l'objectif visé par le Parlement en autorisant le ministère à adopter des règlements en matière de pêche est régulier. Serait également examiné l'objectif poursuivi par le ministère en adoptant le règlement en cause. L'objectif de préserver, par la conservation et la gestion d'une ressource naturelle par exemple, des droits visés au par. 35(1) serait régulier. Seraient également réguliers des objectifs visant apparemment à empêcher l'exercice de droits visés au par. 35(1) lorsque cet exercice nuirait à l'ensemble de la population ou aux peuples autochtones eux-mêmes, ou d'autres objectifs jugés impérieux et réels [...]
>
> Nous considérons que la justification fondée sur «l'intérêt public» est si vague qu'elle ne fournit aucune ligne directrice utile et si générale qu'elle est inutilisable comme critère applicable pour déterminer si une restriction imposée à des droits constitutionnels est justifiée.
>
> Par contre, la justification de la conservation et de la gestion des ressources ne constitue sûrement pas un sujet de controverse.

[155] *Sparrow*, p. 1114 («Les rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité du gouvernement envers les autochtones doivent être le premier facteur à examiner en déterminant si la mesure législative ou l'action en cause est justifiable.»)

peut y avoir lieu également de vérifier que les dispositions en cause portent le moins possible atteinte aux droits ancestraux[156].

L'article 35 s'applique non seulement aux textes législatifs, mais à la politique et aux actions gouvernementales[157]. Il régit par conséquent la conclusion de traités et la politique fédérale établie en la matière. Comme c'est le cas pour les autres dispositions de la Constitution, le gouvernement fédéral doit agir en conformité avec l'article 35 indépendamment des ordonnances judiciaires[158]. En s'acquittant de son obligation de veiller à la validité constitutionnelle de ses actes, le gouvernement fédéral a reconnu qu'il lui incombe tout particulièrement d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones[159]. Par ailleurs, l'article 35 affirme une valeur pour laquelle les Canadiens ont exprimé le plus profond respect. Si, comme la Cour suprême nous l'a rappelé, «[c]e n'est pas avec beaucoup de fierté que nous pouvons rappeler le traitement réservé aux autochtones de notre pays[160]», l'article 35 témoigne à coup sûr de notre résolution collective de rebâtir sur des fondations honorables notre relation avec les peuples autochtones. L'esprit comme la lettre de cette directive devraient donc guider l'élaboration des traités modernes.

Rien ne semble justifier, sur le plan des principes, que les gouvernements qui représentent la Couronne exigent l'extinction des droits constitutionnels reconnus à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* selon des clauses qui ne permettraient pas la renonciation à des droits constitutionnels garantis par la Charte[161].

---

[156] *Sparrow*, p. 1119 («Il y a, dans l'analyse de la justification, d'autres questions à aborder, selon les circonstances de l'enquête. Il s'agit notamment des questions de savoir si, en tentant d'obtenir le résultat souhaité, on a porté le moins possible atteinte à des droits.»)

[157] Dans *Sparrow*, p. 1110, la Cour a déclaré que l'article 35 «permet donc, dans une certaine mesure, de contrôler la conduite du gouvernement» et que les «mesures législatives» ou les «actions» sont assujetties à la norme de justification (p. 1114). La Cour s'est également déclarée d'accord avec une opinion exprimée à l'unanimité par la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, selon laquelle l'article 35 oblige à «reconn[aître] aussi bien dans les faits que sur les plans de la législation et des politiques» le droit ancestral ou issu d'un traité auquel il est porté atteinte (p. 1117, citation tirée de la décision *R. v. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322, p. 339).

[158] *Hunter c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145.

[159] Voir le Rapport d'un groupe de travail interministériel présenté au Comité des sous-ministres sur la justice et les questions juridiques, *Rapports fiduciaires entre la Couronne et les peuples autochtones : questions de mise en application et de gestion – Un guide pour gestionnaires* (juillet 1993), p. ii («les gestionnaires doivent toujours considérer si les programmes, les politiques, les textes législatifs ou les autres mesures influent sur les rapports fiduciaires spéciaux qu'ils ont avec les peuples autochtones»).

[160] *R. c. Sparrow*, note 5, p. 1103, citation tirée de la décision du juge MacDonald dans l'affaire *Pasco v. Canadian National Railway Co.*, [1986] 1 *C.N.L.R.* 35 (C.S.C.-B.).

[161] Il est vrai qu'on peut renoncer à l'exercice de certains droits constitutionnels, dans le respect de garanties procédurales strictes. Voir, par exemple, *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383 (droit à un avocat); *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296 (droit à un procès devant jury); *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771 (droit d'être jugé dans un délai raisonnable). Mais s'il est ainsi possible de

En fait, étant donné l'obligation de fiduciaire de la Couronne ainsi que le caractère radical et permanent des effets de l'extinction, on serait porté à conclure que la norme devrait être sensiblement plus élevée lorsque la Couronne exige l'extinction du titre ancestral. D'une manière générale, il ne convient pas qu'un fiduciaire cherche à obtenir au moyen d'une entente des droits qu'il est tenu par la loi de protéger. Nous n'en concluons pas qu'un consentement vraiment volontaire à l'extinction totale ou partielle du titre ancestral est en soi constitutionnellement interdit. Mais à l'avenir, la Couronne devrait se donner pour règle de ne pas faire d'un tel consentement une condition préalable à l'octroi à des communautés autochtones de la protection prévue dans un traité, quand il existe d'autres moyens, moins radicaux, de satisfaire l'intérêt public.

Le fait d'éteindre le titre ancestral en échange de la protection offerte par un traité moderne a aussi pour effet de figer l'évolution future de la reconnaissance constitutionnelle des intérêts fonciers des peuples autochtones. Une chose est certaine : la question de savoir si la reconnaissance constitutionnelle des droits ancestraux implique celle de la légitimité des régimes fonciers autochtones – et dans quelle mesure – est loin d'être tranchée. Or, l'extinction du titre ancestral empêche la communauté autochtone concernée de jouir d'une éventuelle reconnaissance constitutionnelle future de droits accessoires au titre ancestral, liés à la terre mais sans rapport avec les clauses du traité. C'est, bien sûr, le revers des objectifs de clarté et de certitude de la politique fédérale d'extinction. Vu l'importance historique, pour les peuples autochtones, du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il convient de se demander s'il ne serait pas possible de parvenir à la clarté et à la certitude légitimement souhaitées par les autorités fédérales sans avoir recours pour cela à une politique qui prive définitivement les communautés autochtones de la reconnaissance de leurs droits ancestraux.

Il faut déplorer tout particulièrement l'insuffisance de la jurisprudence qui établit les droits fondamentaux des groupes autochtones participant aux négociations sur les traités. Voici les observations faite par la Cour suprême à ce sujet dans l'arrêt *Sparrow* :

> Pendant plusieurs années les droits des Indiens à leurs terres ancestrales – certainement à titre de droits *reconnus en common law* – ont été à toutes fins pratiques ignorés. Les arrêts de principe qui ont défini les droits des Indiens au début du siècle

renoncer à l'exercice de certains droits, c'est tout simplement parce qu'on ne saurait en imposer l'exercice au titulaire (*Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383). La doctrine de la renonciation ne vise pas non plus à faciliter les négociations entre l'État et les titulaires des droits; elle ne semble pas autoriser l'État à offrir des incitations à une partie vulnérable en vue de l'amener à renoncer à ses droits en contrepartie (*Clarkson c. La Reine*). En outre, les principes constitutionnels habituels relatifs à la renonciation s'appliquent en l'absence d'une relation de nature fiduciaire entre l'État et le titulaire du droit. Et contrairement à la renonciation à d'autres droits constitutionnels, l'extinction par consentement vise à dépouiller d'une façon permanente de leurs droits ancestraux des communautés actuelles et futures.

> portaient [...] essentiellement [sur] la compétence législative ou les droits des entreprises commerciales. Au cours des cinquante années qui ont suivi la publication de l'ouvrage de Clement, *The Law of the Canadian Constitution* (3e éd. 1916), on constate une absence quasi totale d'analyse des droits territoriaux des Indiens, et ce, même dans les ouvrages de doctrine. À la fin des années soixante, le gouvernement fédéral n'accordait même pas de valeur juridique aux revendications des autochtones. Ainsi, même si elle procédait d'une intention louable, *La politique indienne du gouvernement du Canada* (1969), contenait (à la p. 12) l'affirmation que «les droits aborigènes [...] sont tellement généraux qu'il n'est pas réaliste de les considérer comme des droits précis, susceptibles d'être réglés excepté par un ensemble de politiques et de mesures qui mettront fin aux injustices dont les Indiens ont souffert comme membres de la société canadienne». Au cours de la même période générale, Hydro Québec a entrepris le développement de la Baie James sans d'abord tenir compte des droits des Indiens qui y vivaient, et ce, même si ces droits bénéficiaient d'une protection constitutionnelle expresse; voir la *Loi de l'extension des frontières de Québec, 1912*, S.C. 1912, ch. 45. Il aura fallu un bon nombre de décisions judiciaires et notamment l'arrêt *Calder* de notre Cour (1973) pour que le gouvernement reconsidère sa position[162].

Les décisions déterminantes relatives à la nature du titre ancestral ont été rendues sans que les peuples autochtones concernés soient représentés. Citons le rapport d'un comité spécial de l'Association du Barreau canadien :

> Même avant 1927, les peuples autochtones n'étaient, souvent, pas représentés dans les affaires qui concernaient leurs droits. L'arrêt décisif *St. Catherine's Milling and Lumber Co. Ltd. v. The Queen* en est un exemple surprenant. Il s'agissait d'une affaire portant sur les droits territoriaux des peuples indiens. Les peuples indiens n'étaient pas partie au litige et, par conséquent, n'étaient pas représentés. De plus, la décision a été rendue dans un contexte purement abstrait. Aucune partie n'a présenté de preuve sur la véritable façon, avec laquelle les Ojibways avaient utilisé leurs terres, ni sur les fins auxquelles ils les avaient affectées pendant les centaines d'années au cours desquelles ils les avaient occupées[163].

---

[162] *R. c. Sparrow*, note 5, pp. 1103-1104.

[163] *Rapport du Comité de l'Association du Barreau canadien sur les droits des autochtones au Canada : Du défi à l'action*, Ottawa, Association du Barreau canadien, 1988, pp. 11-12.

Cette absence de représentation était en contradiction avec un principe fondamental de justice naturelle bien établi à l'époque[164]. L'incertitude qui persiste quant à la nature du titre ancestral sous le régime de la common law peut aussi être attribuée au fait que, de 1927 à 1951, la *Loi des Indiens* interdisait à quiconque de rassembler des fonds «en vue de la poursuite d'une réclamation que la tribu ou bande indienne à laquelle appartient cet Indien [...] a [...] pour le recouvrement d'une créance ou de deniers au bénéfice de ladite tribu ou bande[165]». En exigeant l'extinction de droits liés au titre ancestral si peu de temps après leur reconnaissance et leur confirmation constitutionnelles, les autorités fédérales stoppent prématurément toute évolution constitutionnelle des droits ancestraux. Cette politique empêche les peuples autochtones de profiter enfin des résultats «d'une bataille longue et difficile à la fois dans l'arène politique et devant les tribunaux pour la reconnaissance de droits ancestraux[166]», pour reprendre les termes utilisés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Sparrow*. En plus, la politique fédérale d'extinction du titre ancestral contrevient aux obligations de nature fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones.

L'obligation de fiduciaire de la Couronne

Selon la Commission, le fait de subordonner à l'extinction du titre ancestral l'octroi aux peuples autochtones de la protection garantie par un traité moderne s'accorde mal avec la nature fiduciaire des rapports de la Couronne avec les peuples autochtones. Car en posant cette condition, fût-ce avec les meilleures intentions du monde, on se trouve en quelque sorte à profiter de la situation de vulnérabilité et de pauvreté qui est la leur – et à laquelle les traités sont justement censés remédier.

Dans l'arrêt *Sparrow*, la Cour suprême a situé les origines de cette obligation de fiduciaire dans l'histoire, la common law, les traités et la législation[167]. Elle a estimé que l'article 35 imposait à la Couronne le devoir d'administrer les terres au profit de la partie autochtone qui lui cède son titre ancestral – obligation

[164] Suivant les règles de la justice naturelle, les personnes dont les droits sont touchés par une décision judiciaire ont le droit d'être entendues. Voir, d'une manière générale, Wade, *Administrative Law*, 6e éd., Oxford, Clarendon, 1988, pp. 496-582.

[165] *Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, c. 98, art. 141. Voir aussi Wendy Moss, «History of Federal and Provincial Laws Discriminating Against Aboriginal People», Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 1987, p. 24; Thomas R. Berger, *A Long and Terrible Shadow: White Values, Native Rights in the Americas 1492-1992*, Toronto/Vancouver, Douglas & McIntyre, 1992, p. 148.

[166] *Sparrow*, note 5, p. 1105.

[167] Note 150, p. 1107.

reconnue dans la décision *Guerin* et dans la *Proclamation royale de 1763*[168]. Par suite de cette obligation, la Couronne peut être constitutionnellement tenue de veiller aux intérêts de la communauté autochtone à qui elle offre un avantage en échange de la cession de son titre ancestral. Dans l'arrêt *Sparrow*, la Cour suprême a jugé que l'obligation de fiduciaire découlant de l'article 35 était de nature générale et s'appliquait chaque fois que la Couronne fait des opérations liées aux droits ancestraux[169]. Il se peut très bien que cette obligation d'agir conformément aux intérêts des peuples autochtones s'applique avant, pendant et après toute cession du titre ancestral, de quelque type que ce soit.

Les obligations de nature fiduciaire imposent des «normes strictes de conduite[170]» :

> L'idée sous-jacente qui régit la façon dont le droit a exposé la nature des obligations du fiduciaire est la suivante : le fiduciaire doit agir exclusivement en fonction de l'avantage et du bien de la personne avec laquelle il a des rapports de fiduciaire. C'est la règle première, à laquelle tout le reste est subordonné. Sa responsabilité est de nature stricte; son obligation de loyauté est catégorique[171]. [traduction]

Il est vrai que, s'agissant de l'obligation de nature fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones, l'exclusivité de la loyauté du fiduciaire est obligatoirement tempérée par une autre responsabilité incombant à la Couronne : celle de servir l'intérêt public[172]. Mais la vulnérabilité des peuples autochtones, le fait qu'ils dépendent du pouvoir discrétionnaire de la Couronne, qu'ils lui font confiance[173], confèrent un caractère unique à la relation qui les lie à cette

---

[168] *Sparrow*, p. 1108. Voir aussi *Guerin c. La Reine*, note 64, p. 382, le juge Dickson : («Le droit des Indiens se distingue [...] surtout par son inaliénabilité générale et par le fait que Sa Majesté est tenue d'administrer les terres pour le compte des Indiens lorsqu'il y a eu cession de ce droit.»)

[169] Note 150.

[170] Voir *Guerin c. La Reine*, note 64, p. 384, le juge Dickson : («lorsqu'une loi, un contrat ou peut-être une engagement unilatéral impose à une partie l'obligation d'agir au profit d'une autre partie et que cette obligation est assortie d'un pouvoir discrétionnaire, la personne investie de ce pouvoir devient un fiduciaire. L'*equity* vient alors exercer un contrôle sur ce rapport en imposant à la personne en question l'obligation de satisfaire aux normes strictes de conduite auxquelles le fiduciaire est tenu de se conformer.»)

[171] G.H.L. Fridman, *Restitution*, 2e éd., Toronto, Carswell, 1992, p. 374. Voir aussi M.V. Ellis, *Fiduciary Duties in Canada*, Toronto, Carswell, 1993, pp. 1-3.

[172] Voir Brian Slattery, «First Nations and the Constitution: A Question of Trust» (1992), 71 *R. du B. can.* 261, p. 291; Michael Hudson, «The Fiduciary Obligations of The Crown Towards Aboriginal Peoples», dans *Aboriginal Title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen*, sous la dir. de Frank Cassidy, Lantzville, Oolichan/IRRP, 1992, p. 48.

[173] Voir, d'une manière générale, Fridman, *Restitution*, note 171, p. 367; Ellis, *Fiduciary Duties in Canada*, note 171, p. 1-1; *International Corona Resources Ltd c. Lac Minerals Ltd.*, [1989] 2 R.C.S.

dernière – si bien que seuls certains aspects de l'intérêt public peuvent justifier la limitation de droits ancestraux[174].

En termes plus précis, l'objectif auquel répond une limitation de droits ancestraux ne sera constitutionnellement acceptable que s'il est «impérieux et réel[175]». Et quand le gouvernement fédéral conduit une politique nuisant à l'exercice de droits ancestraux, il doit tenter de faire en sorte que cette politique donne la priorité à ces droits et prenne sérieusement en compte le point de vue des autochtones concernés[176]. D'une manière générale, la Couronne doit en outre favoriser, parmi les moyens propres à permettre la réalisation de l'objectif poursuivi, celui qui porte le moins atteinte aux droits ancestraux. Selon l'expression employée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Sparrow*, les rapports entre le gouvernement et les peuples autochtones doivent être «de nature fiduciaire plutôt que contradictoire[177]».

Les objectifs de clarté et de certitude auxquels répond la politique fédérale d'extinction du titre ancestral sont valables et légitimes, dans le cadre du règlement des revendications territoriales globales. Mais ils ne sauraient éclipser totalement le fait que les motifs pour lesquels la Couronne a insisté sur l'extinction du titre ancestral dans le passé méritent d'être condamnés au regard des normes contemporaines relatives à l'égalité et au respect. À cet égard, nous citerons un autre extrait de l'arrêt *Sparrow* :

> [S]i la réglementation des droits ancestraux n'est pas exclue, une telle réglementation doit être adoptée conformément à un objectif régulier. Notre histoire démontre, trop bien malheureusement, que les peuples autochtones du Canada ont raison de s'inquiéter au sujet d'objectifs gouvernementaux qui,

574, pp. 62-63. Un point de vue analogue est exprimé, dans le contexte des peuples autochtones, dans *Guerin c. La Reine*, cité à la note 64. Voir également Alain Lafontaine, «La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones», mémoire de maîtrise en droit, Université d'Ottawa, 1993, pp. 114-125.

[174] Voir *Sparrow*, note 5, pp. 1118-1119 («le fait que cet objectif soit "raisonnable" ne saurait suffire comme reconnaissance et confirmation constitutionnelles de droits ancestraux»).

[175] Voir le passage de l'arrêt *Sparrow* cité à la note 154. En plus de la conservation et de la gestion des ressources naturelles, la Cour a mentionné, à la p. 1113, comme exemple d'objectifs impérieux et réels susceptibles de porter atteinte à un droit ancestral, des objectifs visant à empêcher l'exercice de droits visés au par. 35(1) «lorsque cet exercice nuirait à l'ensemble de la population ou aux peuples autochtones eux-mêmes».

[176] *Sparrow*, note 5, pp. 1111, 1112 («il est possible et même crucial de se montrer ouvert au point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la nature des droits en cause» et «la conservation et la gestion de nos ressources sont compatibles avec les croyances et les pratiques des autochtones et, en fait, avec la mise en valeur des droits de ces derniers»).

[177] *Sparrow*, p. 1108.

> bien que neutres en apparence, menacent en réalité l'existence de certains de leurs droits et intérêts[178].

Selon le professeur Peter Hogg, «un objectif ne peut constituer le fondement d'une justification conforme à l'article 1 si, dans les faits, ce n'est pas cet objectif qui a entraîné l'adoption du texte législatif en cause[179]». [traduction] L'histoire démontre que le gouvernement fédéral a traditionnellement insisté sur l'extinction du titre ancestral, non pas dans un souci de clarté et de certitude, mais pour d'autres raisons. Comme nous l'avons expliqué dans le chapitre deux du présent rapport, la politique d'extinction du titre ancestral poursuivie à l'époque des traités numérotés visait à faciliter la colonisation par les non-autochtones et à favoriser l'assimilation des autochtones. Pris ensemble, ces objectifs ne font pas simplement fi des intérêts liés au titre ancestral, ils en sont la négation même. C'est comme si la volonté d'éteindre le titre était une fin en soi. Selon la Commission, ces objectifs ne sauraient être pris au sérieux dans un régime constitutionnel où l'on accorde la plus grande importance au principe de l'égalité et au respect de la différence autochtone.

Dans le chapitre trois, nous avons conclu que l'actuelle politique d'extinction du titre ancestral répondait à des objectifs fédéraux valables et légitimes. Elle vise cependant l'élimination de droits rattachés au titre ancestral, dans le but de clarifier et d'établir avec certitude les droits de la Couronne et des tiers. Or, pour ce faire, elle subordonne les intérêts des autochtones à ceux de la Couronne. La Couronne provinciale bénéficie directement du perfectionnement du titre que permet l'extinction du titre ancestral relatif à des terres situées dans une province, puisqu'elle jouit dès lors d'un titre complet à l'égard de ses terres[180]. La Couronne se donne un titre parfait, par l'extinction du titre ancestral, afin de protéger les intérêts des tiers et de faciliter le développement, dans l'avenir, par la Couronne ou des tiers. Elle octroie ensuite aux autochtones, à même l'intégralité de son propre titre, une protection limitée définie dans un traité. Cette politique ne prend pas suffisamment en considération les intérêts des autochtones et ne correspond pas, selon la Commission, à la conduite à laquelle on peut s'attendre de la part d'un fiduciaire[181]. Le gouvernement fédéral devrait

[178] *Sparrow*, p. 1112.

[179] Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3e éd., Toronto, Carswell, 1993, p. 873.

[180] Voir *St. Catherine's Milling v. The Queen* à la note 100.

[181] Voir, à titre de comparaison, l'arrêt *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada*, [1993] 3 C.F. 28, p. 113, le juge d'appel Stone :

> Il semblerait étrange que la Couronne puisse laisser les Indiens céder le droit qu'ils possédaient sur leur principal bien si elle estimait ou devait estimer que ceux-ci n'avaient pas intérêt à le faire à long terme, et que cela allait à l'encontre de leurs intérêts. À mon avis, la Couronne, en sa qualité de fiduciaire, était tenue de faire passer les intérêts des Indiens avant les siens lorsqu'il s'agissait de céder les terres de la réserve.

Publié également sous l'intitulé *Apsassin c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)* (1993), 100 D.L.R. (4e) 504, p. 569.

déterminer si, pour atteindre ses objectifs, il ne lui serait pas possible d'employer d'autres moyens, moins attentatoires aux intérêts des autochtones. Dans le prochain chapitre, nous proposons une solution moins radicale qui, nous semble-t-il, donnerait tout de même à la Couronne une clarté et une certitude suffisantes pour lui permettre de protéger les intérêts des tiers et de planifier l'avenir d'une manière stable.

5

La reconnaissance mutuelle : une solution de rechange à l'extinction du titre ancestral

La politique fédérale d'extinction du titre ancestral entrave grandement la possibilité qu'a le processus des revendications globales de faciliter la coexistence des régimes fonciers et des systèmes de gouvernement autochtones et non autochtones. C'est pourquoi nous proposons une autre solution dans le présent chapitre. *La Politique des revendications territoriales globales* de 1986 du gouvernement fédéral, élaborée dans la foulée du rapport du Groupe d'étude de la politique des revendications globales, *Traités en vigueur; ententes durables* publié en 1985, constitue dans cette perspective un point de départ utile. Comme nous l'avons vu, le gouvernement fédéral a annoncé en 1986 qu'il envisagerait l'extinction soit partielle, soit totale du titre ancestral lorsqu'il négocierait à l'avenir des ententes globales. *La Politique des revendications territoriales globales* marque une étape importante dans l'histoire des traités avec les autochtones. Elle montre en effet que, pour la première fois depuis le XIX[e] siècle, le gouvernement fédéral est disposé à renoncer à la politique consistant à exiger systématiquement l'extinction totale du titre ancestral. Cependant, pour les raisons exposées dans le chapitre quatre du présent rapport, toute politique dans le cadre de laquelle on persiste à considérer l'extinction totale des droits fonciers ancestraux comme une solution possible risque de porter atteinte à des principes fondamentaux de droit et d'équité. C'est pourquoi la politique actuelle ne saurait constituer un mécanisme propice à une coexistence durable et harmonieuse.

La subordination des négociations à l'extinction partielle du titre ancestral n'est pas non plus une façon acceptable de réaliser la coexistence. L'extinction partielle se traduit souvent par l'extinction de droits sur un territoire bien plus

grand que ne pourrait laisser croire le terme «partiel». En raison de ses effets permanents, tout consentement à une extinction partielle du titre ancestral devrait être donné après une analyse attentive et exhaustive des autres solutions envisageables. La Commission ne veut pas laisser entendre par là que les nations autochtones ne devraient en aucune circonstance avoir le droit d'échanger une partie de leur territoire contre des avantages prévus dans un traité[182]. Elle n'entend pas non plus exclure toute possibilité de négociation fondée notamment sur l'extinction partielle[183]. Elle espère néanmoins que la solution qu'elle propose s'avérera la plus intéressante dans la plupart des cas.

De l'avis de la Commission, les parties à des négociations globales devraient s'efforcer de conclure une entente qui, s'agissant du territoire en jeu, protège les intérêts existants des tiers, reconnaît les droits fonciers des autochtones et de la Couronne et répartit entre les parties les droits relatifs à la fonction gouvernementale. Dans cette perspective, les négociations viseraient à décrire ce territoire en fonction de plusieurs catégories de terres, de manière à définir, le plus complètement et le plus précisément possible, les droits fonciers et les droits relatifs à la fonction gouvernementale de chacune des parties.

Sur une première catégorie de terres, on reconnaîtrait aux autochtones «tous les droits de propriété bénéficiaire ainsi que la compétence principale, sinon exclusive, sur les terres et les ressources», [traduction] en conformité avec les régimes fonciers et les modes de gouvernement traditionnels de la communauté ou des communautés autochtones concernées[184]. La conception autochtone du titre ancestral relativement à ces terres pourrait être reconnue plus ou moins intégralement, y compris les régimes fonciers et les modes de gouvernement autochtones. Une nation autochtone aurait donc toute liberté d'organiser ses rapports avec la terre en conformité avec sa conception du monde, peut-être en formulant une obligation juridique de préserver la terre à l'intention des

[182] L'extinction partielle semble être la technique retenue (bien que d'une manière quelque peu ambiguë) par les parties qui ont conclu l'entente sur le Yukon. En 1988, les premières nations du Yukon ont ratifié une entente cadre en vue du règlement de revendications territoriales globales. Cette entente prévoit deux types d'ententes finales. La première, l'«entente cadre finale», établit les dispositions applicables à toutes les premières nations du Yukon. La seconde est une entente qui s'applique à une première nation en particulier. L'une de ces ententes spécifiques, l'entente finale avec la première nation Vuntut des Gwich'in, maintient certains droits ancestraux relativement à des terres faisant partie du territoire visé par la revendication, mais semble éteindre les droits ancestraux relatifs aux autres terres comprises dans ce territoire. On trouvera des précisions sur la nature et l'application de l'entente sur le Yukon dans Jackson, «A New Covenant Chain», note 4, pp. 55-74.

[183] L'extinction partielle présente un certain nombre d'options aux parties qui négocient. Une entente peut prévoir l'extinction de tous les droits fonciers ancestraux relativement à une partie du territoire, l'extinction de certains droits fonciers ancestraux relativement à la totalité du territoire, ou encore l'extinction de certains droits fonciers ancestraux relativement à une partie du territoire.

[184] Jackson, «A New Covenant Chain», note 4, p. 87.

générations futures. Elle pourrait adopter des dispositions lui permettant d'octroyer à l'avenir des droits à des tiers; ces droits seraient assimilables à un bail ou à un permis ordinaire d'exploitation des ressources[185]. L'entente protégerait en outre d'une manière explicite les tiers déjà détenteurs d'intérêts relatifs à cette catégorie de terre, face à la reconnaissance du titre ancestral réalisée dans l'entente.

Sur une deuxième catégorie de terres, les intérêts des tiers seraient également protégés, mais l'entente pourrait reconnaître un certain nombre de droits fonciers aux autochtones et à la Couronne, tandis que les droits relatifs à la fonction gouvernementale et à la compétence pourraient être partagés entre les parties. Par exemple, les droits liés aux zones de piégeage et de pêche pourraient être reconnus en conformité avec les régimes fonciers autochtones et coexister avec les droits de la Couronne relatifs à l'exploration minière, en conformité avec le droit provincial ou territorial. On pourrait conférer à des organismes de cogestion le pouvoir de gérer les terres et celui de diriger et surveiller la mise en valeur et l'utilisation du territoire. La cogestion pourrait être fondée sur le principe de la parité de représentation entre les parties au traité. La reconnaissance mutuelle pourrait permettre le partage des revenus en fonction des avantages définis découlant des droits reconnus et confirmés aux autochtones et à la Couronne dans l'entente.

Sur une troisième catégorie de terres, l'entente pourrait reconnaître à la Couronne un ensemble relativement complet de droits relatifs à la terre et à la fonction gouvernementale. Mais même dans ce cas, il serait possible de reconnaître certains droits ancestraux de manière à souligner que les peuples autochtones entretiennent avec les terres en question des relations historiques et spirituelles. Sur un plan protocolaire, par exemple, les autochtones pourraient se faire les hôtes diplomatiques dans le cadre de «manifestations importantes de nature civique, nationale ou internationale ayant lieu sur leur territoire[186]». [traduction]

La reconnaissance mutuelle par la Couronne et par la partie autochtone de leurs droits fonciers et de leurs droits relatifs à la fonction gouvernementale pourrait être réalisée soit par une entente unique, soit par une série d'ententes; ces ententes pourraient être permanentes ou de durée limitée. Dans le cas de l'entente unique, les négociations seraient fondées sur la présomption que la partie autochtone a des liens ancestraux profonds avec le territoire concerné, et viseraient à préciser, dans un seul et même document, les droits ancestraux et les

[185] Dans la mesure où le titre ancestral est inaliénable sauf en faveur de la Couronne, la reconnaissance dans un traité du seul titre ancestral risque de ne pas conférer aux autochtones le pouvoir de céder des intérêts à des tiers. Nous estimons cependant qu'une partie autochtone peut être investie de ce pouvoir par traité.

[186] Jackson, «A New Covenant Chain», note 4, p. 108.

droits de la Couronne qu'il y a lieu de reconnaître par traité, ainsi que la façon de répartir la compétence entre les parties. En ce qui concerne la négociation d'une série d'ententes, la reconnaissance mutuelle serait plus graduelle. Dans ce cas, bien que l'objectif général soit de déterminer, de la manière la plus complète possible, les droits respectifs des parties, des négociations pourraient néanmoins être amorcées sur certaines questions de compétence et de propriété et à propos de certaines régions géographiques, pour ensuite porter sur d'autres régions suivant un calendrier de négociation préalablement convenu. Les négociations pourraient alors conduire à une série de reconnaissances mutuelles de portée relativement limitée, plutôt qu'à une entente unique et complète. Il pourrait aussi arriver que les parties jugent qu'il est dans leur intérêt de conclure des ententes permanentes sur la reconnaissance de certains types de droits, tout en concluant des ententes d'une durée limitée sur d'autres types de droits. Par exemple, les parties pourraient juger qu'elles ont intérêt à conclure une entente permanente au sujet de certaines questions relevant de la fonction gouvernementale et de la compétence, et souhaiter par ailleurs négocier une entente d'une durée limitée portant sur le partage des revenus tirés de certaines ressources situées sur le territoire.

Qu'on choisisse l'entente unique ou la série d'ententes, l'entente permanente ou celle d'une durée limitée, les solutions axées sur la reconnaissance mutuelle sont préférables à l'actuelle politique fédérale d'extinction. La solution proposée par la Commission n'exige pas des autochtones qu'ils «échangent» des droits ancestraux contre des droits établis par traité. Les droits ancestraux non reconnus par une entente ne seraient pas éteints; ils subsisteraient et serviraient à autoriser des activités autochtones sous réserve des clauses de l'entente. En cas de conflit, les droits reconnus à la Couronne dans le cadre de l'entente ou les intérêts des tiers qu'elle protège auraient préséance sur les droits ancestraux non reconnus dans l'entente en question. Plus l'entente sera complète, moins on risquera de voir de tels conflits surgir. Mais dans le cas des ententes d'une portée plus restreinte, les droits ancestraux qui n'y sont pas reconnus pourraient continuer à autoriser toute une gamme d'activités sans rapport avec les clauses de l'entente. De l'avis de la Commission, cette solution respecte à la fois la conception que les autochtones se font de la nature et de l'objet des droits ancestraux, le droit constitutionnel canadien, ainsi que la nécessité d'établir, en matière de conclusion de traités, un processus qui soit juste et équitable et qui facilite la coexistence des autochtones et des non-autochtones au Canada.

Comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent, le plus grand défaut de l'actuelle politique fédérale d'extinction est qu'elle vise l'extinction de droits intimement liés à l'identité autochtone. Elle se trouve ainsi à provoquer une rupture radicale entre, d'une part, les rapports historiques des autochtones avec la terre et, d'autre part, les droits contemporains reconnus par traités. Le principal intérêt d'une démarche axée sur la reconnaissance mutuelle, c'est qu'elle respecte la façon dont les autochtones conçoivent leurs rapports avec la terre, et

qu'elle vise expressément à réduire au minimum les différends relatifs à la compétence et à résoudre les conflits entre les rapports des autochtones avec la terre et les concepts ressortissant au droit des biens en vigueur dans les provinces et les territoires. Les différends et les conflits sont réduits au minimum grâce à la souplesse que permettent la protection des intérêts des tiers et la reconnaissance mutuelle par les autochtones et la Couronne de leurs droits relatifs à la terre et à la fonction gouvernementale. De cette manière, le processus des revendications territoriales globales peut devenir un moyen par lequel, pour reprendre les termes du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, «les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés», un moyen plus souple que celui des actions en justice.

Selon la Commission, une solution axée sur la reconnaissance mutuelle donne aux gouvernements la clarté et la certitude nécessaires pour leur permettre de planifier leur action et d'agir conformément à l'intérêt public. Elle protège les intérêts existants des tiers ainsi que les droits ancestraux des autochtones et les droits de la Couronne reconnus dans l'entente. Même quand les parties concluent des ententes qui n'établissent pas d'une manière exhaustive leurs droits respectifs, on obtiendra malgré tout la clarté et la certitude souhaitées puisque les droits reconnus dans l'entente et les intérêts des tiers qu'elle protège auront préséance en cas de conflit, sur les droits qui n'y sont pas reconnus. Autrement dit, une nation autochtone ne serait pas en mesure d'exercer un droit ancestral non reconnu dans l'entente si cela empêchait la Couronne d'exercer des droits qui lui sont reconnus ou si cela entrait en conflit avec les intérêts protégés des tiers. Par exemple, une communauté autochtone ne pourrait pas exercer un droit de pêche ancestral non reconnu dans l'entente d'une manière qui s'oppose à l'exercice par la Couronne d'un droit relatif à la pêche qui lui est reconnu dans l'entente.

Pour éliminer tout doute à ce sujet, l'entente pourrait stipuler explicitement qu'en cas de conflit, les droits qui sont reconnus à la Couronne et les intérêts des tiers qui y sont protégés l'emporteront sur des droits ancestraux qui n'y sont pas reconnus. Dans le cas où une nation autochtone partie à l'entente prétendrait exercer un droit ancestral non reconnu dans celle-ci d'une manière qui entre en conflit avec les intérêts protégés des tiers ou avec des droits reconnus à la Couronne par l'entente, son action serait en directe contradiction avec l'entente et pourrait être empêchée.

Nous reconnaissons que la Couronne, par l'exercice de son pouvoir de négociation supérieur, serait facilement en mesure de contourner l'objectif spécifique d'une telle disposition par le recours à des techniques de rédaction qui garantissent la suprématie globale des droits de la Couronne relatifs à la terre et à la fonction gouvernementale. Il ne faut pas oublier toutefois qu'il existe des rapports de nature fiduciaire entre la Couronne et les peuples autochtones. L'incidence de ces rapports sur la structure et le processus des négociations relatives aux

revendications territoriales globales sera traitée d'une manière plus détaillée dans le rapport final de la Commission. Nous nous contenterons de dire ici que le pouvoir supérieur de négociation ne doit pas être exercé d'une manière telle que l'honneur de la Couronne se trouve mis en cause[187]. La Couronne doit tout mettre en oeuvre pour arriver à des ententes où seront reconnus le plus grand nombre de droits possible, et veiller à ce que les droits ancestraux non reconnus ne soient pas rendus illusoires par des affirmations générales de suprématie. Il faut faire en sorte que les droits ancestraux puissent évoluer avec le temps, et ne pas refuser arbitrairement aux autochtones la possibilité d'invoquer l'existence de ces droits à l'avenir en insérant dans les ententes des clauses qui favorisent injustement les droits de la Couronne à l'égard de la terre et de la fonction gouvernementale.

Nous reconnaissons aussi les préoccupations liées au fait que les tribunaux pourraient, à l'avenir, définir les droits ancestraux dans des termes non prévus par les parties au moment de la signature. Dans la rédaction des ententes, il y aurait lieu de veiller à ce que les droits ancestraux reconnus puissent évoluer par suite de changements juridiques favorables. De plus, la primauté des clauses de l'entente par rapport aux droits ancestraux non reconnus, en cas de conflit, ne doit pas, avec le temps, faire d'un texte favorable à l'origine, un instrument qui empêche les parties autochtones de jouir d'un éventuel élargissement de leurs droits légaux et constitutionnels dans le cadre du droit canadien. Il serait injuste – au moins dans certains cas – qu'un droit reconnu à la Couronne dans une entente l'emporte sur un droit ancestral dont les parties ne connaissaient pas l'existence au moment de la conclusion de l'entente. Aussi proposons-nous que les parties soient tenues d'engager de bonne foi des négociations dans le cas où se produiraient, après la signature de l'entente, des changements juridiques importants et imprévus dont, en l'absence de cette entente, la partie autochtone aurait bénéficié. Dans de telles circonstances, les parties devraient avoir l'obligation de participer de bonne foi à des négociations sur les effets de tels changements.

L'incertitude relative aux droits de la Couronne susceptible de découler de cette obligation de négocier dans un tel cas est, à notre avis, l'inévitable prix de la coexistence. Les parties autochtones ne devraient pas être automatiquement et indéfiniment obligées de renoncer à des droits constitutionnels dont elles n'avaient pas connaissance au moment de la signature, simplement pour assurer l'incontestabilité des droits reconnus à la Couronne par une entente, en ce qui concerne la terre et la fonction gouvernementale.

Bien que la Commission estime que la conclusion d'une entente ne doive pas empêcher la partie autochtone de profiter de changements juridiques importants

---

[187] Comparer l'arrêt *R. v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360, p. 367 (C.A.), par le juge MacKinnon (J.C.A.O.) au nom de la cour unanime («Lorsqu'il s'agit d'interpréter les conditions d'un traité, [...] il y va toujours de l'honneur de la Couronne et aucune apparence de "manoeuvres malhonnêtes" ne doit être tolérée»). [traduction figurant dans l'arrêt *Sparrow*]

et imprévus ayant trait à des droits ancestraux non reconnus, il ne faudrait pas pour autant que de tels changements juridiques portent atteinte aux intérêts des tiers qui sont protégés par l'entente. Ces changements devraient plutôt obliger les parties à négocier seulement sur les éventuels conflits ainsi causés entre des droits ancestraux non reconnus et des droits de la Couronne reconnus, et non pas sur les conflits touchant les intérêts de tiers protégés par l'entente. Dans un tel contexte, la sécurité juridique des tiers devrait l'emporter sur l'intérêt des autochtones à bénéficier d'une évolution favorable concernant des droits ancestraux non reconnus.

Les droits ancestraux reconnus dans une entente feront l'objet d'une reconnaissance constitutionnelle en tant que droits issus de traités, en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Tout manquement aux clauses de l'entente de la part de la Couronne équivaudrait à une atteinte à l'article 35 et, partant, serait suspect sur le plan constitutionnel. Toutefois, étant donné la réticence des autorités fédérales à considérer les droits à l'autonomie gouvernementale comme des «droits issus de traités» reconnus et confirmés par l'article 35, il n'est pas exclu que les compromis touchant la fonction gouvernementale qui sont consacrés dans une entente soient bouleversés un jour par des dispositions législatives incompatibles avec l'entente. Pour que les parties autochtones puissent avoir des certitudes en cette matière, la Commission propose aussi qu'il soit convenu dans les ententes futures que les droits ancestraux – y compris les droits relatifs à l'autonomie gouvernementale – qui sont reconnus par l'entente, sont des «droits issus de traités» au sens du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*[188].

Une telle clause garantirait que toute action de la Couronne incompatible avec les droits issus de traités de la nation autochtone concernée – y compris celles qui sont incompatibles avec les droits issus de traités relatifs à l'autonomie gouvernementale – fera l'objet d'un examen constitutionnel. Elle serait donc une source de clarté et de certitude pour les parties autochtones – une clarté et une certitude qui devraient être considérées comme la contrepartie de celles acquises par les gouvernements du fait qu'en cas de conflit avec des droits ancestraux non reconnus dans l'entente, les clauses des ententes prévaudront.

Même si elle compte traiter de cette question d'une manière plus détaillée dans son rapport final, la Commission propose dès à présent que les négociations visent la conclusion d'ententes reconnaissant un droit *inhérent* à l'autonomie gouvernementale, plutôt que d'ententes conférant des pouvoirs législatifs délégués. Comme nous l'avions déclaré dans *Partenaires au sein de la Confédération*, les peuples autochtones «sont les héritiers de pouvoirs de gouvernement, anciens et

[188] Voir *Partenaires au sein de la Confédération*, note 19, p. 47 (les traités mettant en oeuvre le droit à l'autonomie gouvernementale «donneraient naissance à des "droits existants issus de traités", au sens du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et ils [...] seraient en outre protégés contre l'abrogation unilatérale par le Parlement du Canada»).

durables, qu'ils ont conservés à leur entrée dans la Confédération et qu'ils possèdent donc toujours[189]». Le processus des revendications globales est le mécanisme idéal pour la reconnaissance et la mise en oeuvre de ces droits inhérents à l'autonomie gouvernementale. Des négociations fondées sur le principe de la reconnaissance mutuelle permettraient aux parties de chercher un juste équilibre entre la reconnaissance par traité de droits inhérents à l'autonomie gouvernementale et les intérêts concurrents de la Couronne.

En fait, il faut éviter de rétrécir arbitrairement la large gamme d'options offertes par la reconnaissance mutuelle en établissant une politique visant d'emblée à dissocier les négociations sur les revendications territoriales et les négociations sur l'autonomie gouvernementale. Si les parties peuvent effectivement convenir qu'il pourrait être utile dans certains cas de dissocier à la table de négociations les questions relatives au territoire des questions relatives à l'autonomie gouvernementale, le gouvernement fédéral ne devrait pas subordonner les négociations à cette dissociation. Le fait de soustraire les droits à l'autonomie gouvernementale des négociations concernant la reconnaissance mutuelle des droits relatifs au territoire, et vice versa, limite arbitrairement l'objet des négociations, entrave la conclusion d'une entente plus qu'il ne la facilite, et risque fort de conduire à des ententes qui ne reflètent pas les préférences véritables des parties. Par exemple, il se peut qu'une partie autochtone souhaite à juste titre savoir dans quelle mesure une entente pourrait confirmer ses droits à l'autonomie gouvernementale avant de consentir à reconnaître à la Couronne certains droits relatifs au territoire. L'établissement d'une distinction artificielle entre le territoire et la fonction gouvernementale est particulièrement susceptible de fausser les négociations portant sur la catégorie de terres à l'égard desquelles les parties doivent se partager les droits de propriété et la compétence.

Les ententes sur des revendications territoriales globales devraient instituer une relation durable fondée sur le respect mutuel. La force de cette relation, tenant notamment aux protections juridiques établies quant aux intérêts de chaque partie et à l'institution de mécanismes de résolution des différends (par la médiation, notamment), contribuera d'une manière déterminante à réduire les incertitudes susceptibles de naître. Les parties devraient favoriser le plus possible la limitation et la résolution des conflits par le compromis, la négociation et la prise en considération mutuelle d'autres solutions. Il faudrait prévoir dans les ententes que la médiation peut être demandée par l'une ou l'autre partie, afin de réduire le risque que le recours aux tribunaux pour forcer l'exécution de droits issus de traités n'entraîne la détérioration des rapports entre les parties.

Les parties devraient par ailleurs s'efforcer de parvenir à des ententes qui facilitent les correctifs et les modifications en fonction de l'évolution de la situation. Les ententes de courte durée sont intéressantes de ce point de vue, de par

[189] *Partenaires au sein de la Confédération*, p. 36.

leur nature même, puisqu'à leur expiration on peut en renégocier les clauses et rectifier le tir au besoin. La Commission est d'avis que les ententes permanentes devraient prévoir la révision automatique et périodique de leurs clauses par les parties. Ces révisions périodiques permettraient aux parties de discuter de l'opportunité de reconnaître à l'avenir d'autres droits aux autochtones et à la Couronne.

L'extinction du titre et des droits ancestraux permettrait peut-être à la Couronne d'obtenir une plus grande clarté et une plus grande certitude que la solution que nous proposons. Mais l'extinction entraîne, pour les nations autochtones, des effets néfastes infiniment plus importants que les avantages que peut en tirer la Couronne. Elle enlève aux peuples autochtones une occasion fondamentale de voir enfin reconnus et confirmés en droit canadien leurs rapports historiques avec la terre. Elle est incompatible avec les principes de respect, de reconnaissance et de réconciliation qui devraient former l'assise des relations entre les peuples autochtones et la Couronne. On ne doit pas obliger les autochtones à acquiescer à l'extinction de leurs droits : c'est une simple question de justice. La solution que nous proposons ne sacrifie pas les rapports des autochtones avec la terre au nom de la clarté et de la certitude. Tout en favorisant la certitude, elle respecte les rapports historiques profonds des autochtones avec la terre, qu'elle vise à intégrer au droit canadien.

En 1991, le British Columbia Claims Task Force, formé de représentants des premières nations, des autorités fédérales et des autorités provinciales, a recommandé la création d'une commission tripartite dont les membres seraient désignés par les premières nations ainsi que par les gouvernements fédéral et provincial. Il a également recommandé à la Colombie-Britannique de ne pas fonder sur une politique d'extinction les négociations menées avec les communautés autochtones de la province en vue de la conclusion de traités. Dans son rapport, il insiste sur la nécessité d'aller au-delà de l'actuelle politique d'extinction pour instaurer plutôt une approche qui affirme l'existence ininterrompue des droits ancestraux :

> Ainsi que l'enseigne l'histoire, les rapports entre les premières nations et la Couronne n'ont pas été faciles. Il faut maintenant établir et favoriser de nouveaux rapports, dans le cadre desquels serait reconnue la place unique des autochtones et des premières nations au Canada. Ces rapports devront se caractériser par la reconnaissance et le respect des premières nations en tant que nations distinctes et autonomes, ayant des valeurs, une histoire, des langues, des territoires, des institutions politiques et des modes de vie qui leur sont propres. [...]
>
> Il ne faut pas demander aux premières nations d'abandonner des droits constitutionnels fondamentaux afin que d'autres obtiennent la certitude qu'ils souhaitent. La certitude est possible sans

> extinction. Les parties doivent s'efforcer de parvenir à la certitude par la conclusion de traités qui exposent précisément les droits, les obligations et la compétence de chacune des parties[190]. [traduction]

Comme le groupe de travail de Colombie-Britannique, nous sommes d'avis que la véritable coexistence des peuples autochtones et de la Couronne exige la confirmation, et non l'extinction, des droits ancestraux. Nous exhortons le gouvernement fédéral, ainsi que les gouvernements provinciaux et territoriaux, à emboîter le pas au groupe de travail et à tenter de conclure avec les autochtones des ententes durables reconnaissant et confirmant leurs droits ancestraux.

[190] Rapport du British Columbia Claims Task Force (28 juin 1991), pp. 16, 29.

Conclusion

Le processus des revendications territoriales globales donne aux peuples autochtones et à la Couronne une occasion unique de conclure des ententes durables concernant les régimes fonciers, la gestion du territoire et la fonction gouvernementale sur les terres ancestrales des autochtones. Étant donné les difficultés que pose l'intégration des intérêts fonciers des autochtones aux concepts traditionnels du droit canadien, sans compter le temps et l'argent que cela nécessite, les négociations sont préférables à d'interminables procès relatifs au titre ancestral. Cependant, du fait de la politique d'extinction actuellement conduite par le gouvernement fédéral, il est douteux que le processus des revendications territoriales globales favorise la réconciliation des régimes fonciers et des modes de gouvernement autochtones et non autochtones. Le fait de subordonner les négociations à l'extinction du titre ancestral ne s'accorde pas avec l'esprit et l'objectif de la *Proclamation royale de 1763*, de la *Loi constitutionnelle de 1982* et des responsabilités de nature fiduciaire de la Couronne. La Commission estime que, à la politique d'extinction actuellement en vigueur, il faudrait substituer une politique qui reconnaisse et confirme les droits ancestraux, et qui mette en relief la coexistence, la reconnaissance mutuelle ainsi que le partage de la propriété et de la compétence. Les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux peuvent obtenir la clarté et la certitude nécessaires sans exiger des nations autochtones qu'elles acceptent l'extinction de droits ancestraux existants en échange de droits établis par traité.

Pour la Commission, la reconnaissance mutuelle et le partage de la propriété et de la compétence témoignent du fait que les peuples autochtones, depuis leurs

contacts avec les Européens, ont favorisé une relation politique fondée sur le partage et la coexistence. Cela va dans le sens d'un précédent document de travail de la Commission, intitulé *Partenaires au sein de la Confédération : Les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution*. Nous y avons signalé que, tant par des gestes politiques délibérés que du simple fait de vivre quotidiennement les uns à côté des autres, les peuples autochtones et les colons européens ont établi des rapports fondés sur le partage et le respect mutuel. La Commission pense que le moment est venu de faire en sorte que la politique fédérale des revendications globales reflète cette éthique de la coexistence. Elle espère que ses recommandations s'avéreront utiles à cet égard.

Recommandations

La Commission recommande :

1. Que le gouvernement fédéral ne cherche pas à obtenir l'extinction totale des droits fonciers ancestraux en échange de l'octroi de droits ou d'autres avantages établis dans une entente globale.
2. Que le gouvernement fédéral ne pose pas comme condition préalable à la négociation d'une entente globale l'extinction partielle des droits fonciers ancestraux, et que les parties n'aient recours à l'extinction partielle qu'en dernier ressort, après une analyse minutieuse et complète des autres solutions envisageables.
3. Que le gouvernement fédéral fasse en sorte que les ententes globales favorisent la coexistence et la reconnaissance mutuelle.
4. Que les parties s'efforcent de préciser leurs droits respectifs dans une entente, de la manière la plus complète possible.
5. Que les négociations globales visent :
   a) la reconnaissance par la Couronne des droits ancestraux relatifs à la terre et à la fonction gouvernementale, quant à une partie du territoire visé par la revendication;
   b) la reconnaissance par les autochtones des droits de la Couronne relatifs à la terre et à la fonction gouvernementale, quant à une autre partie du territoire visé par la revendication;

c) l'établissement d'une compétence partagée et d'une cogestion sur le reste du territoire visé par la revendication;

d) la protection des intérêts existants des tiers.

6. Que les ententes soient rédigées de manière à permettre l'évolution des droits ancestraux qu'elles reconnaissent, par suite de changements juridiques favorables.

7. Que les parties s'efforcent d'employer des termes qui permettent d'éviter dans la mesure du possible tout conflit entre, d'une part, les droits de la Couronne reconnus dans l'entente et, d'autre part, les droits ancestraux qui n'y sont pas reconnus.

8. Que les ententes stipulent la primauté, en cas de conflit, des droits de la Couronne reconnus dans l'entente et des intérêts des tiers qu'elle protège, sur les droits ancestraux qui n'y sont pas reconnus.

9. Que les ententes imposent aux parties l'obligation de négocier en cas de changements juridiques importants et imprévus touchant les droits ancestraux qui n'y sont pas reconnus. Cette obligation interviendrait dans le cas où, si ce n'était d'un droit reconnu à la Couronne dans l'entente, les changements en question procureraient un avantage à la partie autochtone. Elle n'interviendrait pas lorsqu'un droit reconnu à un tiers empêche la partie autochtone de bénéficier de tels changements.

10. Que les gouvernements acceptent que les droits ancestraux – y compris le droit à l'autonomie gouvernementale – reconnus dans une entente constituent des «droits issus de traités» au sens du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

11. Que les négociations visent la conclusion d'ententes reconnaissant le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale.

12. Que l'ouverture de négociations ne soit pas subordonnée à la tenue de négociations distinctes sur des questions liées à la terre et à l'autonomie gouvernementale.

13. Que les parties instituent des mécanismes – comme la médiation et l'examen périodique – qui permettent de faciliter la résolution des conflits et des différends susceptibles de surgir dans le cadre de leur relation.

Pour tous renseignements :
Commission royale sur les peuples autochtones
C.P. 1993, succursale B
Ottawa (Ontario)
K1P 1B2

Téléphone : (613) 943-2075
Télécopieur : (613) 943-0304
Appels sans frais : 1-800-363-8235 (anglais, français, chipewyan)
1-800-387-2148 (cri, inuktitut, ojibwa)

National Library of Canada
Bibliothèque nationale du Canada
3 3286 50693 2405

ISBN 0-660-94840-0
9 780660 948409