

CA.2.1995-1337

c. 2

# L'autonomie gouvernementale des autochtones

*Questions juridiques  
et constitutionnelles*

Commission royale sur les peuples autochtones





**National Library  
of Canada**

**Bibliothèque nationale  
du Canada**

**L'AUTONOMIE  
GOUVERNEMENTALE  
DES AUTOCHTONES**  
*QUESTIONS JURIDIQUES  
ET CONSTITUTIONNELLES*

*PATRICK MACKLEM*

*WENDY MOSS*

*BRADFORD W. MORSE ET JOHN GIOKAS*

*DON MCMAHON ET FRED MARTIN*

*PETER W. HOGG ET MARY ELLEN TURPEL*

DOCUMENTS PRÉPARÉS DANS LE CADRE  
DU PROGRAMME DE RECHERCHE  
DE LA COMMISSION ROYALE  
SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES

## Données de catalogage avant publication (Canada)

Vedette principale au titre :

*L'autonomie gouvernementale des autochtones questions juridiques et constitutionnelles*

Publ. aussi en anglais sous le titre :

*Aboriginal self-government.*

ISBN 0-660-95106-1

N° de cat. Z1-1991/1-41-7F

1. Autochtones Canada Droit.

2. Autochtones Canada Politique et gouvernement.

I. Canada. Commission royale sur les peuples autochtones.

E92.A3614 1995

342.71'0872

C95-980223-1

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1995

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 : Z1-1991/1-41-7F

ISBN 0-660-95106-1



Groupe	Canada
Communication	Communication
Canada	Group
Édition	Publishing



**L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE  
DES AUTOCHTONES  
QUESTIONS JURIDIQUES  
ET CONSTITUTIONNELLES**

**TABLE DES MATIÈRES**

LES DIMENSIONS NORMATIVES DU DROIT DES AUTOCHTONES À L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE <i>par Patrick Macklem</i>	1
LES DROITS ISSUS DE TRAITÉS ET LA FONCTION GOUVERNEMENTALE DANS L'OPTIQUE INUIT <i>par Wendy Moss</i>	62
LES MÉTIS SONT-ILS VISÉS PAR LE PARAGRAPHE 91(24) DE LA <i>LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1867?</i> <i>par Bradford W. Morse et John Giokas</i>	159
L'APPLICATION DU PARAGRAPHE 91(24) AUX MÉTIS : EST-CE LA SOLUTION? <i>par Don McMahon et Fred Martin</i>	314
LA MISE EN ŒUVRE DE L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE DES PEUPLES AUTOCHTONES : ASPECTS CONSTITUTIONNELS ET QUESTIONS DE COMPÉTENCE <i>par Peter W. Hogg et Mary Ellen Turpel</i>	427

**Note :** Les études regroupées dans ce volume ont été commandées aux auteurs par la Commission royale sur les peuples autochtones dans le cadre de son programme de recherche. Elles ont été achevées entre les mois d'août 1993 et novembre 1994. Les opinions exprimées dans ces études sont celles des auteurs et n'engagent aucunement la Commission royale sur les peuples autochtones.

# LES DIMENSIONS NORMATIVES DU DROIT DES AUTOCHTONES À L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE

par Patrick Macklem

## Table des matières

SOMMAIRE . . . . .	2
INTRODUCTION . . . . .	4
MÉTHODOLOGIE . . . . .	5
OCCUPATION ANTÉRIEURE . . . . .	10
SOUVERAINETÉ ANTÉRIEURE . . . . .	14
TRAITÉS . . . . .	19
AUTODÉTERMINATION . . . . .	26
PRÉSERVATION DE LA CULTURE MINORITAIRE . . . . .	35
VERS UNE SYNTHÈSE NORMATIVE . . . . .	41
CONCLUSION . . . . .	45
NOTES . . . . .	46

## SOMMAIRE

Le présent document constitue une analyse critique des cinq justifications invoquées à l'appui du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale : l'occupation antérieure, la souveraineté antérieure, les traités, l'autodétermination et la préservation de la culture minoritaire. Il met en garde contre le recours exclusif au droit positif pour justifier la reconnaissance du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale tout en reconnaissant les limites d'un argument normatif, étant donné que la philosophie sociale ne cesse d'évoluer. L'étude soutient que chacune des perspectives exprime des vérités uniques sur la nature des droits ancestraux, mais que l'on ne peut s'appuyer sur aucune d'elles à l'exclusion des autres, car on risquerait de ne pas bien saisir l'importance des droits ancestraux en général, et du droit à l'autonomie gouvernementale en particulier.

La revendication de l'occupation antérieure, autrement dit le fait que les peuples autochtones vivaient et occupaient le continent nord-américain avant l'arrivée des Européens, justifie certains aspects du pouvoir accordé, mais elle perd sa force quand il s'agit de justifier le pouvoir gouvernemental des autochtones, lorsqu'il n'est pas directement lié à l'utilisation des terres. La revendication de la souveraineté antérieure, autrement dit le fait que les peuples autochtones aient été souverains sur leur territoire et sur ses habitants avant l'arrivée des Européens, revêt un caractère crucial pour l'autonomie gouvernementale des autochtones. Cette idée dépasse la simple rétrospective historique. Les traités conclus par les premières nations et la Couronne montrent qu'elles étaient considérées par comme des entités autonomes par celle-ci, mais tous les autochtones ne sont pas visés par des traités, et le texte même de certains traités ne montre pas nettement qu'il existait un pouvoir autochtone. Le droit à l'autodétermination, c'est-à-dire le droit

d'un peuple de décider de son autonomie gouvernementale, est aussi au cœur du droit à l'autonomie; il est toutefois difficile de l'invoquer pour justifier le maintien de la participation autochtone aux institutions politiques canadiennes. La protection de la culture minoritaire, autre justification souvent apportée à l'appui de l'autonomie gouvernementale des autochtones, est sûrement l'un des objets de ce droit, quoique à de nombreux égards, les peuples autochtones soient différents des autres minorités culturelles ou raciales du Canada.

Le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale revêt donc des dimensions normatives complexes. Appuyé par un certain nombre de justifications normatives distinctes mais communes, ce droit se défend mieux par une combinaison d'arguments, chacun appuyant une dimension différente de la nature du droit. Un tel point de vue permet de faire échec aux critiques fondées sur le caractère incertain de la pensée normative en refusant consciemment d'ancrer le droit à l'autonomie gouvernementale dans un principe normatif unique. La présente étude soutient que la Commission royale devra envisager différents arguments qui se retrouvent dans les principes d'égalité lorsqu'elle défendra des recommandations éventuelles sur ce sujet.

# LES DIMENSIONS NORMATIVES DU DROIT DES AUTOCHTONES À L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE

PAR PATRICK MACKLEM

## INTRODUCTION

Dans la présente étude, j'ai souhaité examiner les fondements philosophiques du droit à l'autonomie gouvernementale afin d'aider à établir s'il s'agit d'un droit des peuples, des traités, des indigènes, des nations, des races ou des ethnies, ou encore d'un droit à l'occupation de la terre ou d'un droit politique<sup>1</sup>. Les fondements philosophiques du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale sont fortement liés à une justification normative<sup>2</sup>. Quelles sont les justifications normatives du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale? Pourquoi les citoyens canadiens et les institutions canadiennes devraient-ils reconnaître un tel droit aux autochtones? Les Canadiens méritent des réponses à toutes ces questions. C'est pourquoi je présente, analyse et évalue cinq arguments à l'appui du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale : l'occupation antérieure, la souveraineté antérieure, les traités, l'autodétermination et la préservation de la culture minoritaire. À mon avis, chacune des optiques exprime des vérités singulières sur la nature des droits ancestraux et le fait de s'appuyer sur une perspective à l'exclusion des autres ne rend pas totalement justice à l'importance des droits ancestraux en général, et aux droits à l'autonomie gouvernementale en particulier. Je soutiens que la Commission devrait examiner une pluralité d'arguments inscrits dans des principes d'égalité lorsqu'elle aura à défendre ses recommandations.

En plus d'examiner les points forts et les points faibles de plusieurs justifications du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale, je verrai dans quelle mesure ces justifications

s'écartent des valeurs politiques libérales et démocratiques de l'Occident. Autrement dit, je voudrais voir comment les principes qui soutiennent le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale sont liés à des traditions non autochtones de gouvernement<sup>3</sup>. La théorie politique démocratique libérale, en général, est hostile aux droits qui distinguent les individus d'après des caractéristiques raciales ou culturelles. Je montrerai comment au moins certains des principes ci-dessus qui sous-tendent le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale sont plus compatibles qu'il ne semble avec la théorie politique libérale et démocratique.

## MÉTHODOLOGIE

La justification normative des droits fait en général référence aux sources juridiques, et les justifications normatives d'un droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale ne sont pas différentes à cet égard. Comme le droit et la moralité sont profondément liés dans les questions touchant la nature des droits, il est facile de tomber dans un mode de justification qu'on a pu appeler le «positivisme juridique», selon lequel les droits sont simplement le produit de mesures législatives ou judiciaires positives<sup>4</sup>. Le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale peut, par exemple, être justifié comme l'expression d'un droit général international à l'autodétermination<sup>5</sup> ou en référence au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et à la jurisprudence sur les «droits existants — ancestraux ou issus de traités<sup>6</sup>». Une justification positiviste d'un droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale s'appuierait seulement sur des sources juridiques internationales ou nationales pour être reconnue, sans chercher à fournir des motifs philosophiques ou normatifs pour justifier la reconnaissance de ce droit.

Les inconvénients du positivisme à cet égard sont triples. Tout d'abord, les justifications positivistes des droits occultent, mais sans les éliminer, les préoccupations normatives ou philosophiques. Dans la justification positiviste des droits, les préoccupations normatives réapparaissent invariablement, mais sont rarement traitées en relation avec la source de droit invoquée comme le fondement du droit examiné. Si un droit international à l'autodétermination est considéré comme la source juridique d'un tel droit des autochtones, par exemple, les préoccupations normatives qui entourent le droit des autochtones à cet égard tendent à réapparaître en rapport avec ce droit. On peut se demander pourquoi les peuples *devraient* avoir le droit à l'autodétermination? La justification positiviste prend trop souvent la forme d'une pétition de principe; le droit est justifié par le fait que c'est le droit.

Deuxièmement, les justifications positivistes des droits tendent à assumer un degré de déterminisme juridique qui, à bien des égards, n'existe pas<sup>7</sup>. L'indéterminisme juridique, dans ce contexte, existe à la fois en relation avec le choix de la norme juridique applicable ou en relation avec la norme juridique choisie. Dans le premier cas, le droit international, par exemple, appuie et limite le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale. L'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* prévoit que «les personnes appartenant à ces minorités [ethniques] ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle<sup>8</sup>» tandis que la Déclaration universelle des droits de l'homme reconnaît que «tous sont égaux devant la loi<sup>9</sup>». Une évaluation positiviste du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale sera déterminée par le fait que l'on s'appuie sur l'article 27 de la Déclaration universelle, et la loi n'offre que très peu de justification pour ce choix. En outre, la norme juridique choisie pour guider l'examen se révèle

souvent comme un principe hautement abstrait qui pourrait être utilisé de façon logique pour appuyer *et* critiquer la proposition particulière à l'étude. Un droit international à l'autodétermination existe-t-il, par exemple, pour les Canadiens ou pour les peuples autochtones qui habitent le Canada? Les normes juridiques abstraites sont souvent en fin de compte des lieux d'interprétation contestés, et les positions normatives sont nécessaires pour les rendre utiles dans des circonstances particulières.

Troisièmement, les raisonnements positivistes nous enferment souvent dans un système où le droit en cause n'existe pas ou ne devrait pas exister, s'il ne peut pas être justifié en référence à des sources de droit. Par exemple, le droit international en matière d'autodétermination n'englobe pas encore de façon ouverte son application aux peuples indigènes<sup>10</sup>. Vu l'hésitation apparente du droit international à étendre le droit à ces peuples, on est tenté de conclure que le discours sur l'autodétermination est d'importance secondaire. S'il existe peu de sources de droit, voire aucune, pour appuyer la reconnaissance d'un droit, une insistance induite sur les raisonnements positivistes pourrait mettre fin de façon prématurée à l'enquête. Dans un tel cas, le positivisme tend à avoir un effet modérateur sur les études en matière de fondement des droits et occulte le fait qu'il ne s'agit pas de se demander si le droit reconnaît le droit en question, mais plutôt si le droit devrait le reconnaître.

Néanmoins, le droit a une incidence très grande sur la formation et la conceptualisation du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale, et il renferme un certain nombre de justifications à l'appui de cette reconnaissance. Il est pratiquement inévitable de se référer aux sources du droit lorsqu'on évalue les perspectives normatives et philosophiques relatives à ce droit. La présente étude fait largement référence aux sources de droit, bien qu'elle cherche à éviter les écueils

du positivisme en ne considérant pas l'appui juridique comme une condition nécessaire ou suffisante à l'existence du droit.

Après avoir jeté des éléments de doute sur le positivisme juridique, je dois aussi exprimer mes réserves dès le départ quant à la capacité de la pensée normative ou philosophique d'offrir des fondements sûrs aux droits. À une époque marquée par la dénonciation vigoureuse du raisonnement abstrait et une aversion profonde envers tout projet qui vise à l'émancipation universelle des hommes par la mobilisation des pouvoirs de la raison<sup>11</sup>, toute tentative visant à expliquer, ancrer, garantir, justifier, rationaliser, ou simplement exposer, la nature des droits est immédiatement l'objet de critiques fondées sur le caractère contingent de l'entreprise. Des théories jadis considérées comme des fondements normatifs qui transcendaient les différences culturelles sont de plus en plus considérées comme de nature locale, temporelle et ancrées dans la convention et l'histoire<sup>12</sup>.

Face aux revendications qui font valoir la nature purement contingente de la vie postmoderne, il est tentant de considérer la contingence même comme une source de justification des droits. Toutefois, les tentatives d'ancrage des droits dans cette contingence, afin de protéger, par exemple, la différence culturelle, ne sont pas à l'abri des critiques. La différence culturelle, en tant que fondement d'une théorie des droits, est tout aussi suspecte comme source du droit que toute théorie qui a des prétentions universelles, non seulement à cause du fait que le bénéficiaire allégué, la culture même, n'est pas un objet monolithique qui peut être préservé grâce à l'imposition d'un réseau juridique de droits et d'obligations, mais aussi parce que la culture est un tissu actif d'allégeances diverses qui se recoupent constamment et résistent à tout effort de définition juridique<sup>13</sup>. Il suffit de citer les débats sur le sexe et l'indigénité en relation avec la *Charte canadienne*

*des droits et libertés* et les efforts récents de réforme constitutionnelle<sup>14</sup>.

Ni l'indéterminisme juridique ni le caractère contingent de la vie moderne n'empêche une justification normative. En fait, l'acceptation de l'indéterminisme et de la contingence peut avoir un effet libérateur sur la pensée normative. Ce que l'on estimait jadis comme fixe et immuable est maintenant ouvert à la critique, à la transformation et à la réforme. Néanmoins, les justifications normatives qui prennent le caractère indéterminé et contingent au sérieux sont nécessairement des tentatives incomplètes. Au lieu de fournir des fondements a-historiques, a-culturels et universels aux droits, ces justifications recourent à des motifs normatifs pour persuader les gens de reconnaître que certains intérêts sont plus importants que les autres et, dans le cas d'un droit autochtone à l'autonomie gouvernementale, de reconnaître que certains intérêts méritent d'être rangés parmi les droits constitutionnels.

Nous chercherons ici à proposer, de façon directe et dans des termes normatifs, plusieurs justifications d'un droit à l'autonomie gouvernementale des autochtones. Chaque justification a une revendication morale qui signifie, selon nous, que l'on produit un motif normatif pour reconnaître un droit à l'autonomie gouvernementale. Chacune des justifications a un attrait différent. Certaines ne se résument qu'à un sens intuitif de l'équité, tandis que d'autres font appel à des valeurs plus profondes et censément contestées, comme l'égalité et la liberté contractuelle. Ce qu'elles ont toutes en commun, du moins nous le souhaitons, c'est un certain degré d'acceptation tant par les autochtones que par les non-autochtones. Face à la contingence, la seule chose que nous puissions revendiquer est, dans une certaine mesure, un objectif commun<sup>15</sup>

## OCCUPATION ANTÉRIEURE

La théorie qui est peut-être la plus courante en ce qui concerne les droits ancestraux en général consiste à dire que les peuples autochtones ont de tels droits parce qu'ils vivaient sur certaines parties du continent américain et les occupaient avant l'arrivée des Européens. L'argument fondé sur l'occupation antérieure constitue une conception relativement directe de l'équité qui laisse entendre, toutes autres choses étant égales par ailleurs, que l'occupant antérieur du territoire possède un droit plus valable sur ce territoire que les personnes qui y sont arrivées par la suite<sup>16</sup>. Les arguments fondés sur l'occupation antérieure sont assez courants dans les justifications doctrinales des droits ancestraux sur le territoire. La common law du titre ancestral est largement influencée par le fait que les peuples autochtones occupaient le continent de « temps immémorial<sup>17</sup> ». La common law reconnaît que les peuples autochtones jouissent de droits d'usufruit en common law pour utiliser et jouir des terrains s'ils peuvent démontrer « qu'eux et leurs ancêtres doivent avoir été membres d'une société organisée qui occupait le territoire précis sur lequel sont exercés des droits, à l'exclusion de toute autre société organisée, à l'époque où l'Angleterre imposa sa Souveraineté<sup>18</sup> ».

Le discours qui porte sur les droits ancestraux a commencé récemment à dériver d'une insistance sur les droits de propriété vers une préoccupation davantage liée au droit de se gouverner. Bien que le droit du premier occupant soit, en général, cité comme fondement au titre ancestral en common law, la revendication de première occupation peut être, et elle l'a été, étirée pour justifier, non seulement des différences dans les droits de propriété, mais aussi certains aspects de l'autonomie. L'occupation antérieure, autrement dit, peut aussi servir à appuyer des arguments sur le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale,

du moins en relation avec des décisions sur l'utilisation des terres et des ressources<sup>19</sup>.

Cet argument de l'occupation antérieure présente un avantage dans ce contexte en ce qu'il offre une valeur normative tant pour les autochtones que pour les non-autochtones. Il est conforme à une conception philosophique et juridique relativement directe et non autochtone qui consiste à détenir légitimement un territoire, plus précisément, toutes choses étant égales par ailleurs, que les premiers occupants des terrains ont un droit beaucoup plus valide d'utilisation et de jouissance des biens que les nouveaux arrivants<sup>20</sup>. Jean-Jacques Rousseau, par exemple, a retracé les origines du droit de propriété jusqu'au «premier occupant<sup>21</sup>». De la même manière, sir William Blackstone, dans ses *Commentaries on the Laws of England*, a écrit [TRADUCTION] «l'occupation est la chose par laquelle le titre a en fait été obtenu à l'origine; un homme prend possession pour son usage permanent des parcelles de terrains qu'il juge les plus agréables pour sa propre convenance, à condition qu'elles ne soient pas occupées valablement par quelqu'un d'autre<sup>22</sup>». Plus récemment, le philosophe libertaire Robert Nozick a échafaudé une théorie de la justice fondée sur les droits de propriété. À son avis, l'action de l'État qui ne respecte pas les acquisitions justes ou les transferts de propriété est, en soi, injuste<sup>23</sup>.

Les revendications d'occupation antérieure ont aussi une résonance et un aspect particuliers pour les peuples autochtones, dans la mesure où l'utilisation et la jouissance du terrain par des autochtones sont souvent dotées, dans leur esprit, d'une dimension spirituelle profonde. Les peuples autochtones font souvent référence à une conception unique de la terre selon laquelle cette dernière n'est pas considérée comme un simple bien mais plutôt comme quelque chose avec quoi les peuples autochtones ont des liens spirituels, ce dont atteste

le puissant témoignage donné par les chefs gitksan, en 1884, sur la conception autochtone de la terre :

[TRADUCTION] Pour nous, ce district ressemble à un animal, et notre village qui s'y trouve, à son coeur. Lorne Creek, qui est presque à l'extrémité de celui-ci, pourrait être assimilé au pied de l'animal. Nous savons que l'animal peut vivre sans un pied et même sans ses deux pieds. Mais nous savons aussi que chacune de ces pertes le rend plus démuné et nous ne souhaitons pas rester inactifs, à moins que nous soyons presque inactifs ou tout à fait inactifs<sup>24</sup>

Comme l'a dit, de façon succincte, le chef James Gosnell dans sa déclaration à la conférence des premiers ministres de 1983 sur les questions constitutionnelles autochtones :

[TRADUCTION] Nous avons toujours cru [...] que, lorsque Dieu a créé la terre entière, il a donné des parcelles de terres à toutes les races dans le monde, le peuple chinois, allemand, etc., y compris aux Indiens. De telle sorte qu'à un certain moment, notre territoire s'étendait sur tout ce continent, depuis la pointe extrême de l'Amérique du Sud jusqu'au Pôle Nord [...]

Nous avons toujours cru que Dieu nous avait donné cette terre [...] et nous déclarons que personne ne peut nous la reprendre, sauf Celui qui nous l'a donnée à l'origine<sup>25</sup>

De la même manière, Oren Lyons a déclaré :

[TRADUCTION] Qu'est-ce que les droits ancestraux? C'est la loi du Créateur et c'est pourquoi nous sommes ici; il nous a placés sur cette terre. Il n'y a pas mis les Blancs; il nous y a mis avec nos familles. et par cela je veux dire les ours, les rennes et les autres animaux. Nous sommes le peuple autochtone, et nous avons le droit de préserver la vie sur cette terre. Nous partageons la terre entre nous, non seulement tous les hommes mais aussi avec les animaux et tout ce qui vit sur notre terre. Elle est notre responsabilité. Chaque génération doit assumer sa responsabilité en vertu de la loi du Créateur. Nos ancêtres ont fait leur devoir et, maintenant, nous devons faire le nôtre. Les droits ancestraux signifient la responsabilité autochtone, et nous avons été placés ici pour l'assumer<sup>26</sup>.

La justification du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale, en référence au fait que les peuples autochtones vivaient sur des parties du continent qu'ils occupaient avant l'arrivée des Européens, se rapproche beaucoup des expériences subjectives de bon nombre de peuples autochtones en ce qui concerne la terre.

Le deuxième avantage qu'il y a à ancrer le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale par renvoi à l'occupation antérieure provient du fait que ce raisonnement correspond au cadre juridique dominant qui entoure l'affirmation des droits ancestraux au Canada. La jurisprudence sur le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* indique que les pratiques aborigènes «intégrales» à la définition de la collectivité autochtone qui n'étaient pas éteintes par la loi avant 1982, peuvent être confirmées en tant que droits constitutionnels<sup>27</sup>. De là à protéger un droit de pêche, par exemple, en tant qu'accessoire au titre ancestral, il n'y a qu'un pas, et il en va de même pour la protection des droits sur les lieux et saisons de pêche, et le droit de pêcher. Cette dernière série d'activités protégées fait intervenir des éléments de compétence sur le territoire et les personnes, et peut donc être considérée comme accessoire à un droit plus général d'autonomie gouvernementale des autochtones. Une revendication d'occupation antérieure à l'appui d'un droit autochtone à l'autonomie gouvernementale offre, autrement dit, l'avantage de se conformer de façon étroite au mode juridique traditionnel de conceptualisation des droits ancestraux.

La valeur de l'occupation antérieure du territoire comme justification commence toutefois à s'effriter une fois que le droit à l'autodétermination est affirmé dans des contextes autres que ceux de l'utilisation du territoire. L'occupation antérieure du territoire peut justifier de reconnaître un certain pouvoir de contrôle sur la manière dont le territoire est utilisé et par qui, contrôle qui pourrait être

considéré comme des manifestations d'un droit à l'autonomie gouvernementale. On ne voit toutefois pas très bien pourquoi ou comment l'occupation antérieure du territoire justifierait, par exemple, le pouvoir des autochtones de régler les agressions contre personne. Il faudrait un argument plus valable que l'occupation antérieure pour donner un soutien normatif à la différence de traitement des personnes, fondée sur une différence indigène qui découle du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale. Le fait d'appuyer un droit général des autochtones à l'autonomie gouvernementale, en référence à des revendications d'occupation antérieure du territoire, même s'il est conforme à la conception traditionnelle du titre ancestral en droit canadien, ne justifie que certains types de pouvoir autochtone.

#### **SOUVERAINÉTÉ ANTÉRIEURE**

La théorie de l'occupation antérieure revient parfois à invoquer la souveraineté antérieure. De façon plus particulière, les autochtones devraient avoir le droit d'exercer le contrôle sur leur territoire et leur peuple, du fait qu'ils exerçaient un pouvoir souverain sur ceux-ci avant l'arrivée des Européens. Selon les termes de Georges Erasmus et de Joe Sanders, [TRADUCTION] «c'est chose attestée dans l'histoire qu'avant l'arrivée des Européens [...] les Premières nations possédaient et exerçaient une souveraineté absolue sur ce qui s'appelle maintenant le continent nord-américain<sup>28</sup>». La revendication de souveraineté antérieure suppose que la souveraineté autochtone inhérente ne devrait pas être considérée comme abandonnée ou éteinte par l'établissement d'États-nations de type occidental, ou par des traités avec la Couronne. En revanche, la souveraineté autochtone préexistante devrait être reconnue sous forme de droit autochtone à l'autonomie gouvernementale au sein de la fédération canadienne. Dans ce contexte, le droit à

l'autonomie gouvernementale correspond à un certain compromis entre le désir idéaliste de remonter le temps pour préserver la souveraineté autochtone de façon intégrale par rapport à l'État canadien, et une acceptation résignée de l'assimilation des autochtones. La reconnaissance d'un droit à l'autonomie gouvernementale permettrait de restaurer, du moins en partie, l'autorité souveraine des peuples autochtones qui existait avant l'arrivée des Européens. Les nations autochtones auraient donc une certaine compétence sur des questions qui sont fondamentales pour leur originalité indigène, tout en participant aux institutions politiques canadiennes et en y étant représentées.

La force normative qui motive une revendication de souveraineté antérieure tient à sa critique implicite du caractère légitime des affirmations de souveraineté par les Britanniques et les Français sur les peuples autochtones. Les principes de droit international qui régissaient les revendications de souveraineté au moment de l'arrivée des Européens reconnaissent l'affirmation de la souveraineté en cas de conquête et, dans le cas des peuples indigènes, de sédentarisation. En critiquant la légitimité des principes juridiques de la conquête dans ce contexte, on arrive à soutenir que les nations indiennes n'ont pas été conquises, qu'elles n'auraient pas dû être conquises et que la conquête ne devrait pas entraîner la fin de la souveraineté préexistante des autochtones. La critique de la légitimité des principes de colonisation revient à dire que la colonisation de l'Amérique du Nord n'aurait pas dû, en soi, conduire à la disparition de toute souveraineté antérieure des autochtones. Bien que la souveraineté britannique ait peut-être dû s'appliquer vis-à-vis des colons sur le continent et les régir, il n'y avait pas de raison valable de l'appliquer du même coup aux nations autochtones, en excluant les modes autochtones de gouvernement.

Il existe des motifs juridiques qui permettent au droit international de tolérer l'affirmation de la souveraineté des Français et

des Britanniques sur les peuples autochtones, et d'autoriser, en apparence, la déniégation d'un droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale. Toutefois, ces motifs juridiques peuvent être l'objet d'un examen normatif et devraient l'être. Comme on le sait bien, au moment de l'arrivée des Européens, d'après la doctrine des découvertes, le droit international considérait les nations autochtones comme inférieures aux nations européennes et ne reconnaissait donc pas la souveraineté des autochtones en Amérique du Nord. En conséquence, la simple colonisation, par opposition à la conquête ou au traité, a été suffisante pour affirmer la souveraineté sur les peuples autochtones du continent<sup>29</sup> Comme on le sait aussi très bien, la justification offerte par le droit international à l'appui de cette conclusion reposait sur des prémisses racistes et, en conséquence, il est inacceptable sur le plan normatif, d'après des normes tant autochtones que non autochtones, de se servir de ce motif pour refuser l'autonomie gouvernementale aux peuples autochtones.

En ancrant le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale dans le principe de la souveraineté antérieure des indigènes, on peut donc faire une analogie avec le Québec. Après la conquête par les Français, les droits et les institutions du Québec, en fait le droit à l'autonomie gouvernementale, sont restés en vigueur jusqu'à ce qu'ils soient expressément révoqués par le Parlement britannique. La reconnaissance de la souveraineté antérieure a entraîné un traitement de la population d'origine française et continue à le faire au Canada. Il est vrai que la souveraineté britannique sur le Québec a été acquise par la conquête, tandis que la souveraineté britannique et française sur les peuples autochtones, en vertu du droit international, ne l'a été que par le simple fait de l'établissement. Toutefois, on aurait pu croire que la reconnaissance de la souveraineté antérieure était plus importante sur le plan normatif, avait plus de force en cas de colonisation qu'en cas de

conquête. Néanmoins, même si l'on tient compte de certaines différences de principe entre la conquête et la colonisation, la manière dont les Britanniques et les Canadiens ont traité le Québec révèle que la reconnaissance permanente de la souveraineté antérieure d'une colonie ou d'une nation n'est pas étrangère aux principes politiques fondamentaux de l'État canadien.

Il existe plusieurs inconvénients à l'insistance sur la souveraineté antérieure dans une défense normative du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale. Bien que l'affirmation de la souveraineté européenne sur les peuples autochtones ait été clairement fondée sur des hypothèses racistes à propos des différences indigènes, peut-on dire que l'affirmation de la souveraineté des Canadiens sur les autochtones soit de nos jours fondée sur des principes racistes? C'est-à-dire que l'affirmation de la souveraineté par une nation sur une autre n'est pas en soi illégitime sur le plan normatif; sa légitimité dépend des justifications qui peuvent être invoquées pour sa défense. Parmi celles-ci figurera, sans aucun doute, le motif historique effectif de l'affirmation initiale de la souveraineté; cependant, d'autres motifs, qui ne sont pas liés à la justification historique, peuvent se manifester avec le temps pour appuyer de façon indépendante l'affirmation de souveraineté. Le fait de démontrer la faillite morale de la justification historique ne mettra peut-être pas fin à l'enquête.

Par exemple, il se peut que, quels que soient les motifs historiques qui justifient son existence, il n'y ait pas de raisons pragmatiques pour continuer à respecter l'autorité de l'État canadien sur les peuples autochtones. Le juge en chef John Marshall de la Cour suprême des États-Unis, parlant de la doctrine de la découverte, a déclaré ce qui suit : [TRADUCTION] « si le principe avait été affirmé au départ, et soutenu par la suite; si un pays avait été acquis et maintenu en vertu de ce principe; si les biens de la grande masse de la collectivité en

provenaient, cela devenait le droit du pays et ne pourrait pas être remis en cause<sup>30</sup>». Un argument qui remonte dans le temps pour corriger les erreurs du passé tend à perdre sa force normative à la longue. Les droits valables, tant des autochtones que des non-autochtones, qui découlent de l'affirmation de la souveraineté sur les peuples autochtones méritent sans doute d'être protégés par le biais du respect de la souveraineté canadienne et de la législation connexe, bien que les justifications initiales de l'affirmation de la souveraineté soient elles-mêmes suspectes.

Une telle attitude pragmatique marque la réticence du droit international à se demander si les frontières des États existants sont légitimes. Selon les termes de James Anaya, il existe :

[TRADUCTION] une tendance normative dans le processus de droit international, à favoriser la *stabilité par le biais du pragmatisme* par rapport à l'instabilité, même aux dépens du principe traditionnel. D'après des sociologues, il existerait aujourd'hui environ 5 000 groupements ethniques ou nationaux distincts dans le monde, et chacun de ces groupes se définirait, en grande partie, par référence à son histoire. Ce chiffre pâlit par rapport au nombre d'États indépendants qui existent dans le monde, soit environ 176. En outre, sur les nombreux groupements culturels qui n'ont pas d'État et qui ont été privés de quelque chose d'équivalent à la souveraineté à un certain moment de leur histoire, bon nombre ont aussi, de la même manière, privé d'autres groupes de leur autonomie à un certain moment. Si le droit international devait embrasser intégralement toutes les revendications ethniques d'autonomie, sur la base de la souveraineté historique, le nombre de contestations potentielles des frontières actuelles des États, ainsi que l'incertitude qu'il y aurait vraisemblablement à l'affirmation de revendications concurrentes de souveraineté avec le temps, pourraient mettre le système international dans un état de fluidité juridique et faire du droit international un agent d'instabilité au lieu d'un agent de stabilité<sup>31</sup>.

L'objection ci-dessus peut être contrée en disant que la reconnaissance du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale ne doit pas signifier le rejet total de la souveraineté canadienne sur les

autochtones. La reconnaissance d'un droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale est mue par le désir de reconnaître la souveraineté inhérente des autochtones à la lumière de l'existence de l'État canadien. Les intérêts qui sont nés avec l'établissement des lois et des institutions canadiennes ne sont pas automatiquement menacés par la reconnaissance d'un droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale. Que ces droits soient menacés dépendra de la portée du droit, qui sera à son tour défini vraisemblablement par une évaluation ouverte, et de fait pragmatique, de tous les intérêts pertinents en cause.

Toutefois, l'autre inconvénient à se fonder sur une revendication de souveraineté antérieure à l'appui de la reconnaissance du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale, est qu'elle semble incomplète. Autrement dit, le fait que les Européens aient affirmé leur souveraineté avec des justifications racistes ne justifie pas, à lui seul, que le Canada reconnaisse le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale. Une revendication à la souveraineté antérieure tend à diluer les autres motifs qui sont appuyés par un droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale. Ces objectifs incluent la protection de la différence culturelle des autochtones et l'amélioration de leur situation désavantagée. Il est clair que toute défense normative d'un droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale renverra et devrait renvoyer à la souveraineté autochtone antérieure. Toutefois, ce droit des autochtones signifie plus que la restauration partielle de leur souveraineté, telle qu'elle était antérieurement, et une défense normative complète de ce droit devrait en témoigner.

## **TRAITÉS**

Les traités intervenus entre la Couronne ou les autorités coloniales et les nations autochtones sont souvent avancés pour justifier la reconnaissance

d'un droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale. Les peuples autochtones ont fait savoir dès le départ qu'ils étaient distincts et autonomes par des négociations collectives sur les termes de la colonisation et l'expansion des non-autochtones sur le continent. Selon les termes de Francis Bruno, un ancien qui faisait un commentaire sur le Traité 8, [TRADUCTION] «comme je le comprends, nous devions partager les terres avec d'autres personnes qui étaient les Blancs. C'était l'objectif du traité, je pense, puisqu'il devait y avoir davantage de Blancs, pour partager la terre avec eux<sup>32</sup>.» Une perspective fondée sur le traité en faveur du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale fait valoir que la relation entre les nations autochtones et le Canada devrait être fondée sur le processus de conclusion de traités qui reconnaissait les droits à l'autonomie gouvernementale, au nom des peuples autochtones, et une relation d'égalité et de respect mutuel entre les nations autochtones et la Couronne.

Ce point de vue est celui de Robert Clinton, qui soutient que les nations autochtones situées aux États-Unis ont le droit de revendiquer certains droits collectifs en tant que groupes, en vertu de promesses faites par le gouvernement des États-Unis de leur donner l'autonomie politique<sup>33</sup>. Clinton cherche notamment à prouver que les droits des nations indiennes, [TRADUCTION] «tout en semblant initialement étrangers au droit anglo-américain, peuvent avoir plus de points communs avec les doctrines juridiques occidentales existantes [...] que ce que l'on croit à première vue<sup>34</sup>». Voici ce qu'il écrit :

[TRADUCTION] Les tribus indiennes et autres peuples indigènes ont aussi des revendications légitimes à des droits collectifs. Aux États-Unis, par exemple, les tribus des États du Sud ont cédé de grandes portions de leur territoire en échange de promesses explicites de traité. Ces traités, faits sous l'autorité solennelle des États-Unis, promettaient que les tribus s'en iraient dans une zone qui échappe à l'autorité de l'État ou à l'autorité fédérale et, qu'une fois qu'elles y seraient, elles s'autogouverneraient

exclusivement d'après leurs propres lois et ne seraient pas assujetties aux lois d'un État ou du territoire fédéral [...] De la même manière, la plupart des tribus ont accepté de céder des terres, de mettre fin aux hostilités, ou de s'en aller autrement dans ces îlots indiens que nous appelons les réserves indiennes, avec des garanties explicites ou implicites que ces îlots deviendraient des sanctuaires *collectifs*. Ces accords prévoyaient que les réserves tribales permettraient aux tribus de maintenir une partie de leur culture, de leur mode de vie et de leur autonomie politique, à l'abri de l'influence de la société coloniale dominante qui empiétait rapidement sur leur culture et en affaiblissait des éléments importants [...] Tous ces droits faisaient intervenir des revendications d'autonomie collective pour les Indiens, et non pas des libertés individuelles. De fait, les traités ont été négociés avec les tribus, en tant que nations internes dépendantes et distinctes, et non pas avec des individus<sup>35</sup>.

Clinton cite un traité entre les États-Unis et la nation cherokee pour étayer son propos :

[TRADUCTION] Les États-Unis s'engagent, par les présentes, à ce que les terrains cédés à la nation cherokee dans l'article précédent ne soient jamais inclus à l'avenir, sans leur consentement, dans les limites territoriales ou les limites de compétence d'un État ou d'un territoire. Mais ils veilleront à ce que la nation cherokee ait le droit, par le biais de ses conseils nationaux, de légiférer et de faire appliquer ces lois comme elle le juge nécessaire pour le gouvernement et la protection des personnes et des biens, sur son propre territoire qui appartient à son peuple ou aux personnes qui lui sont liées<sup>36</sup> [...]

Selon les termes de ce traité, on voit une revendication puissante à l'autonomie gouvernementale qui est peut-être encore mieux exprimée par l'appel adressé au Congrès en 1830 par la nation cherokee pour que le peuple cherokee soit autorisé à demeurer sur ses terres ancestrales :

[TRADUCTION] Nous voulons demeurer sur les terres de nos ancêtres. Nous avons un droit parfait et original à y demeurer sans interruption ou privation de jouissance. Les traités conclus avec nous, et les lois des États-Unis adoptées conformément à des traités, garantissent notre résidence et nos privilèges, et nous protègent contre les intrus. La seule chose que nous demandons,

c'est que ces traités soient respectés et que ces lois soit appliquées<sup>37</sup>.

John Danley allie l'argument de l'occupation antérieure à celui qui est fondé sur le traité pour défendre l'autonomie des autochtones. Il écrit qu'à la différence des autochtones qui étaient ici avant, et qui peuvent être considérés comme un peuple avec lequel des traités ont été signés, les personnes qui ont récemment émigré aux États-Unis

[TRADUCTION] ne peuvent pas faire appel au nationalisme doctrinal parce qu'elles ont consenti volontairement à faire partie de la communauté politique des États-Unis. Elles ont négocié non pas en tant que groupe, mais en tant qu'individus avec le gouvernement des États-Unis. Aucun traité n'a été signé ou n'aurait dû être signé avec leurs représentants<sup>38</sup>.

Les nations autochtones ont droit à leurs propres formes distinctes de gouvernement parce que, contrairement aux autres groupes dont les membres ont consenti à accepter les valeurs politiques américaines, les autochtones étaient ici les premiers et ce sont eux qui ont négocié leurs liens politiques avec le gouvernement non indigène de façon collective, et non pas individuelle.

Peut-être les défenseurs les plus connus d'une démarche fondée sur le traité pour apprécier le lien entre les nations autochtones et les États naissants ont-ils été Russell Lawrence Barsh et James Youngblood Henderson, qui soutiennent que la philosophie américaine traditionnelle sur le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale présume, à tort, que les nations autochtones ont été conquises par les États-Unis et par conséquent, qu'elles ont le droit de se gouverner d'après leurs propres lois seulement dans la mesure où le Congrès ne l'interdit pas par une loi contraire<sup>39</sup>. Selon Barsh et Henderson, les principes de common law sur la conquête ont vicié la compréhension des traités, de sorte qu'ils sont considérés à tort comme des documents qui présentent les conséquences de la conquête et qui peuvent être mis de côté par le

Congrès si les circonstances l'imposent. À leur avis, l'application du droit de la conquête aux nations autochtones n'a pas de fondement historique<sup>40</sup>. Les nations autochtones ne devraient pas être considérées comme ayant tout simplement le droit de se gouverner tant que le Congrès n'en décide pas autrement. Les traités devraient être considérés plutôt comme une source de pouvoir *fédéral* qui énonce les termes selon lesquels le pouvoir fédéral peut être exercé aux États-Unis :

[TRADUCTION] «les traités sont une forme de reconnaissance politique et un indice de la distribution consensuelle des pouvoirs entre les tribus et les États-Unis<sup>41</sup>». Tout comme l'entente entre les États américains qui a créé le gouvernement fédéral, les traités réservent à la tribu les pouvoirs qui ne sont pas expressément délégués au Congrès.

La signification normative du processus de conclusion de traités tient aux principes de consentement, et la démarche suggère une reconnaissance mutuelle du pouvoir politique respectif des parties<sup>42</sup>. En outre, plusieurs ententes sur des revendications territoriales contemporaines au Canada avec les Cris et d'autres nations ont prévu une certaine forme d'autonomie pour les Indiens et elles pourraient servir de fondement à un droit à l'autonomie gouvernementale<sup>43</sup>. Toutefois, une défense fondée sur les traités souffre de plusieurs faiblesses. Tout d'abord, elle ne peut avoir plus de force que le libellé du traité sur lequel elle s'appuie. Le texte du traité négocié par la nation cherokee qui est cité par Clinton est tout à fait en faveur du droit à l'autonomie, et il protège donc la nation cherokee du droit étatique et l'autorise à promulguer le droit cherokee. Toutefois, de nombreuses nations autochtones au Canada ont négocié avec la Couronne des traités qui privaient leur peuple de tout droit particulier sur les terres et les forçaient à s'en aller sur des parcelles de terre non productives. Dans ces cas-là, il faudrait un argument supplémentaire sur la manière d'interpréter le texte d'un traité apparemment restrictif comme

impliquant le droit à l'autonomie gouvernementale pour étendre un droit à l'autonomie de ces nations fondé sur le traité, d'après ce qui leur revient comme droits tronqués en vertu des traités. D'autres traités au Canada, en particulier ceux qui ont été négociés tôt dans l'histoire de la colonie britannique, prévoient le maintien de l'autonomie autochtone et pourraient servir de fondement au droit à l'autonomie gouvernementale<sup>44</sup>. Toutefois, si ce droit est exclusivement fondé sur le texte du traité, sa nature et sa portée différeraient de façon importante d'une nation autochtone à l'autre. Il en découlerait une justice hétéroclite dans laquelle la nature et la portée de l'autonomie autochtone dépendraient du pouvoir de négociation dont disposaient les ancêtres de l'un ou de l'autre à un moment particulier, dans un passé lointain.

Deuxièmement, bon nombre de nations autochtones n'ont pas conclu de traité avec les autorités canadiennes ou avec la Couronne. Le peuple wet'suwet'en de l'intérieur de la Colombie-Britannique, par exemple, n'a jamais signé de traité, que ce soit avec la Couronne fédérale ou provinciale. Si le droit à l'autonomie gouvernementale est fondé sur le processus de conclusion de traité, quel type de droit vient donc appuyer la revendication des Wet'suwet'ens? S'ils jouissent aussi d'un droit à l'autonomie gouvernementale, la source du droit ne peut donc pas être le processus de conclusion de traité. Une justification fondée sur le traité à l'appui d'un droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale doit être appuyée par d'autres arguments, pour pouvoir s'appliquer à toutes les nations autochtones du pays.

Troisièmement, la logique d'une justification fondée sur le traité nous amène à conclure qu'en l'absence de traité, le Canada n'a aucun pouvoir souverain sur les autochtones. Bien que cette position soit certainement facile à défendre, à supposer qu'il soit conclu que les principes de conquête et de colonisation justifiant l'affirmation de la souveraineté soient en eux-mêmes injustes<sup>45</sup>, nous restons dans la

situation précaire où il faut réclamer l'indépendance complète des autochtones, ce qui leur nie alors le droit de jouir des avantages liés à la citoyenneté canadienne, en plus d'avoir le droit à l'autonomie. La justification fondée sur le traité, pour un droit à l'autonomie gouvernementale, lorsqu'elle est appliquée à un peuple autochtone qui n'est pas partie à un traité, ne constitue pas un argument pour promouvoir une participation pleine et entière aux institutions publiques canadiennes ou défendre son droit de s'autogouverner.

Ce qui est utile et important de retenir, d'après les enquêtes qui ont été faites et qui insistent sur l'importance du processus de conclusion de traité, n'est pas tant que le traité est la source du droit à l'autonomie gouvernementale. Les traités peuvent servir ou non à fonder un tel droit pour les autochtones. Comme il a été dit ci-dessus, cela dépend du texte du traité, en particulier, et du fait que la nation autochtone ait ou non signé un traité avec la Couronne. En revanche, l'importance des traités et de la demande de conclusion des traités tient au fait que le processus prouve que la Couronne a estimé que les nations autochtones étaient suffisamment autonomes, par le passé, pour conclure un traité avec elles. En outre, la démarche montre que la Couronne considérait qu'il était nécessaire et souhaitable d'obtenir des accords par voie de traité avant d'assujettir les autochtones à un droit étranger. Autrement dit, le processus d'élaboration de traités vient appuyer le fait que les nations autochtones étaient (et étaient considérées comme telles par la Couronne) des collectivités qui s'autogouvernaient, et qui avaient le droit de le faire jusqu'à ce qu'elles aient montré une intention contraire. La démarche de conclusion de traités signale que les nations autochtones ont un droit à l'autonomie gouvernementale, et que la Couronne a reconnu ce fait depuis bien longtemps.

## AUTODÉTERMINATION

Un autre argument normatif en faveur d'un droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale est celui qui est centré sur le droit d'un peuple ou d'une nation à l'autodétermination. Les principes juridiques internationaux qui concernent le droit à l'autodétermination sont souvent invoqués à l'appui de la proposition normative voulant que tous les peuples, ou toutes les nations, soient capables de décider de leur avenir propre ou de leur destinée politique sans ingérence externe<sup>46</sup>. Pour paraphraser James Anaya, le droit à l'autodétermination est né dans le lexique de plus en plus étendu du droit international qui traduit les préoccupations en matière de droits de la personne et, par conséquent, il s'agit d'un droit fondamental qui est le propre, collectivement, de groupes d'êtres humains vivants<sup>47</sup>. C'est pourquoi le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale peut être considéré comme une expression nationale et constitutionnelle de l'idéal normatif d'autodétermination.

Les sources juridiques internationales à l'appui d'un droit à l'autodétermination sont, notamment, l'article 1(2) de la Charte des Nations Unies qui édicte le principe de l'autodétermination comme étant l'un des objectifs des Nations Unies<sup>48</sup>. L'article 55 de la Charte prévoit un certain nombre d'objectifs sociaux et économique «[e]n vue de créer les conditions de stabilité et de bien-être nécessaires pour assurer entre les nations des relations pacifiques et amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes<sup>49</sup>». De même, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* prévoit que «[t]ous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes [...] et assurent librement leur développement économique, social et culturel<sup>50</sup>». L'autodétermination a aussi été décrite comme un droit par la Cour internationale de justice<sup>51</sup>.

À l'origine, le principe de l'autodétermination était principalement invoqué, dans le domaine international, comme une justification à la libération des nations d'Europe de l'Est qui étaient sous le joug d'une domination étrangère au début du XX<sup>e</sup> siècle<sup>52</sup>. De plus en plus, il a servi de cri de ralliement pour les colonies qui cherchaient à se libérer de leurs chaînes impériales et à assumer un statut d'État indépendant. Dans les années 50, la Belgique a tenté d'étendre le principe de l'autodétermination, non seulement aux colonies qui souhaitaient se débarrasser de leurs maîtres impériaux, mais aussi aux populations situées au sein d'États indépendants, de sorte que les populations indigènes et les minorités culturelles pouvaient affirmer un droit à l'autodétermination en vertu du droit international<sup>53</sup>. L'initiative belge n'a pas abouti; lorsque l'assemblée nationale des Nations Unies a adopté la *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*<sup>54</sup>, elle a décidé de restreindre de façon expresse l'application du principe de l'autodétermination aux peuples qui vivent sur des territoires géographiquement séparés de ceux de leurs maîtres politiques. La Déclaration énonçait que «toute tentative visant à détruire partiellement ou totalement l'unité nationale et l'intégrité territoriale d'un pays est incompatible avec les buts et les principes de la Charte des Nations Unies<sup>55</sup>». Comme l'a dit Patrick Thornberry,

[TRADUCTION] De ce fait, les frontières coloniales fonctionnent comme les frontières des États naissants. Par conséquent, les minorités ne peuvent pas se séparer des États, du moins, le droit international ne leur reconnaît pas le *droit* de le faire. La logique de la résolution est relativement simple : les peuples ont le droit à l'autodétermination; un peuple est l'ensemble des habitants d'un territoire; un peuple exerce son droit par le biais de l'accession à l'indépendance<sup>56</sup>.

Peu de choses ont changé depuis l'adoption de cette déclaration : le droit international n'a pas encore étendu le droit à l'autodétermination aux peuples indigènes qui vivent dans les limites d'un État-nation.

Les limites posées actuellement par le droit international au principe de l'autodétermination ne devraient pas occulter ses dimensions normatives<sup>57</sup> ou la possibilité de voir le droit international se plier aux exigences des autochtones sous la rubrique de l'autodétermination<sup>58</sup>. Certes, les organisations autochtones elles-mêmes décrivent leurs objectifs en termes d'autodétermination. Le conseil mondial des peuples indigènes (World Council of Indigenous Peoples), à sa deuxième assemblée générale, a décrit l'autodétermination comme étant [TRADUCTION] «un droit irrévocable et inné qui nous est dû en notre qualité d'autochtones<sup>59</sup>». Le Conseil du Traité indien international a décrit les populations autochtones comme étant [TRADUCTION] «composées de nations et de peuples, qui sont des entités collectives justifiées d'exiger l'autodétermination, lesquelles à leur tour sont décrites comme incluant des caractéristiques internes et externes<sup>60</sup>». L'autodétermination externe fait normalement intervenir toutes les caractéristiques de l'État indépendant, tandis que l'autodétermination interne inclut le droit au maintien et à la promotion de la différence culturelle autochtone par le biais d'institutions politiques indépendantes<sup>61</sup>.

Une des évolutions très prometteuses en droit international est illustrée par le projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones, préparé par une sous-commission de la Commission des droits de l'homme, qui propose de reconnaître que [TRADUCTION] «les peuples autochtones ont un droit à l'autodétermination conformément au droit international, sous réserve des mêmes critères et limites qui s'appliquent aux autres peuples conformément à la Charte des Nations Unies<sup>62</sup>». En conséquence, le projet de déclaration envisage de reconnaître, entre autres, le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale, le droit de manifester, de pratiquer et d'enseigner les traditions spirituelles et religieuses, les droits territoriaux, le droit à

l'éducation, les droits linguistiques et à la propriété culturelle et le droit de maintenir et de développer les systèmes économiques et sociaux indigènes<sup>63</sup>. Une note explicative qui accompagne le projet de déclaration établit la distinction susmentionnée entre l'autodétermination «externe» et «interne». Un droit indigène d'autodétermination externe dépend du défaut de l'État dans lequel se trouvent les peuples indigènes de répondre aux aspirations des autochtones en matière d'autodétermination interne :

[TRADUCTION] Une fois qu'un État indépendant a été établi et reconnu, les peuples qui le constituent doivent tenter d'exprimer leurs aspirations par le biais du système politique national, et non pas par la création de nouveaux États. Cette exigence se maintient à moins que le système politique national ne devienne exclusif et non démocratique au point de ne plus pouvoir être «considéré comme représentant tout le peuple». À ce stade, et si toutes les mesures internationales et diplomatiques cessent de protéger les peuples en cause contre l'État, il peut être justifié de créer un nouvel État<sup>64</sup>.

L'acceptation par la communauté mondiale du projet de déclaration permettrait d'entrer dans un nouvel ordre juridique international où les peuples indigènes ne se verraient plus dénier le droit à l'autodétermination du seul fait de leur caractère autochtone.

En dépit du défaut actuel de reconnaissance juridique internationale, le principe de l'autodétermination peut être considéré comme un fondement normatif au droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale. Ce droit pourrait facilement être conçu comme une expression interne et constitutionnelle du droit des peuples autochtones à disposer d'eux-mêmes. Pour que ce principe serve de fondement stable au droit à l'autonomie gouvernementale, sa valeur ou son importance normative devrait être présentée de façon claire. Avishai Margalit et Joseph Raz soutiennent qu'il existe deux méthodes normatives qui peuvent permettre de concevoir le droit à l'autodétermination : l'une

insiste sur la valeur intrinsèque de l'autonomie gouvernementale, et l'autre sur la valeur utilitaire de l'autonomie gouvernementale<sup>65</sup>. Nous les présentons brièvement ci-après.

L'argument en faveur du droit à l'autodétermination fondé sur la valeur intrinsèque de l'autonomie gouvernementale insiste sur le fait que l'appartenance culturelle et nationale est un aspect important de l'identité individuelle et mérite donc sa pleine expression dans la vie de la communauté. La pleine expression de l'appartenance culturelle et nationale inclut le droit à la participation politique, parce que celle-ci est un élément essentiel de la vie communautaire. L'autonomie gouvernementale, [TRADUCTION] «la valeur qui consiste à confier le pouvoir politique général sur un groupe et ses membres, au groupe» est donc un élément intrinsèquement valable de la participation politique<sup>66</sup>. Les membres du groupe devraient donc bénéficier du droit de décider s'ils veulent ou non s'autogouverner, ce qui est le droit à l'autodétermination<sup>67</sup>.

Margalit et Raz soutiennent que le fait de voir l'autonomie gouvernementale comme une valeur intrinsèque amène à présumer à tort que la participation politique peut se produire «dans un cadre exclusif à un groupe ou dominé par lui<sup>68</sup>». Ils reconnaissent que «le partage pacifique et équitable de la scène politique» par différentes collectivités ou nations peut être impossible à la lumière des hostilités historiques, de préjugés ou d'autres facteurs, mais ils soutiennent qu'il n'y a rien d'inhérent à la valeur de la participation politique qui exige des institutions politiques distinctes<sup>69</sup>. Au contraire, il arrive que l'autonomie gouvernementale soit un instrument valable pour réaliser l'identité du groupe mais c'est un instrument parfois nécessaire alors qu'à d'autres moments, il ne l'est pas du tout. Le fait qu'il soit ou non nécessaire dépendra d'une foule de facteurs contingents sur le plan

historique et politique, qui sont particuliers au groupe en cause et à sa relation à la collectivité politique plus large dans lequel il est situé.

Une appréciation utilitaire de l'autonomie gouvernementale ne signifie pas que le droit de décider si l'on peut s'administrer de façon autonome, le droit à l'autodétermination, n'intervient que dans les cas où l'autonomie gouvernementale est nécessaire pour réaliser l'identité du groupe. D'après Margalit et Raz, le groupe possède un droit à l'autodétermination même lorsqu'il n'y a pas de raison d'avoir l'autonomie gouvernementale, c'est-à-dire lorsqu'un groupe peut réaliser son identité dans les institutions politiques qui ne sont pas limitées au groupe lui-même. Un groupe a le droit de se tromper sur la nécessité de l'autonomie gouvernementale. Toutefois, le droit à l'autodétermination doit seulement être exercé pour la bonne cause, c'est-à-dire pour obtenir les conditions nécessaires à la réalisation de l'identité du groupe. En outre, il s'étend seulement aux groupes qui peuvent vraisemblablement respecter les droits fondamentaux de tous les habitants du territoire, et son exercice doit être accompagné de mesures visant à ne pas compromettre les intérêts des habitants des autres pays.

Un des avantages qui militent en faveur du droit à l'autonomie gouvernementale des autochtones fondé sur l'autodétermination, tient au fait que ce principe d'autodétermination, comme il est décrit par Margalit et Raz, évoque directement et cherche à protéger l'influence profonde de la collectivité sur l'identité des individus. Les groupes qualifiés devraient être libres de déterminer leur avenir politique collective, et si un groupe particulier estime que des institutions politiques séparées sont nécessaires pour protéger la différence communautaire, il devrait être libre de concevoir des ententes institutionnelles qui lui permettent d'obtenir un tel résultat. Le fait de considérer le droit à l'autonomie gouvernementale des autochtones en ces termes signifie que l'on admet que les formes de gouvernement

autochtone sont nécessaires à l'obtention de conditions permettant l'expression de l'identité du groupe; ce qui, par la suite, amène à reconnaître implicitement que les institutions politiques canadiennes ont échoué et continueront à nuire aux autochtones à cet égard, en dépit des réformes éventuelles qui pourraient chercher à garantir une inclusion plus large.

Toutefois, une conception utilitaire de la valeur de l'autonomie gouvernementale ne rend pas tout à fait compte des dimensions du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale. Ce principe n'est pas fondé sur le défaut des institutions politiques et juridiques du Canada de se plier à la différence autochtone; ses sources sont indépendantes des machinations de l'État canadien puisqu'elles sont ancrées, du moins en partie, dans le fait qu'il y avait une souveraineté antérieure des autochtones. Les autochtones s'autogouvernaient avant l'arrivée des Européens; à cette époque, la valeur de l'autonomie gouvernementale était intrinsèque et inhérente et non pas seulement utilitaire, à l'identité individuelle et collective des autochtones. Une théorie utilitaire de ce droit doit fournir des motifs convaincants pour expliquer pourquoi des facteurs exogènes, comme l'établissement de l'État canadien, ont transformé l'autonomie gouvernementale en une valeur utilitaire.

Il est donc nécessaire, à cette fin, d'évaluer la légitimité de la déclaration de la souveraineté européenne sur les peuples autochtones. Si l'on considère l'affirmation de cette souveraineté comme légitime, on peut alors juger que la valeur de l'autonomie gouvernementale a un caractère utilitaire, c'est-à-dire qu'elle découle du défaut des institutions politiques et juridiques du Canada d'obtenir des conditions nécessaires pour la protection de l'identité autochtone. Toutefois, comme il en a été question dans la section précédente, la légitimité des déclarations de souveraineté par les Européens est loin d'être sûre<sup>70</sup>. On pourrait proposer des arguments pragmatiques en faveur de l'acceptation de la

souveraineté canadienne sur les peuples autochtones, présumément dans la mesure où elle offre les conditions nécessaires à la protection de la différence des autochtones, mais on ne voit pas clairement pourquoi le pragmatisme devrait nous dire si l'autonomie gouvernementale a ou non une valeur intrinsèque ou une valeur utilitaire pour les peuples autochtones. Si les institutions politiques canadiennes ne peuvent pas ménager les conditions nécessaires à la protection du caractère original des autochtones, c'est là une raison de plus pour reconnaître les formes autochtones de gouvernement. Toutefois, le droit à l'autonomie gouvernementale ne devrait pas être considéré comme exclusivement fondé sur la capacité relative de l'État canadien de se plier à la différence autochtone, à moins qu'un autre argument ne soit fourni sur la légitimité normative de la souveraineté canadienne sur les autochtones eux-mêmes.

Quoi qu'il en soit, on peut adopter une théorie intrinsèque sur la valeur de l'autonomie gouvernementale des autochtones et soutenir que ceux-ci devraient posséder le droit à l'autodétermination, c'est-à-dire le droit de disposer d'eux-mêmes. Le droit collectif des autochtones de décider s'ils veulent s'autogouverner est sûrement au coeur de leur droit à l'autonomie gouvernementale. Définir cet élément fondamental comme un droit à l'autodétermination aura vraisemblablement comme effet d'étendre la portée du droit à l'autonomie gouvernementale du fait qu'il sera inévitablement interprété à travers le prisme du discours juridique international sur l'autodétermination. On appuierait ainsi l'idée que le droit international devrait reconnaître le droit des peuples autochtones qui demeurent dans les limites de certains États-nations particuliers, du moins dans certaines circonstances, de réclamer un statut d'État indépendant, position qui n'a pas encore été adoptée en droit international<sup>71</sup>.

L'ancrage du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale dans une théorie intrinsèque au droit à l'autodétermination aurait donc des répercussions internationales de grande portée. Nous ne pouvons pas nous prononcer ici sur le caractère souhaitable ou non de ces incidences. Toutefois, la discussion ci-dessus met en évidence l'un des inconvénients à se fier au principe de l'autodétermination à l'appui du droit des autochtones de s'autogouverner. Le discours sur l'autodétermination est mal venu dans le contexte d'un programme de réforme qui vise à justifier et à fournir des institutions politiques autochtones fonctionnant en parallèle avec les institutions canadiennes. Autrement dit, le discours entourant l'autodétermination est difficile à adapter à l'objectif qui consiste à autoriser les autochtones à participer à leur propre forme de gouvernement, ainsi qu'à celui du Canada. Le principe de l'autodétermination, d'un point de vue normatif sinon juridique, justifie la reconnaissance d'un pouvoir gouvernemental autochtone mais on ne voit pas très bien pourquoi les autochtones, ayant exercé leur droit à l'autodétermination, devraient aussi avoir le droit de continuer à profiter des avantages de la citoyenneté canadienne. Le principe d'autodétermination, c'est-à-dire le droit d'un groupe de disposer de lui-même, ne semble pas permettre à ce groupe de décider unilatéralement dans quelle mesure il a le droit de participer à la société dont il cherche à se distancer. Si le groupe exerce son droit d'exclure les autres de ses institutions politiques, sur quelles bases peut-il demander la représentation dans ses institutions politiques de ceux qu'il a exclus? Il peut très bien y avoir des raisons normatives qui justifient le maintien de la représentation mais le principe de l'autodétermination, à lui seul, ne semble pas les fournir<sup>72</sup>.

## PRÉSERVATION DE LA CULTURE MINORITAIRE

Les droits ancestraux en général, et le droit à l'autonomie gouvernementale en particulier, ont aussi été défendus comme un moyen de protéger les différences culturelles autochtones contre des tendances assimilatrices des cultures plus dominantes. Le droit à l'autonomie gouvernementale autochtone peut être considéré comme un droit collectif, propre à être exercé dans les limites du système politique canadien. Dans cette perspective, les droits ancestraux peuvent être considérés comme s'inscrivant dans des efforts internationaux et nationaux plus larges visant à préserver l'intégrité culturelle, non seulement des peuples autochtones, mais aussi des autres peuples autrement menacés par les forces assimilatrices dominantes dans les États-nations modernes.

La protection des cultures minoritaires n'est pas étrangère aux traditions constitutionnelles canadiennes. Outre la protection que le droit canadien offre actuellement aux peuples autochtones, il existe plusieurs dispositions constitutionnelles qui expriment un respect pour la différence culturelle. La structure fédérale du gouvernement canadien a été conçue, en partie, [TRADUCTION] «pour réduire la concurrence ethnique entre Français et Anglais en divisant la province unie du Canada en deux provinces, le Québec et l'Ontario, devant être dominées par les majorités française et anglaise respectivement<sup>73</sup>». L'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit la protection de la langue minoritaire dans les institutions politiques fédérales et québécoises<sup>74</sup>. L'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* offre certaines mesures de sauvegarde dans le domaine de l'éducation religieuse<sup>75</sup>. La *Charte canadienne des droits et libertés* exprime un engagement vis-à-vis de la préservation de la culture minoritaire, y compris les dispositions sur le droit à l'instruction dans la langue de la minorité, et une clause

d'interprétation qui insiste sur «le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens<sup>76</sup>». La reconnaissance des droits ancestraux, y compris un droit à l'autonomie gouvernementale, est conforme à la tradition constitutionnelle canadienne qui consiste à reconnaître et à accepter les différences culturelles.

En outre, plusieurs normes juridiques internationales appuient les revendications d'intégrité culturelle des minorités au sein des États-nations. De nombreux articles dans la Charte des Nations Unies, par exemple, parlent de coopération culturelle et de développement culturel<sup>77</sup>. L'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* reconnaît le droit des membres «des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques [...] d'avoir [...] leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue». La *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* des Nations Unies prévoit un soutien accru à la notion d'autonomie culturelle<sup>78</sup>, la *Déclaration des principes de la coopération culturelle internationale* de l'UNESCO affirme que tout peuple a le droit et le devoir de développer sa culture<sup>79</sup>. La *Déclaration des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* demande une action gouvernementale positive pour «assurer le développement ou la protection adéquate des personnes appartenant à certains groupes raciaux<sup>80</sup>».

Il existe plusieurs documents internationaux qui visent de façon explicite les populations indigènes lorsqu'ils parlent du besoin de protéger les cultures minoritaires dans les États-nations. Par exemple, la Convention 107 de l'Organisation internationale du Travail<sup>81</sup>, adoptée en 1957, tout en invoquant l'«intégration» des aborigènes dans la communauté nationale, appelle aussi les gouvernements à mettre en oeuvre des programmes coordonnés et systématiques en vue de la

protection des autochtones et de promouvoir leur développement social, économique et culturel<sup>82</sup>. Bien que la Convention de l'Organisation internationale du Travail puisse maintenant sembler quelque peu désuète dans son insistance sur l'intégration<sup>83</sup>, le fait qu'elle existe témoigne d'un certain appui au niveau du droit coutumier international en faveur d'un droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale.

L'Organisation internationale du Travail a récemment fait circuler une révision proposée de la Convention 107, intitulée *Projet de convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*<sup>84</sup>. Tout en évitant manifestement de faire allusion au principe de l'autodétermination<sup>85</sup>, elle reconnaît les aspirations des peuples [indigènes] à exercer le contrôle sur leurs propres institutions, modes de vie et développement économique pour maintenir et développer leurs identités, langues et religions, dans le cadre des États où ils habitent<sup>86</sup>. Elle énumère ensuite une gamme très impressionnante de droits qui concernent les autochtones et les responsabilités des gouvernements à leur égard, lesquels faciliteraient la protection des modes de vie autochtones.

Le projet de déclaration des Nations Unies et la Convention de l'OIT offrent tous deux un riche contenu au droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale. Toutefois, ils illustrent beaucoup plus ce droit qu'ils ne le justifient. Si le projet de déclaration et la Convention sont ratifiés, ils s'intégreront tout simplement dans le droit international coutumier et obtiendront une légitimité normative du fait que les documents signalent ce qu'une majorité d'États considère comme un traitement approprié des peuples indigènes en droit interne. L'utilité des principes juridiques internationaux dans ce contexte ne devrait pas être sous-estimée<sup>87</sup>. On devrait toutefois insister pour dire qu'à moins de s'aligner sur le point de vue positiviste voulant qu'une loi devienne légitime du seul fait de son adoption<sup>88</sup>, la possibilité d'une *Déclaration*

*internationale sur les droits des peuples autochtones* ou l'existence d'une *Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants* ne mettra pas fin à toute enquête normative. Bien que le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale puisse être caractérisé comme l'expression nationale de droits internationaux des peuples indigènes, les questions entourant les justifications normatives de ce droit sont simplement projetées dans le domaine international : pourquoi les peuples indigènes auraient-ils des droits collectifs particuliers de préservation culturelle?

Plusieurs auteurs ont offert des arguments détaillés pour justifier la nécessité de préserver la différence culturelle, sur le plan normatif, dans un État démocratique moderne. Will Kymlicka est peut-être le principal défenseur de cette théorie. Kymlicka soutient que l'appartenance à une culture, dans certains cas, peut justifier des inégalités dans la distribution des droits et des responsabilités politiques au sein d'une même collectivité politique qui est autrement tenue de protéger l'égalité des personnes<sup>89</sup>. À son avis, l'égalité des personnes ne signifie pas l'égalité de résultat et une pondération égale des intérêts et des préférences de chacun. Une personne devrait payer le prix des choix qu'elle fait pour donner un sens et un but à sa vie. Toutefois, la personne fait des choix d'après un contexte culturel qui lui donne certaines options, et, du point de vue de Kymlicka, l'histoire culturelle de chacun de nous n'est pas une question de choix mais plutôt une question de circonstances. Une personne ne devrait pas être responsable des coûts afférents au fait qu'elle provient d'un certain contexte culturel plutôt que d'un autre. Ces différences, pour reprendre les mots de John Rawls, sont moralement arbitraires<sup>90</sup>.

L'inégalité dans la distribution des droits et des responsabilités politiques chez les autochtones peut être défendue, selon Kymlicka, car il s'agirait d'une réaction, non pas à certains choix partagés, mais à des

circonstances d'inégalité<sup>91</sup> Celles-ci comprennent notamment les différences dans les antécédents culturels et les ressources énormes que les autochtones doivent dépenser pour tout simplement essayer de protéger leur histoire et leur patrimoine contre les cultures majoritaires. Les droits ancestraux sont un moyen pour les peuples indigènes de se voir épargner le coût nécessaire à la préservation de leur culture. Ils leur permettent donc d'être sur un pied d'égalité avec les peuples non indigènes en les libérant de la charge du maintien d'une responsabilité qui, bien qu'elle soit valable et nécessaire, n'est pas quelque chose qu'ils ont eux-mêmes choisi ou créé.

L'une des faiblesses de ce raisonnement dans lequel on invoque la valeur de la protection culturelle minoritaire, en relation avec le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale, tient au fait que cette stratégie risque de réduire les revendications autochtones au rang de revendications minoritaires. Selon les termes convaincants du Conseil du Traité indien international, [TRADUCTION] «le but ultime des colonisateurs serait atteint si l'on faisait référence aux peuples indigènes en les désignant comme des minorités<sup>92</sup>». L'ancrage du droit à l'autonomie gouvernementale dans des principes internationaux sur les droits des minorités reviendrait à faire fi des différences historiques et contemporaines importantes qui existent entre les autochtones et les autres minorités culturelles au Canada, plus particulièrement, le fait que les autochtones vivaient sur le continent nord-américain avant l'arrivée des Européens, occupaient ce continent et y exerçaient la souveraineté.

Par ailleurs, on ne peut pas nier que les principes internationaux actuels, en ce qui concerne les minorités culturelles, soient des outils extrêmement précieux pour la protection des autochtones. Le risque lié au fait que l'on considère les peuples autochtones au Canada comme des «minorités» méritant une protection de leurs droits minoritaires peut être réduit de manière significative si l'on adapte la définition de «minorité»

de façon à ce qu'elle ne fasse pas disparaître les différences importantes qui existent entre la population autochtone et les autres populations minoritaires du pays<sup>93</sup>. Au-delà de la question de savoir si l'étiquette de «minorité» convient aux peuples autochtones, il importe de se demander quels sont les droits qui reviennent à ces derniers si le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale est considéré comme le droit d'une minorité. Si les droits qui leur reviennent sont ceux qui sont répertoriés dans la Convention de l'Organisation internationale du Travail, par exemple, les différences importantes entre les peuples autochtones et les autres minorités culturelles seront censément reconnues, en dépit de leur désignation comme minorité. L'invocation de cette étiquette ne devrait pas nécessairement signifier que les autochtones n'ont que les droits et libertés accordés aux autres cultures minoritaires, mais qu'ils ont au moins droit aux privilèges reconnus aux autres minorités culturelles. Le fait que les autochtones aient besoin d'une protection juridique supplémentaire, à cause de leur caractère indigène, constitue une question distincte.

Autre inconvénient qui tient à la conception du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale en tant que droit minoritaire collectif : on ne rend pas justice à la nature des revendications autochtones. Le droit à l'autonomie signifie beaucoup plus que la liberté de se livrer à des pratiques culturelles autrement menacées par des tendances à l'assimilation; il s'agit aussi de la liberté d'exercer une certaine part d'autorité gouvernementale sur les terres et sur les peuples. Bien que le discours des droits collectifs puisse être étendu pour intégrer des questions de compétence, le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale impose un certain réaménagement politique et constitutionnel des institutions gouvernementales canadiennes. Bien compris, ce droit des autochtones ne traite pas l'État canadien comme une donnée; il n'exige pas une puissance étatique autochtone distincte,

mais conteste la répartition des pouvoirs législatifs entre le Parlement et les législatures provinciales, ainsi que les structures actuelles de l'administration de la justice. Le discours sur les droits culturels collectifs des minorités ne tient pas totalement compte des dimensions constitutionnelles, institutionnelles et juridictionnelles du droit. Néanmoins, il est vrai qu'une partie de l'objectif d'un droit à l'autonomie gouvernementale pour les autochtones serait de leur permettre d'exercer un contrôle plus grand sur leurs identités collectives distinctives et, dans cette mesure, le droit à l'autonomie gouvernementale est un droit collectif qu'ils ont de préserver leurs cultures distinctes. Toutefois, le droit dépasse la simple préservation des cultures autochtones, et une justification normative devrait reconnaître ce fait.

#### **VERS UNE SYNTHÈSE NORMATIVE**

Toutes ces justifications normatives au droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale partagent sans doute un caractère incomplet. Les arguments sur l'occupation antérieure justifient certains aspects des pouvoirs conférés, mais les affaiblissent en ce qui concerne un pouvoir gouvernemental autochtone qui ne serait pas directement lié à l'aménagement du territoire. Les revendications de souveraineté antérieure sont au cœur de l'autonomie gouvernementale autochtone, mais elles dépassent une simple rétrospective historique. Les traités conclus entre les Premières nations et la Couronne montrent qu'elles étaient considérées comme des entités autonomes par celle-ci, mais tous les autochtones ne sont pas visés par un traité, et le libellé de certains traités n'énonce pas clairement l'existence d'un pouvoir autochtone. Le droit à l'autodétermination, c'est-à-dire le droit d'un peuple à disposer de lui-même, est aussi un élément central du droit à l'autonomie

gouvernementale, mais il s'agit d'un argument peu commode pour justifier le maintien de la participation des autochtones aux institutions politiques canadiennes. Et la protection d'une culture minoritaire est certainement l'un des objectifs du droit à l'autonomie gouvernementale, mais les autochtones, à bien des égards, diffèrent des autres minorités raciales ou culturelles au Canada.

Pour unir les justifications avancées ci-dessus, on pourrait commencer par la valeur de l'autonomie gouvernementale, qui donne un intérêt normatif aux revendications d'autodétermination et de préservation de la différence culturelle avant d'évaluer les revendications d'autonomie gouvernementale par rapport aux principes d'égalité<sup>94</sup>. C'est surtout la valeur fondamentale que les personnes attachent à l'autonomie gouvernementale qui rend ce droit digne du statut de droit. L'autonomie gouvernementale a une valeur parce qu'elle permet l'expression politique de l'identité individuelle et collective. La participation à des formes de gouvernement autochtone est essentielle aux identités des personnes et des autochtones pris collectivement. Au coeur du droit à l'autonomie gouvernementale autochtone se trouve la valeur du droit à l'autonomie gouvernementale, ainsi que le droit de disposer de soi-même.

Vu le désir apparent qu'ont la plupart des autochtones d'avoir l'autonomie gouvernementale tout en conservant le statut de citoyens canadiens, il ne suffit pas d'insister sur la valeur de l'autonomie gouvernementale et sur un droit à l'autodétermination pour justifier le droit à l'autonomie gouvernementale. De façon normative, si ce n'est de façon légale, tous les peuples possèdent un droit à l'autodétermination, quels que soient les caprices des frontières coloniales. Toutefois, une justification normative du droit à l'autonomie gouvernementale qui ne débouche pas sur un statut d'État indépendant doit dépasser la simple valeur de l'autonomie gouvernementale et du droit à

l'autodétermination. La collectivité politique, prise au sens large, a présument le droit de refuser que l'association avec la minorité se maintienne et d'exiger que le droit à l'autodétermination soit exercé dans sa plénitude.

C'est là où la référence aux principes de l'égalité appuie la force normative des revendications autochtones à un droit à l'autonomie gouvernementale. Le principe d'égalité est doublement utile du fait qu'il revêt une signification normative pour les autochtones comme pour les non-autochtones. Le mouvement normatif qui anime les revendications d'égalité est une revendication puissante de justice, notamment, pour que les égaux soient traités de manière égale, et les inégaux de manière inégale<sup>95</sup>. Lorsqu'on décide de reconnaître la valeur de l'autonomie comme un droit, sans aller jusqu'à la création d'un État indépendant, les bénéficiaires potentiels de l'autonomie gouvernementale devraient être traités comme formellement égaux aux autres requérants potentiels, sauf s'il y a un motif valable et normalement justifiable de faire le contraire.

Avant l'arrivée des Européens, les Premières nations étaient des sociétés qui s'autogouvernaient. Bien que la Couronne, dans les traités négociés avec ces nations, ait manifesté une certaine reconnaissance et acceptation de l'autonomie gouvernementale des autochtones, le pouvoir des autochtones de continuer à maintenir leur autonomie gouvernementale leur a été refusé, en fin de compte, par l'affirmation de la souveraineté des nations qui se sont constituées et l'établissement d'États-nations sur le continent. Ainsi, les Premières nations ont été traitées avec condescendance par les nations européennes, que ce soit dans le droit international ou dans sa pratique. Les motifs avancés pour défendre une telle inégalité formelle ne constituaient pas des motifs normativement justifiables du fait qu'ils étaient fondés sur des notions inacceptables d'infériorité des autochtones. L'égalité formelle milite en faveur de la reconnaissance du droit à l'autonomie gouvernementale du

fait que l'on chercherait à placer les autochtones dans la position où ils se seraient trouvés s'ils avaient été traités comme des égaux sur le plan formel, par rapport aux nations européennes, au moment de l'arrivée des Européens. L'égalité formelle sous-tend les arguments normatifs en faveur du droit à l'autonomie gouvernementale, fondé sur la souveraineté antérieure des autochtones.

Toutefois, le droit à l'autonomie gouvernementale signifie beaucoup plus que de replacer les autochtones dans la position où ils se seraient trouvés s'ils avaient été traités comme des égaux par le passé. C'est aussi un moyen qui permet d'améliorer leurs conditions sociales et économiques. Bon nombre des désavantages socio-économiques que connaissent les autochtones sont le résultat direct des refus que leur ont toujours opposés les autorités canadiennes lorsqu'ils voulaient prendre leur destinée en main conformément à leurs propres usages politiques. Le droit à l'autonomie gouvernementale peut être considéré comme ayant une dimension réparatrice, en ce que sa reconnaissance permettrait aux autochtones d'exercer davantage de maîtrise sur des questions essentielles à leur identité individuelle et collective, ce qui devrait améliorer leur position économique et sociale dans la société canadienne.

Cet aspect du droit peut aussi être analysé en termes d'égalité, plus précisément, de l'égalité de fond, laquelle fait référence à l'idéal moral visant à améliorer les conditions économiques et sociales défavorables des personnes et des groupes afin de les rendre plus égaux aux autres personnes et groupes dans la société<sup>96</sup>. La reconnaissance du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale peut être justifiée comme une mesure qui, espérons-le, devrait améliorer la condition des autochtones au Canada. Ainsi, l'égalité de fond des peuples milite en faveur d'un droit à l'autonomie gouvernementale qui permettrait d'améliorer la situation socio-économique des autochtones.

L'ancrage du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale, dans sa valeur sous-jacente et dans les principes d'égalité, reconnaît et exprime des vérités de justifications traditionnelles du droit, mais sans élever un ou plusieurs de leurs éléments au statut de justification exclusive. Les revendications fondées sur les traités visent les principes d'égalité, en ce que le processus de conclusion de traités présuppose que l'on respecte l'égalité des peuples. Derrière la revendication de souveraineté antérieure, on trouve une revendication morale en ce qui concerne la justice des principes juridiques internationaux qui légitimise l'affirmation de la souveraineté européenne sur le continent, c'est-à-dire que les Premières nations n'étaient pas traitées comme des nations égales aux nations européennes. La force morale du discours sur l'autodétermination et des revendications normatives en matière de protection de cultures minoritaires se trouve dans leur reconnaissance de la valeur profonde de l'autonomie gouvernementale. Même les revendications d'occupation antérieure, qui sont liées de très loin aux justifications normatives du droit à l'autonomie gouvernementale, expriment des préoccupations en matière d'égalité, en ce que le traitement égal exige la reconnaissance des droits des autochtones sur des biens. Cela ne veut pas dire que la conception du droit en termes d'égalité soit la seule manière de concevoir ses dimensions normatives sous-jacentes<sup>97</sup>. Toutefois, l'égalité constitue un cadre utile et, à mon avis, incontournable, pour l'évaluation du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale car elle concerne les valeurs morales que partagent autochtones et non-autochtones.

## CONCLUSION

Sous couvert du droit positif, le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale comporte des dimensions normatives complexes.

Appuyé par un certain nombre de justifications normatives distinctes mais qui se rejoignent, ce droit peut le mieux être défendu par une combinaison d'arguments dont chacun soutient une dimension différente de sa nature. Une telle attitude affaiblit les critiques fondées sur le caractère contingent de la pensée normative du fait que l'on refuse consciemment d'ancrer le droit à l'autonomie gouvernementale dans un principe normatif unique. La souveraineté antérieure des autochtones et l'injustice des principes juridiques qui gouvernent la conquête, la colonisation et la souveraineté, ainsi qu'un droit plus général à l'autodétermination, constituent les fondements du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale. L'occupation antérieure du territoire offre un appui supplémentaire au droit des autochtones de gérer leurs terres et de les utiliser. Les traités conclus par les Premières nations et la Couronne attestent que les peuples autochtones s'autogouvernaient et étaient traités en conséquence par l'Angleterre et la France. La justification des droits des minorités culturelles est aussi utile dans la mesure où elle insiste sur l'autonomie culturelle. Lorsque ces perspectives sont intégrées dans les principes d'égalité des peuples sur le fond et sur la forme, elles constituent une série convaincante, voire solide, d'arguments normatifs qui fondent le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale.

## NOTES

L'auteur désire témoigner sa reconnaissance envers Alyson Feltes, Karen Knop, Joseph B. Marshall, Steve Munzer, Paula Todd, Mary Ellen Turpel, ainsi qu'aux lecteurs anonymes de la Commission royale, qui l'ont aidé à préparer cette étude.

1. Question 1.9.1, Commission royale sur les peuples autochtones, proposition de projet de recherche, *The Philosophical Bases of Aboriginal Self-Government*.

2. Par justification normative, j'entends un processus de raisonnement qui permet de défendre une réalité sociale, juridique ou politique en invoquant des normes ou des principes de justice.
3. Question 1.9.2, Commission royale sur les peuples autochtones, proposition de projet de recherche, *The Philosophical Bases of Aboriginal Self-Government*.
4. Voir en général J. Austin, *The Philosophy of Positive Law* (sous la dir. de R. Campbell, 1911); voir également O. Fiss, «The Varieties of Positivism» (1981) 90 *Yale L.J.* 1007.
5. Voir le texte accompagnant les notes 47 à 73.
6. *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada 1982*, ch. 11 (R.-U.); *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.
7. En ce qui concerne les recherches en matière d'indéterminisme juridique, voir Robert W. Gordon, «Critical Legal Histories» (1984) 36 *Stan. L. Rev.* 57; Joseph Singer, «The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory» (1984) 94 *Yale L.J.* 1; Duncan Kennedy, «Legal Formality» (1973) 2 *J. Legal Studies* 351.
8. Adopté le 19 décembre 1966, 999 U.N.T.S. 171, entré en vigueur le 23 mars 1976.
9. Résolution 217A (III) de l'Assemblée générale, Document des Nations Unies A/77, p. 71 (1948), reproduit dans *Droits de l'homme, Recueil d'instruments internationaux* 1, Document des Nations Unies ST/HR/Rév.2 (1983).
10. Voir le texte accompagnant les notes 53 à 57.
11. David Harvey, *The Condition of Postmodernity: An Inquiry Into the Origins of Cultural Change* (1989), p. 41.
12. Voir Stanley Fish, *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies* (1989). Voir aussi Richard Rorty, *Contingency, irony, and solidarity* (1989), p. 22 (nous traitons tout — notre langue, notre conscience, notre collectivité — comme un produit du temps et du hasard).

13. Voir James Clifford, *The Predicament of Culture: Twentieth Century Ethnography, Literature, and Art* (1988); Martha Minow, «Identities» (1991) 3 *Yale J. Law & Humanities* 97. Cf. Jeremy Webber, «Individualité, égalité et différence : raisons justifiant un système judiciaire autochtone parallèle», étude réalisée pour la Table ronde sur les questions judiciaires, Commission royale sur les peuples autochtones (1993), p. 137 (les cultures évoluent, s'adaptent et sont sans cesse l'objet d'interprétation et de réinterprétation).
14. Voir, p. ex., Teresa Nahanee, «Danser avec un gorille : les femmes autochtones, la justice et la Charte», mémoire rédigé pour la Table ronde sur les questions judiciaires, Commission royale sur les peuples autochtones (1993).
15. Voir Ruth Anna Putnam, «Justice in Context» (1990) 63 *S. Cal. L. Rev.* 1797, p. 1802 (la politique impose d'avoir des idéaux communs, une conception commune de la justice).
16. Pour une évaluation des points forts et des points faibles de la théorie du premier occupant ou de l'occupant antérieur comme fondement normatif ou philosophique à l'affirmation de droits de propriété, voir Lawrence C. Becker, *Property Rights: Philosophic Foundations* (1977), pp. 24 à 31.
17. *Calder c. P.G.C.-B.*, [1973] R.C.S. 313; voir aussi *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, motif du juge Dickson aux pp. 376 à 379 («le titre aborigène [est] un droit, en common law, découlant de l'occupation et de la possession historiques par les Indiens de leurs terres tribales»).
18. *Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes*, [1980] 1 C.F. 518 (Section de 1<sup>re</sup> inst.).
19. A.M. Honoré a soutenu qu'une conception «complète» de la propriété comprend, entre autres choses, le droit de gérer des propriétés, c'est-à-dire de décider comment et par qui une chose sera utilisée. Voir A.M. Honoré, «Ownership», dans *Oxford Essays in Jurisprudence* (sous la dir. de A.G. Guest, 1961)107. Pour le point de vue voulant que les droits ancestraux «reconnus et confirmés» par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* comprennent non seulement un droit de pêche mais aussi  

[Traduction] le droit de choisir les personnes qui sont censées recevoir le poisson pour le consommer, en fin de

compte, le droit de choisir, l'objet pour lequel le poisson doit être utilisé, c'est-à-dire, à des fins d'alimentation ou de cérémonie, ou la méthode ou la manière de pêcher, ainsi [...] que le droit [...] de suivre les directives des chefs traditionnels de bande pour gérer les pêches, l'endroit où elles se déroulent et la méthode suivie ainsi que le droit de ne pas être tenu de choisir entre un employé ou un représentant du ministère des Pêcheries et les chefs traditionnels du peuple wet'suwet'en.

Voir *R. v. Nikal*, [1991] 1 C.N.L.R. 162 (C.S.C.-B.), motifs du juge Millward.

20. À noter que bien que la notion d'occupation antérieure soit exprimée dans la notion philosophique occidentale, son application à l'occupation de l'Amérique du Nord par les autochtones n'a pas été bien reçue dans la pensée philosophique occidentale. Selon John Locke, notamment :

[Traduction] Il y a encore de *grandes étendues de terres* à découvrir, qui sont laissées en friche, c'est-à-dire que les habitants qui s'y trouvent n'ont pas encore rejoint le reste de l'humanité dans l'entente sur l'utilisation d'une monnaie commune, et elles valent plus que les personnes qui y demeurent, qui y oeuvrent et qui peuvent en tirer quelque chose de sorte qu'elles soient mises en commun. (John Locke, *Two Treatises on Government*, sous la dir. de P. Laslett, 1963, p. 333)

Locke a soutenu que par «en friche», il entendait non cultivée, c'est-à-dire la terre non occupée ou non possédée et que l'on peut, par conséquent, s'approprier par le biais du travail.

Le publiciste suisse Emmer de Vattel a été encore plus direct :

Il est une autre question célèbre, à laquelle la découverte du nouveau monde a principalement donné lieu. On demande si une Nation peut légitimement occuper quelque partie d'une vaste contrée, dans laquelle il ne se trouve que des peuples errants, incapables, par leur petit nombre, de l'habiter tout entière. [...] ces peuples ne peuvent s'attribuer exclusivement plus de terrain qu'ils n'en ont besoin et qu'ils ne sont en état d'en habiter et d'en cultiver. Leur habitation vague dans ces immenses régions, ne peut passer pour une véritable et légitime prise de possession; et les peuples de l'Europe, trop resserrés chez eux, trouvant un terrain dont les sauvages n'avaient nul besoin particulier et ne faisaient aucun usage actuel et soutenu, ont pu légitimement l'occuper, et

y établir des colonies. (Vattel, *Le Droit des gens ou Principes de la loi naturelle*, Paris, Librairie de Guillaumin et C<sup>ie</sup>, 1863, pp. 493-494)

Le droit n'a pas non plus appliqué les droits du premier occupant à l'occupation autochtone en Amérique du Nord. Son application en Amérique du Nord est gravement restreinte par la fiction juridique du titre sous-jacent de la Couronne, selon lequel la Couronne était l'occupant initial et, par conséquent, propriétaire de l'ensemble des terrains du royaume. Pour une analyse plus approfondie de la relation entre le titre ancestral et le titre de la Couronne, voir Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (1989).

21. J.-J. Rousseau, *Discours sur l'inégalité* (Penguin, 1984), p. 109. Voir aussi Immanuel Kant, *La métaphysique de la morale* (traduit par J. Ladd, 1965), pp. 44-56 (la première appropriation de terrains a créé des droits fonciers dans certaines circonstances); G.W.F. Hegel, *Philosophie du droit* (traduit par T.M. Knox, 1942), pp. 37-41 (il y est question du droit d'appropriation sur toutes choses).
22. Blackstone, *II Commentaries on the Laws of England* (sous la dir. de E. Christian), pp. 8-9.
23. Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (1974), p. 151. Pour un commentaire, voir David Lyons, «The New Indian Claims and Original Rights to Land», dans *Reading Nozick: Essays on Anarchy, State, and Utopia* (sous la dir. de J. Paul, 1982), pp. 355-379.
24. Cité dans *Delgamuukw v. British Columbia*, discours d'ouverture des demanderesse, 11 mai 1987, rapporté à [1988] 1 C.N.L.R. 14, p. 18.
25. Transcription verbatim officieuse et non vérifiée, 15 mars 1983, citée dans Michael Asch, *Home and Native Land: Aboriginal Rights and the Canadian Constitution* (1984), p. 29.
26. Oren Lyons, «Traditional Native Philosophies Relating to Aboriginal Rights» dans *The Quest for Justice: Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights* (sous la dir. de Boldt et Long, 1985), pp. 19-20.
27. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

28. Georges Erasmus et Joe Sanders, «Canadian History: An Aboriginal Perspective», dans *Nation to Nation: Aboriginal Sovereignty and the Future of Canada* (sous la dir. de Englestad et Bird, 1992), p. 3.

29. Comme l'a dit le juge en chef Marshall de la Cour suprême des États-Unis :

[Traduction] le caractère et la religion des habitants [de l'Amérique du Nord] permettaient de les considérer comme un peuple que le génie supérieur européen pouvait regarder de haut. Les potentats du Vieux Monde n'ont eu aucune difficulté à se convaincre qu'ils dédommageaient amplement les habitants du nouveau continent en leur offrant la civilisation et le christianisme en échange d'une indépendance illimitée. (*Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543, 573 (1823).)

À noter que le juge en chef Marshall a modifié sa position dans l'arrêt *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515, 543 (1832), lorsqu'il a dit qu'il est difficile de comprendre que celui qui découvrait des terres acquérait des droits sur le pays découvert, droits qui annulaient les droits préexistants de ceux qui en avaient antérieurement eu la possession. Les magistrats canadiens et impériaux ont traditionnellement fait fi de l'arrêt *Worcester v. Georgia* en préférant plutôt l'attitude plus restrictive adoptée dans *Johnson v. M'Intosh* : voir, par exemple, *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.). Voir, en général, Patrick Macklem, «First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination» (1991) 36 *McGill L.J.* 382, 396-414.

Pour des points de vue semblables à ceux qui sont exprimés par le juge en chef Marshall dans l'arrêt *Johnson v. M'Intosh*, voir aussi John Westlake, *Chapters on Principles of International Law* (1984), pp. 136 à 138, 141 à 143 (distinction entre la civilisation et le besoin de celle-ci); W.E. Hall, *A Treatise on International Law* 47 (P. Higgins, 8<sup>e</sup> éd., 1924) (le droit international ne régit que les États qui ont hérité de cette civilisation); L. Oppenheim, *International Law* 126 (3<sup>e</sup> éd., 1920) (le droit des nations ne s'applique pas aux tribus organisées errantes); I.C. Hyde, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States* 164 (1922) (les habitants autochtones n'ont pas de droit de contrôle sur le territoire qui soit opposable à l'explorateur européen ou à son monarque).

Pour un traité récent dans lequel il est soutenu que le droit international empêche maintenant l'affirmation de la

souveraineté par la colonisation sur les peuples indigènes, voir J. Crawford, *The Creation of States in International Law* (1979), pp. 176 à 181; voir aussi «Western Sahara», [1975] *I.C.J. Rep.* 12, pp. 38 à 40.

30. *Johnson v. M'Intosh*, p. 591.
31. S. James Anaya, «The Capacity of International Law to Advance Ethnic or Nationality Rights Claims» (1990) 75 *Iowa L. Rev.* 837, p. 840.
32. Cité dans Richard Daniel, «The Spirit and Terms of Treaty Eight», dans *The Spirit of the Alberta Indian Treaties* (R. Price, dir., 1987), pp. 94 et 95.
33. Robert Clinton, «The Rights of Indigenous Peoples as Collective Group Rights» (1990) 32 *Ariz. L. Rev.* 739. Voir aussi Ward Churchill, «Implications of Treaty Relationships Between the United States and Various American Indian Nations», dans Fremont J. Lyden et Lyman H. Legters (dir.), *Native Americans and Public Policy* (Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 1992), pp. 149-163; Michael Jackson, «The Articulation of Native Rights in Canadian Law» (1984) 18 *U.B.C. L. Rev.* 255.
34. Clinton, «The Rights of Indigenous Peoples», p. 740.
35. Clinton, pp. 744 et 745 (notes enlevées; les soulignés figurent dans l'original).
36. Traité avec les Cherokee en date du 29 décembre 1835, United States-Cherokee Tribe, art. 5, 7 Stat. 478.
37. Reproduit dans A. Guttman, *States' Rights and Indian Removal: The Cherokee Nation v. Georgia* (1965), p. 58.
38. John Danley, «Liberalism, Aboriginal Rights, and Cultural Minorities» (critique de Kymlicka, *Liberalism, Community, and Culture*) (1991) 20 *Philo. & Pub. Affairs* 168, 183-185.
39. *The Road: Indian Tribes and Political Liberty* (1980), pp. 270 à 287.
40. *The Road*, p. 278.
41. *The Road*, p. 270.

42. *The Road*, p. 270 (les traités constituent une forme de reconnaissance politique et un indice de la distribution consensuelle des pouvoirs entre les tribus et les États-Unis).
43. Voir Evelyn J. Peters, «Federal and Provincial Responsibilities for the Cree, Naskapi, and Inuit Under the James Bay and Northern Québec, and Northeastern Québec Agreements», dans *Aboriginal Peoples and Government Responsibility: Exploring Federal and Provincial Roles* 173-242 (D. Hawkes, dir., 1989). Voir aussi *Entente de principe entre les Inuits du Nunavut et Sa Majesté du chef du Canada* (Ottawa : Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1990).
44. Voir, p. ex., *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025.
45. Voir le texte accompagnant les notes 30 à 32.
46. Voir, en général, Edward M. Morgan, «The Imagery and Meaning of Self-Determination» (1988) 20 *N.Y.U. J. Int'l Law* 355; Nathaniel Berman, «Sovereignty in Abeyance: Self-Determination and International Law» (1988) 7 *Wisc. Int'l L.J.* 51. Voir aussi Mary Ellen Turpel, «Indigenous Peoples' Rights of Political Participation and Self-Determination: Recent International Legal Developments and the Continuing Struggle for Recognition» (1992) 25 *Cornell Int'l L.J.* 579, 592 (l'autodétermination peut se concevoir comme exigeant que chaque peuple distinct sur le plan culturel et historique ait le droit de choisir son statut politique par des moyens démocratiques, sous surveillance internationale, et avec le soutien de la communauté internationale).
47. S. James Anaya, «The Capacity of International Law to Advance Ethnic or Nationality Rights Claims» (1990) 75 *Iowa L. Rev.* 837 à la p. 841. Voir aussi A Cristescu, *The Right to Self-Determination: Historical and Current Development on the Basis of United Nations Instruments* (1981) aux pp. 117 et 119 (l'autodétermination est le principe le plus important en droit international en ce qui concerne les relations amicales et la coopération entre les États). Mais voir Gerald Fitzmaurice, *The Future of Public International Law and the International Legal System in the Circumstances of Today*, dans Institut de Droit International, *Évolution et Perspectives du Droit International* (1973), p. 233 (sur le plan juridique, la notion de droit légal à l'autodétermination n'a pas de sens).

48. La Charte des Nations Unies, art. 1(2), 26 juin 1945, 1976 Yearbook U.N. 1043 («[l]es buts des Nations Unies sont les suivants : [...] [d]évelopper entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes»).
49. Charte des Nations Unies, art. 55.
50. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, article premier, ouvert à la signature le 19 décembre 1966, 999 U.N.T.S. 171 (entré en vigueur le 23 mars 1976).  
L'article premier du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* reprend le même article auquel est ajouté le présent paragraphe selon lequel :  
«[p]our atteindre leurs fins, tous les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles, sans préjudice des obligations qui découlent de la coopération économique internationale, fondée sur le principe de l'intérêt mutuel, et du droit international. En aucun cas, un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance.» (Ouvert à la signature le 19 décembre 1966, 993 U.N.T.S. 3; entré en vigueur le 3 janvier 1976.)
51. *Namibia*, [1971] I.C.J. 16, p. 31; *Western Sahara*, [1975] I.C.J. 12, p. 31.
52. Voir, en général, Umozurike Oji Umozurike, *Self-Determination in International Law* (1972), pp. 11 à 26.
53. Voir, en général, Van Langenhove, *The Question of Aborigines Before the United Nations: The Belgian Thesis* (Bruxelles, Institut Colonial Royal, 1954).
54. Résolution 1514 de l'Assemblée générale, 15<sup>e</sup> session, Documents officiels de l'Assemblée générale, supplément (n° 16, à la p. 70, Doc. NU A/7218 (1969).
55. Documents officiels de l'Assemblée générale, 15<sup>e</sup> session, supplément 16, p. 71.
56. Patrick Thornberry, *International Law and the Rights of Minorities* (Oxford, Clarendon Press, 1991), p. 18. Pour une critique de cette approche dans le contexte des peuples indigènes, voir Russell Lawrence Barsh, «Indigenous Peoples and the Right

to Self-Determination in International Law», dans *International Law and Aboriginal Rights* (Hocking, dir., 1988), p. 68.

57. Voir, p. ex., Lung-Chu Chen, «Self-Determination and World Public Order» (1991) 66 *Notre Dame L. Rev.* 1287, 1288 (l'attrait que présente l'autodétermination prend sa source dans la dignité humaine et dans les droits de l'homme, et il est lié au maintien de l'ordre mondial).
58. Lung-Chu Chen, «Self-Determination», p. 1294 (le fondement de l'octroi ou du rejet des exigences d'un groupe ne devrait pas consister à savoir si une situation donnée est «coloniale» ou «non coloniale» ou si la décision aurait pour effet de rapprocher la situation des valeurs de dignité humaine en tant qu'objectif).
59. Cité dans Thornberry, *International Law and the Rights of Minorities*.
60. Document des Nations Unies E/CN.4/Sub.2/476/Add.5, Annexe III, 2. Voir aussi Grand Conseil des Cris (du Québec), *Submission: Status and Rights of the James Bay Crees in the Context of Quebec's Secession From Canada* (Commission des droits de la personne, 48<sup>e</sup> séance, 1992).
61. Voir aussi la déclaration de la Conférence internationale des organisations non gouvernementales sur la discrimination à l'endroit des peuples autochtones des Amériques :  
[Traduction]  
1. La reconnaissance des nations indigènes. Les peuples indigènes ont droit à la reconnaissance en tant que nations, et en tant que sujets à part entière du droit international à condition que les peuples intéressés voient reconnaître leur désir d'être une nation et qu'ils respectent les caractéristiques fondamentales de la nation : savoir, a) posséder une population permanente b) posséder un territoire défini c) posséder un gouvernement d) pouvoir entrer en relations avec les autres États [...]  
4. Octroi de l'indépendance. Les nations ou groupes indigènes se verront accorder le degré d'indépendance qu'ils souhaitent conformément au droit international. (Document des Nations Unies E/Cn/.4/Sub/2/1986/7.)
62. *Projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones*, E/CN.4/Sub.2/1993/26 (publié le 8 juin 1993) (préparé par le

président-rapporteur du Groupe de travail sur les populations autochtones).

63. *Projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones.*
64. *Note explicative concernant le projet de déclaration pour les droits des peuples indigènes*, E/CN.4/Sub.2/1993/26/Add.1 (publié le 19 juillet 1993) (préparé par le président-rapporteur du Groupe de travail sur les populations autochtones).
65. Avishai Margalit et Joseph Raz, «National Self-Determination» (1990) 87 *J. Philo.* 439.
66. Margalit et Raz, «National Self-Determination», p. 440.
67. Margalit et Raz soutiennent que ce ne sont pas tous les groupes qui ont un droit à l'autodétermination. À leur avis, ce droit n'est conféré qu'aux groupes qui possèdent des «caractéristiques pertinentes à la justification du droit» («National Self-Determination», p. 443). Vu qu'ils fondent le droit sur une défense utilitaire de la valeur de l'autonomie gouvernementale, ils soutiennent que le droit s'étend à des groupes importants et dotés d'une présence historique manifeste qui possèdent des caractéristiques et des cultures communes, lesquelles ont des incidences sur l'identité des individus et dans lesquelles l'appartenance est une question de lien et de reconnaissance mutuelle (pp. 443 à 447).  
Pour une analyse des droits collectifs et des biens de participation, voir Denise Réaume, «Individuals, Groups, and Rights to Public Goods» (1988) 38 *U.T. L.J.* 1.  
Pour de la documentation sur la question de la définition des «peuples» visés par le droit à l'autodétermination, voir Stavengaven, *The Ethnic Question: Conflicts, Development, and Human Rights* (1990), p. 68; Dinstein, «Collective Human Rights of Peoples and Minorities» (1976) 25 *Int'l & Comp. L.Q.* 102.
68. Margalit et Raz, «National Self-Determination», p. 453.
69. Margalit et Raz, «National Self-Determination», p. 453.
70. Voir le texte accompagnant les notes 29 à 31.
71. Voir le texte accompagnant les notes 52 à 56.

72. Le projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones obvie à cette préoccupation en définissant le droit à l'autodétermination comme incluant les droits de participation politique au sein de la structure étatique où se trouvent les peuples autochtones, en plus des droits à l'autonomie gouvernementale et à l'autonomie politique. Voir aussi Pomerance, *Self-Determination Today: The Metamorphosis of an Ideal* ([Traduction] «cette complexité ne peut être traitée que grâce à une démarche souple selon laquelle l'autodétermination est un continuum de droits, une pléthore de solutions possibles, plutôt qu'un droit absolu et rigide à l'autodétermination "externe" sous la forme d'une indépendance absolue»). Toutefois, une redéfinition positiviste de la portée du droit à l'autodétermination dans cette ligne n'élimine pas la nécessité de justifier cette définition sur le plan normatif. La question demeure posée : pourquoi les peuples autochtones auraient-ils le droit de s'autogouverner et d'être autonomes *tout en ayant* aussi le droit de continuer à participer aux structures politiques dont ils cherchent à se distancer? Une réponse à cette question ne peut pas seulement se trouver dans l'affirmation d'un droit souple, positiviste et international à l'autodétermination; il faut s'en remettre aux principes de justice qui appuient normalement cette position.
73. Alan C. Cairns, *Charter Versus Federalism: The Dilemmas of Constitutional Reform* (1992), p. 35.
74. (U.K.) 30 & 31 Vict., c. 3. Voir aussi l'*Acte du Manitoba*, S.R.C. 1970, App. II, No. 8.
75. *Ibid.*
76. *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 23, 27. Voir, en général, Cairns, *Charter Versus Federalism*, pp. 62 à 95; Patrick Monahan, *Politics and the Constitution: The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada* (1987); David J. Elkins, «Facing Our Destiny: Rights and Canadian Distinctiveness» (1989) 22 *C.J.P.S.* 699; Thomas R. Berger, «Towards the Regime of Tolerance», dans *Political Thought in Canada: Contemporary Perspectives* 83-96 (Stephen Brooks, dir., 1984).
77. Charte des Nations Unies, art. 13, 55, 57 et 73.

78. *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 9 décembre 1948, 78 U.N.T.S. 277 (entrée en vigueur le 12 janvier 1961). L'article II définit le génocide comme «l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel». Pour des liens entre la notion de génocide et le sort réservé aux Indiens d'Amérique, voir Lyman H. Legters, «The American Genocide», dans *Native Americans and Public Policy* (sous. la dir. de Fremont J. Lyden et Lyman H. Legters, 1992), pp. 101-112.
79. *La Déclaration des principes de la coopération culturelle internationale*, proclamée par la Conférence générale de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture à sa quatorzième session, le 4 novembre 1966, reproduite dans *Droits de l'homme, Recueil d'instruments internationaux*, Document des Nations Unies ST/HR/1/Rev.3 (1988), p. 410.
80. *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, art. 2, par. 2, ouverte à la signature le 7 mars 1966, 660 U.N.T.S. 195 (entrée en vigueur le 4 janvier 1969).
81. *The Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries, Conventions and Recommendations Adopted by the International Labour Conference, 1919-66* (Genève, BIT, 1966), pp. 901 et 909. Le Canada n'est pas partie à la Convention.
82. *Ibid.*, par. 2(1), 2(2).
83. Pour une évaluation de la Convention de l'OIT, voir Thornberry, *International Law*, pp. 334 à 368. Voir aussi Martinez-Cobo, *Analytical Compilation of Existing Legal Instruments and Proposed Draft Standards Relating to Indigenous Rights*, Document des Nations Unies M/HR/86/36, Annexe V, pour un résumé des observations présentées par les groupes indigènes faisant une critique très vive de la Convention pour un certain nombre de motifs.
84. *Révision partielle*, Rapport IV(2A), 8.

85. En fait, le Canada a fait observer sur ce point que l'utilisation du terme «peuples» dans le projet de convention «n'impliquait pas le droit à l'autodétermination, telle qu'elle est comprise en droit international et que cette position ne visait pas à porter préjudice à l'obtention d'une plus grande autonomie pour les peuples indigènes au niveau national». (*Révision partielle*, Rapport IV(2A), p. 9.)
86. *Ibid.*, préambule.
87. Pour une analyse plus poussée, voir Robert A. Williams, «Encounters on the Frontiers of International Human Rights Law: Redefining the Terms of Indigenous Peoples' Survival in the World» (1990) *Duke L.J.* 660, pp. 668 et 669 :
- [Traduction] le droit international en matière des droits de la personne, et les normes y afférentes ont fini par assumer un rôle plus autoritaire, voire contraignant, sur les acteurs mondiaux. Les affirmations des États de la communauté internationale selon lesquelles les abus perpétrés contre les droits de la personne qui touchent leurs citoyens relèvent exclusivement de leur compétence nationale sont devenues plus difficiles à soutenir. Différents mécanismes officiels et officieux se sont montrés capables de corriger des pratiques abusives des États, lorsque ceux-ci violent les textes et les normes internationales en matière de droits de la personne. Selon Wanton, ceux qui violent les normes juridiques internationales en paient souvent le prix puisqu'ils sont de plus en plus isolés. Les occasions d'une importance vitale pour les échanges économiques culturels sont souvent limitées par la communauté internationale en réaction aux abus commis par les États souverains à l'encontre des droits de la personne de leurs propres citoyens [...] [R]ares sont les gouvernements qui souhaitent activement avoir un statut de paria dans la communauté internationale.
- Mais voir Robert Laurence, «Learning to Live With the Plenary Power of Congress Over the Indian Nations» 30 *Ariz. L. Rev.* 413, 428 ([Traduction] «Ce n'est pas le droit international public qui va mettre du pain sur la table des Amérindiens»).
88. Voir le texte accompagnant les notes 4 à 15.

89. Will Kymlicka, *Liberalism, Community, and Culture* (1989). Pour des commentaires, voir C. Kukathas, «Are There Any Cultural Rights?» (1992) 20 *Political Theory* 105; Danley, «Liberalism, Aboriginal Rights, and Cultural Minorities»; Don Lenihan, «Liberalism and the Problem of Cultural Membership: A Critical Study of Kymlicka» 4 *Can. J. Law & Juris.* 401. Pour ce point de vue selon lequel :

[Traduction] le partage des pouvoirs entre un gouvernement fédéral et des sous-unités territoriales avec des majorités politiques homogènes sur le plan ethnique est une solution peu vraisemblable au nationalisme ethnique, à moins qu'il n'y ait des lois et des institutions qui protègent les droits individuels et minoritaires, qui garantissent à chaque groupe ethnique une voix égale sur la scène publique nationale et qui créent une allégeance directe des citoyens au régime dans son ensemble, voir Robert Howse et Karen Knop, «Federalism and the Limits of Ethnic Accommodation: A Canadian Perspective» (1993) *New Europe L. Rev.*

90. John Rawls, *A Theory of Justice* (1971).
91. Kymlicka, *Liberalism, Community, and Culture*, p. 187.
92. Cité dans Jules Deschenes, *Proposition concernant une définition du terme «minorité»*, Document des Nations Unies E/CN.4/Sub.2/1985/31, au par. 33.
93. Deux définitions du terme «minorité» semblent rechercher l'attention internationale. La première est proposée par le rapporteur spécial Capotorti :

Un groupe numériquement inférieur au reste de la population d'un État, en position non dominante, dont les membres — ressortissants de l'État — possèdent du point de vue ethnique, religieux ou linguistique des caractéristiques qui diffèrent de celles du reste de la population et manifestent même de façon implicite un sentiment de solidarité, à l'effet de préserver leur culture, leurs traditions, leur religion ou leur langage. (*Étude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, Document des Nations Unies E/CN.4/Sub.2/384/Add.1-7.)

La deuxième est proposée par Jules Deschenes :

[Traduction] [Une minorité est un] groupe de citoyens d'un État, qui est en minorité numérique et en position

non dominante dans cet État, et jouit de caractéristiques ethniques, religieuses ou linguistiques différentes de celles de la majorité de la population qui ont un sens de solidarité entre elles, ne serait-ce qu'implicitement, par une volonté collective de survie et dont le but est d'atteindre l'égalité avec la majorité en fait et en droit. (*Proposition de définition du terme «minorité»*, Document des Nations Unies E/CN.4/Sub.2/1985/31, par. 181.)

94. Ces idées sont étudiées de façon approfondie dans Macklem, «Distributing Sovereignty: Indian Nations and Equality of Peoples» (1993) 45 *Stanford L. Rev.* 1311. À noter que les principes d'égalité auxquels je fais référence s'appliquent à des personnes et non pas à des individus, et qu'il s'agit de principes normatifs et non pas de principes juridiques.
95. Voir, par exemple, Aristote, *Éthique à Nicomaque* (*Nicomachean Ethics*, vol. V, livre 3, lignes 1131a10 à b15).
96. Voir, par exemple, Thomas Nagel, *Equality and Partiality* (1991), p. 12.
97. Voir, par exemple, Brian Slattery, «Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims» (1991) 29 *Osgoode Hall L.J.* 681 (le droit à la vie et à la subsistance fondamentale fonde le droit à l'autonomie gouvernementale).

**LES DROITS ISSUS DE TRAITÉS  
ET LA FONCTION GOUVERNEMENTALE  
DANS L'OPTIQUE INUIT**

par Wendy Moss

**Table des matières**

SOMMAIRE	63
<b>PARTIE 1 — EXAMEN DES ÉNONCÉS DE PRINCIPES ET AUTRES PUBLICATIONS DES INUIT</b>	71
Les Inuit et le droit des peuples à l'autodétermination	71
L'ethnicité et les aspirations des Inuit à l'autonomie gouvernementale	79
Pragmatisme et théorie	90
Les Inuit et la citoyenneté	95
La réforme constitutionnelle et le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale	98
Traités, droits issus de traités et protection constitutionnelle des ententes d'autonomie gouvernementale	107
Objectifs en matière d'autonomie gouvernementale régionale dans le cadre constitutionnel actuel	111
Modèles inuit de gouvernement autonome	117
Les Inuit et l'obligation de fiduciaire	127
<b>PARTIE 2 — COMPTE RENDU D'ENTREVUES RÉALISÉES AUPRÈS DE DIRIGEANTS INUIT AU SUJET DE L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE ET DES DROITS ISSUS DE TRAITÉS</b>	129
<b>CONCLUSION</b>	145
<b>NOTES</b>	149

## SOMMAIRE

Traiter des droits issus de traités et de la fonction gouvernementale suppose un examen des moyens de mettre un terme aux effets négatifs du colonialisme dans le contexte du fédéralisme canadien. Le sujet englobe les aspects les plus fondamentaux de la relation qui existe entre les peuples autochtones du Canada et le gouvernement fédéral. La première partie du présent document passe en revue les énoncés de politiques et les publications émanant d'organisations inuit et portant sur l'autonomie gouvernementale et les droits issus de traités. Quant à la deuxième partie, elle relate certaines entrevues données par des chefs inuit sur plusieurs questions ayant trait à ces deux grands thèmes.

L'histoire des contacts qu'ont eus les Inuit avec les non-autochtones et avec le colonialisme européen comporte un certain nombre d'éléments distinctifs par rapport à l'expérience des autres Premières nations. Les Inuit n'ont pas été assujettis à la *Loi sur les Indiens*, et ils ne vivent pas retirés dans des réserves. Le gouvernement du Canada ne s'est intéressé activement au Grand Nord qu'à partir des années 50. Quoique relativement récents, les nombreux contacts avec des non-autochtones, et avec leurs institutions, ont grandement perturbé les lois et le mode de vie des Inuit. Malgré l'absence d'un pouvoir centralisé dans le style de l'«État» européen, les Inuit possédaient leurs propres institutions depuis fort longtemps lorsque les Européens sont venus envahir leurs territoires et s'immiscer dans leur mode de vie. L'organisation sociale, les lois et les valeurs des Inuit ont été écartées au profit de structures gouvernementales et de lois qu'ils ont été forcés d'accepter.

D'après les organisations qui les représentent, le droit des Inuit à l'autonomie gouvernementale fait partie des droits fondamentaux de la personne aussi bien que de leurs droits ancestraux. Pour faire valoir

leurs droits dans un système avec lequel ils n'ont rien à voir, les Inuit ont opté pour une utilisation pratique et prudente des théories juridiques et politiques d'origine européenne.

Les organisations inuit prétendent que le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale n'est qu'un aspect du droit à l'autodétermination et du droit ancestral que l'on reconnaît en common law au Canada. Bien au centre des aspirations politiques des Inuit, le droit de ceux-ci à l'autodétermination leur semble pouvoir s'exercer dans le contexte du fédéralisme canadien, renouvelé et réformé par la voie d'ententes protégées par une Constitution préalablement modifiée. Dans au moins trois des quatre régions arctiques, à savoir l'Arctique de l'Ouest, le Nunavut, le Nunavik et le nord du Labrador, on note une forte préférence pour des administrations sans fondement racial qui exerceraient leurs pouvoirs sur des territoires dont les frontières seraient tracées de telle façon que les populations inuit y seraient majoritaires. Ces «administrations sans fondement ethnique», ces «gouvernements populaires» comme on les appelle aussi, s'efforceraient toutefois de préserver la langue et la culture des Inuit et seraient soumis à l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Par l'entremise de leur association nationale, les Inuit souhaitent conclure avec le gouvernement du Canada un accord politique confirmant leur statut de peuple unifié dont le territoire s'étend sur les quatre régions arctiques, et faisant état de l'engagement pris par le gouvernement fédéral d'aider les Inuit de ces régions à atteindre leurs objectifs en matière d'autonomie gouvernementale. L'obligation des gouvernements à négocier des ententes avec les différentes collectivités ne découle pas seulement du droit inhérent des Inuit à l'autonomie gouvernementale, mais aussi de l'obligation de fiduciaire qui incombe à la Couronne et dont l'un des aspects est justement le respect des droits fondamentaux des Inuit, y compris celui de disposer d'eux-mêmes.

Dans chacune des quatre régions arctiques, les Inuit s'efforcent depuis de nombreuses années de conclure des ententes leur donnant accès à l'autonomie gouvernementale. La protection constitutionnelle de ces ententes, dont le statut pourrait être celui des «traités» au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, est perçue comme une mesure essentielle. Les Inuit considèrent aussi comme très souhaitable, peut-être même essentielle aussi, toute nouvelle disposition portant explicitement que leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale est reconnu par la Constitution. Parmi les autres éléments du programme constitutionnel des Inuit, il convient de citer la reconnaissance des administrations autochtones comme l'un des trois ordres de gouvernement au Canada, l'adoption d'une disposition portant que les peuples autochtones doivent donner leur consentement à toute modification constitutionnelle pouvant toucher leurs droits ancestraux ou issus de traités, ainsi que la participation pleine et entière des autochtones à toutes les conférences constitutionnelles.

Malgré une certaine ambivalence en ce qui a trait à leur identité en tant que citoyens canadiens, les Inuit semblent désireux de se joindre officiellement au Canada en qualité de peuple possédant un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Les mécanismes leur permettant d'y arriver seraient la conclusion d'ententes individuelles protégées par la Constitution, et la réforme constitutionnelle.

Les positions exprimées par les Inuit sur les questions liées aux droits issus de traités et à la fonction gouvernementale sont fondées sur des principes tels que l'interdépendance et l'égalité de tous les peuples et de tous les individus ainsi que l'attachement indestructible des Inuit à leurs territoires. Elles démontrent, par ailleurs, que les droits individuels et collectifs peuvent s'harmoniser, et que la notion d'égalité de tous les peuples est aussi importante que celle, connexe, de tous les individus.

LES DROITS ISSUS DE TRAITÉS  
ET LA FONCTION GOUVERNEMENTALE  
DANS L'OPTIQUE INUIT

PAR WENDY MOSS

Pendant la plus grande partie de l'histoire du Canada, les gouvernements canadiens ont traité avec mépris les institutions gouvernementales autochtones. Ils en ont entravé le fonctionnement et les ont carrément écrasées dans certains cas<sup>1</sup>. On a également, et pendant de nombreuses années, refusé aux autochtones le droit de voter aux élections fédérales et provinciales<sup>2</sup>. Jusque dans les années 80, on les a écartés des pourparlers constitutionnels.

Les Inuit n'ont pas vécu vraiment de la même façon que les «Indiens» le colonialisme européen. En effet, même si les Inuit relèvent du gouvernement fédéral en tant qu'Indiens au sens du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>3</sup>, ils ont été soustraits à l'application de la *Loi sur les Indiens*<sup>4</sup>, et ils n'ont jamais non plus vécu en réserve. Par ailleurs, le climat polaire a relativement empêché tout contact prolongé avec la population non inuit jusque dans les années 50.

C'est justement à cette époque que le gouvernement fédéral a commencé à s'intéresser très activement au Grand Nord, et à imposer un certain nombre de politiques et de mesures de toutes sortes qui ont grandement changé le mode de vie des Inuit, comme la création de collectivités permanentes qui, pour leurs membres, mettaient fin à des milliers d'années de nomadisme. Les Inuit voyaient dans les gouvernements fédéraux et provinciaux de tout-puissants étrangers<sup>5</sup>. La présence fédérale était à ce point envahissante que le droit coutumier et l'organisation sociale traditionnelle des Inuit en perdaient leur place ou

même s'en trouvaient perturbés<sup>6</sup>. Voici comment Zebedee Nungak décrit la situation des Inuit du nord du Québec :

Lorsque les fondés de pouvoir du gouvernement du Canada, représentés par la Gendarmerie royale du Canada, sont devenus les principaux agents de la justice chez les Inuit, les méthodes et coutumes traditionnelles en matière de justice ont été immédiatement et complètement évincées par le nouvel ordre juridique. L'autorité du Roi (ou de la Reine), représentée par la police et les tribunaux, allait devenir l'unique système de justice. Il n'y avait plus de place pour les traditions inuit et l'on faisait fi de la façon dont on avait procédé jusque-là. Un système de justice complètement étranger a été imposé aux Inuit, et le rôle des anciens et des dirigeants a été rendu caduc. Les nouveaux représentants de la justice britannique ont complètement mis de côté les valeurs, les traditions et les coutumes des Inuit dans leur volonté de faire respecter leurs propres lois. La loi de la Couronne, que les Inuit comprenaient très mal sinon pas du tout (les désirs du Grand monarque blanc pour ses sujets), a acquis la suprématie<sup>7</sup>

Avant que les marchands européens et les agents du gouvernement fédéral n'entrent en scène, les Inuit formaient ce que David Maybury-Lewis définit comme une «peuplade tribale» : une petite société de type préindustriel vivant relativement isolée et menant ses affaires d'une façon qui exclut tout pouvoir centralisé, caractéristique de l'État, par exemple<sup>8</sup>. L'absence de ces structures gouvernementales auxquelles les Européens étaient habitués a servi d'excuse pour nier l'existence des gouvernements autochtones et pour refuser aux peuples autochtones le droit à l'autodétermination. Il n'en demeure pas moins que les Inuit se gouvernaient comme le font toutes les sociétés humaines non colonisées. De leur point de vue, l'absence d'un État à proprement parler ne change rien à leur droit de se gouverner eux-mêmes. Selon Pauktuutit (l'association des femmes inuit), l'une des différences fondamentales qui existent entre les Inuit et les Qallunaat («personnes au visage pâle») réside dans la définition et la reconnaissance de l'autonomie gouvernementale — dans l'utilisation que l'on fait de

structures facilement reconnaissables et de lois écrites, et l'importance qu'on leur donne. Même si leurs traditions ne correspondent pas à ces critères, les Inuit réclament que la société qu'ils forment, et qui possède ses lois et ses institutions propres, soit reconnue :

[TRADUCTION] De tout temps, les lois traditionnelles de la plupart des peuples autochtones ont été tenues dans l'ombre, pour ne pas dire interdites, parce qu'elles ne répondaient pas à l'idée que les Occidentaux se font d'une loi. En règle générale, les lois n'étaient pas écrites et leur application n'était pas confiée à un groupe d'individus investis de pouvoir particuliers, d'où la fréquente disparité des sanctions prises contre les contrevenants. Cela dit, ces sociétés possédaient à n'en pas douter des règles strictes qui étaient connues et comprises de tous leurs membres, et toute dérogation suscitait aussitôt diverses réactions au sein de la collectivité. Elles étaient autonomes et capables de mener une existence relativement paisible et stable<sup>9</sup>.

Zebedee Nungak met également en garde contre les jugements qui sont portés à l'égard de la société inuit et qui reposent sur ces concepts purement européens :

La transformation radicale qu'a connue la vie des Inuit de l'Arctique au cours des 40 dernières années risque d'inciter les personnes mal informées à conclure, à tort, que les Inuit ne possédaient pas le moindre système de justice avant leur contact avec la civilisation européenne. Le fait que notre peuple ait vécu une vie de nomades dans un milieu arctique aussi dur qu'impitoyable pourrait porter les Qallunaat ou d'autres à penser que les Inuit n'avaient aucun sens ni de l'ordre ni du bien et du mal, et qu'ils ne disposaient d'aucun moyen de traiter les malfaiteurs. Or, les Inuit possédaient effectivement ce sens tant de l'ordre que du bien et du mal. La façon dont ils l'appliquaient était peut-être incompatible avec le concept de justice de la civilisation européenne, mais cela fonctionnait pour la société inuit dans les conditions de vie de l'Arctique, tout comme le système des Qallunaat fonctionnait dans leur milieu<sup>10</sup>

Traiter des droits issus de traités et de la fonction

gouvernementale suppose un examen des moyens de mettre un terme aux effets négatifs de la colonisation dans le contexte du fédéralisme canadien. Dans le cas des Inuit, la conclusion récente d'ententes sur les

droits fonciers (nouveaux traités) ainsi que la poursuite de négociations axées sur l'autonomie gouvernementale dans l'Arctique de l'Ouest, le Nunavut, le Nunavik et le nord du Labrador marquent un premier pas vers la décolonisation. Notre analyse porte donc également sur l'essence même des rapports entre les peuples autochtones et le gouvernement du Canada. Les mécanismes politiques et juridiques pouvant le mieux témoigner de rapports redéfinis et plus équitables entre les deux parties ont été abordés à maintes reprises lors des échanges sur la réforme constitutionnelle qui ont eu lieu tout au long des années 80 et jusqu'au référendum de 1992. Depuis, les questions liées à l'autonomie gouvernementale et aux droits issus de traités sont demeurées au centre des discussions entre le Canada et les peuples autochtones.

Dans le cadre d'un atelier de recherche organisé par la Commission royale sur les peuples autochtones en janvier 1993, un certain nombre de ces questions, de même que différentes possibilités de redéfinir les relations qui doivent exister entre les autochtones et le gouvernement, ont fait l'objet de discussions préliminaires avec des représentants de plusieurs associations autochtones nationales, dont l'Inuit Tapirisat du Canada. La présente étude fait suite au travail amorcé à l'occasion de cet atelier en examinant de façon vraiment détaillée le point de vue des Inuit tel qu'en font état les déclarations des associations nationales et des chefs ainsi que de l'organe international des Inuit, la Conférence circumpolaire inuit.

La question de la fonction gouvernementale peut englober une vaste gamme d'autres questions allant du droit à l'autodétermination tel que défini par le droit international à la reconnaissance, dans la Constitution, des droits des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et à la diversité des objectifs que poursuivent à ce chapitre les différentes collectivités.

De même, la question des droits issus de traités renferme tout un éventail de sous-questions comme la valeur juridique des traités, au pays comme à l'échelle internationale, le rôle des ententes sur les revendications territoriales en tant qu'instruments de discussion des objectifs propres à chaque collectivité, le contenu juridique et politique des ententes portant règlement des revendications globales, ainsi que les possibilités de confirmer dans l'actuelle Constitution canadienne les ententes sur l'autonomie gouvernementale.

Toutes ces questions, de même que les liens qui existent entre les droits issus des traités et la fonction gouvernementale, intéressent les Inuit. La première partie du présent document passe en revue les énoncés de principes émanant de l'Inuit Tapirisat du Canada, de ses organismes membres, du Comité inuit sur les affaires nationales et de la Conférence circumpolaire inuit, et concernant l'autonomie gouvernementale, les droits issus de traités ainsi que les rapports entre les Inuit et le gouvernement du Canada. La deuxième partie renferme des entrevues réalisées avec des chefs inuit sur divers points se rapportant aux droits issus des traités et à la fonction gouvernementale : la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'identité inuit et la citoyenneté canadienne, l'obligation de fiduciaire du gouvernement fédéral, la protection constitutionnelle offerte aux ententes sur l'autonomie gouvernementale et sur les revendications territoriales, et la nature du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. La présente étude donne un aperçu de la position des Inuit sur diverses questions liées aux droits issus de traités et à la fonction gouvernementale (le titre des rubriques ne correspondant pas nécessairement à ce qui suit) :

1. la citoyenneté et les rapports que doivent entretenir les Inuit et le gouvernement du Canada;
2. l'identité des Inuit en tant que peuple habitant le Canada, mais habitant aussi la région circumpolaire;

3. la réforme constitutionnelle et le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale;
4. les modèles inuit d'autonomie gouvernementale au Canada;
5. les rapports existant entre le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, l'ethnicité et les objectifs des diverses collectivités inuit sur le plan de l'administration de leurs propres affaires;
6. les rapports existant entre l'obligation de fiduciaire qui incombe au gouvernement et le droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale;
7. la reconnaissance des ententes sur l'autonomie gouvernementale en tant que traités;
8. le droit à l'autodétermination tel que défini par le droit international, et les rapports existant entre cette notion et celle de droit inhérent à l'autonomie gouvernementale que reconnaît le droit canadien.

## **PARTIE 1 — EXAMEN DES ÉNONCÉS DE PRINCIPES ET AUTRES PUBLICATIONS DES INUIT**

### *Les Inuit et le droit des peuples à l'autodétermination*

En inuktitut, le mot «inuit» signifie «personnes». Il ne peut désigner que ceux et celles à qui l'on donnait autrefois le nom d'«Esquimau», que les Inuit considèrent comme péjoratif. Mais le mot «Inuit» signifie aussi «peuple», d'où la possibilité d'en faire un générique pour désigner d'autres groupes ethniques ou raciaux<sup>11</sup>

Dans leurs énoncés de principes et autres déclarations décrivant les rapports qui doivent exister entre eux et le gouvernement du Canada ainsi que la place qu'ils occupent dans le monde, les Inuit se décrivent souvent comme un peuple au sens politique et juridique, ce qui leur

confère l'ensemble des droits reconnus à tous les peuples par le droit international en matière de droits de la personne, y compris celui à l'autodétermination. En anglais, ils ont également utilisé pour se désigner les expressions *nation* ou *nation of people*; ils constituent une nation possédant une langue, une culture et une organisation sociale qui leur sont propres, et leur territoire couvre la plus grande partie de l'Arctique canadien. En 1980, le Comité inuit sur les affaires nationales a précisé que, au même titre que d'autres peuples autochtones, la nation inuit avait été reconnue par la *Proclamation royale de 1763*. C'est dans le grave problème constitutionnelle auquel les Inuit doivent faire face depuis 1867 que réside, selon lui, l'incapacité du gouvernement fédéral de respecter le principe d'un rapport de nation à nation et de reconnaître une fois pour toutes le statut de peuple que leur donne la Constitution<sup>12</sup>

Dans un énoncé de principes détaillé, la Conférence circumpolaire inuit définit les Inuit comme un peuple autochtone qui se distingue des autres par son histoire et sa culture ainsi que par le territoire qu'ils occupent et qui transcende toutes les frontières politiques<sup>13</sup> Elle déclare aussi que le droit international s'applique aux Inuit et que ceux-ci doivent avoir, tant au Canada qu'à l'étranger, le statut de peuple :

[TRADUCTION] Il est essentiel que les Inuit soient reconnus et désignés, tant au pays qu'à l'échelle internationale, comme formant un «peuple» distinct. Les Inuit ne constituent pas simplement une «population» ou une «minorité». Ces termes injustes ne servent qu'à leur refuser, ou à amoindrir, le statut, les droits et l'identité qui leur appartiennent en propre en tant que peuple autochtone. La reconnaissance des droits des Inuit passe d'abord par l'utilisation, par les gouvernements, de termes et de notions précis qui tiennent compte du point de vue des intéressés<sup>14</sup>

Divers mémoires déposés par des Inuit insistent sur ce statut de peuple, et sur ce droit qu'ils ont d'être reconnus comme tel non seulement au Canada, mais dans tous les territoires circumpolaires. En 1987, le Comité inuit sur les affaires nationales<sup>15</sup> a fait valoir que la survie et l'épanouissement des Inuit en tant que peuple reposent sur l'adoption de dispositions constitutionnelles explicites et, au chapitre des revendications territoriales, de politiques qui reconnaissent le principe de l'autonomie gouvernementale<sup>16</sup>. De l'avis des Inuit, l'imposition, sans le consentement de ceux-ci, de structures gouvernementales et de lois qui leur sont étrangères témoigne de leur non-reconnaissance en tant que peuple par le gouvernement du Canada<sup>17</sup>.

La présidente de l'ITC, Rosemary Kuptana, a souligné que pour bien saisir les objectifs que poursuivent les Inuit en matière d'autonomie gouvernementale, il faut d'abord reconnaître aux Inuit le statut de peuple et à tous les peuples, le droit à l'autodétermination<sup>18</sup>. De l'avis de l'ITC, lorsque l'autodétermination cède la place à l'indépendance pure et simple dans les revendications d'un peuple, ce ne peut être qu'en raison d'un refus flagrant, de la part du gouvernement, de reconnaître les droits fondamentaux de ce peuple. Sur ce point, le Canada n'a rien à craindre des peuples autochtones tant qu'il demeure disposé à négocier avec eux des ententes leur permettant d'accéder à l'autonomie gouvernementale<sup>19</sup>. L'indépendance n'est pas la seule et unique forme d'autodétermination. Celle-ci peut, en effet, se réaliser à l'intérieur du territoire existant sous la forme, par exemple, d'une union de plusieurs peuples dans un État fédéral<sup>20</sup>. Les efforts déployés par les Inuit du Canada autour de la question de leur autonomie gouvernementale (discussions sur la réforme de la Constitution et négociation d'ententes sur l'autonomie gouvernementale dans le cadre constitutionnel actuel) sont donc considérés comme un aspect du dossier sur le droit des Inuit à l'autodétermination.

Les énoncés de principes émanant de l'ITC et de la CCI relativement aux droits des Inuit à l'autonomie gouvernementale et à l'autodétermination sont étayés par une analyse réalisée à la lumière des normes internationales en matière de droits de la personne. Les Inuit affirment par ailleurs qu'ils possèdent déjà le droit à l'autonomie gouvernementale, ce qui peut peser lourd dans la reconnaissance d'un droit inhérent à cet égard en l'absence d'une réforme constitutionnelle. Si le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale fait partie des droits ancestraux confirmés au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>21</sup>, on peut en déduire qu'il est déjà protégé par la Constitution et qu'il n'est pas nécessaire que des changements soient apportés à celle-ci pour prendre effet.

Face à cette prétendue dualité du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, il convient de comparer les droits ancestraux (collectifs) des autochtones et les droits de la personne et d'établir les rapprochements qui peuvent être faits. Les Inuit affirment que certains de leurs droits ancestraux, dont celui à l'autodétermination, constituent des droits fondamentaux de l'être humain, et qu'il y a interdépendance entre le droit à l'autodétermination et les droits individuels. Dans un mémoire soumis à la Commission royale sur les peuples autochtones en mars 1994, l'ITC parle du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale comme d'un droit ancestral qui est en même temps un droit fondamental, c'est-à-dire : 1) qu'il ne saurait en aucun temps être éteint, et 2) qu'il s'agit bien d'un droit « existant » au sens de l'article 35. On y laisse entendre, par ailleurs, que l'interprétation que la common law donne des droits ancestraux des autochtones a souvent servi à restreindre le droit de ces peuples à l'autodétermination, et que certains aspects de cette interprétation devraient être révisés à la lumière des principes internationaux en matière de droits de la personne — des principes comme celui de l'égalité des peuples, et des droits égaux pour tous.

L'ITC maintient que la responsabilité de fiduciaire qui incombe au gouvernement oblige celui-ci à respecter les droits fondamentaux des Inuit, y compris celui à l'autodétermination<sup>22</sup>. C'est dans cette optique que l'association recommande que la Constitution soit modifiée de façon à reconnaître le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, et que le droit à l'autodétermination soit reconnu dans une charte des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones.

Pour justifier leur droit à l'autonomie gouvernementale, les Inuit ont parfois invoqué «le fait que les peuples aborigènes ont un statut particulier et qu'ils constituent une nation à l'intérieur même du Canada<sup>23</sup>». Ces dernières années, l'ITC a de plus en plus laissé de côté la thèse du statut particulier au profit d'une analyse fondée sur la reconnaissance des mêmes droits pour tous les membres d'une collectivité<sup>24</sup>. Cette analyse des droits collectifs et des aspirations des Inuit à l'autonomie gouvernementale a fait son apparition il y a quelque temps déjà dans les énoncés de principes émanant des Inuit. C'est le cas de l'exposé que le CIAN présentait en 1983 au Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la réforme du Sénat, où l'on revendique pour les Inuit le même droit qu'ont les autres collectivités de façonner les institutions gouvernementales canadiennes :

À l'encontre des immigrants des minorités qui sont venus ici attirés par la promesse ou la possibilité de trouver la liberté, nous ne nous sommes pas rendus vers une société déjà établie en sachant qu'il nous faudrait apprendre de nouvelles langues et nous adapter à un nouveau mode de vie. Au contraire, la terre, ici, était à nous, et nous prenions des décisions en fonction de notre propre façon de voir les choses.

Or, un nouveau système juridique importé a tout simplement fait fi de cela, et nous nous sommes donc trouvés sans droits reconnus. En effet, nos droits fondamentaux à un gagne-pain tiré de l'exploitation des ressources naturelles et de la terre nous ont été niés ou ils ont été oubliés. Étant donné notre éloignement de vos propres centres, et parfois aussi à cause de la loi, comme c'est le cas également pour les Indiens, nous nous situons à

l'extérieur du système politique. Nous ne votions pas, et d'ailleurs, nous n'avions ni le droit ni la possibilité de le faire. Même aujourd'hui, notre population est fragmentée et divisée en fonction de frontières provinciales et de limites de circonscriptions fédérales, de telle sorte que certains candidats ou députés estiment que cela ne vaut même pas la peine de se rendre dans le nord pour faire campagne et s'adresser à nous. Cette situation est inacceptable. Nous estimons avoir le droit de participer pleinement et également à la vie politique canadienne et au processus électoral. Nous voulons donc obtenir des pouvoirs et la possibilité de participer davantage aux affaires locales ou régionales, afin d'être sur un pied d'égalité avec les autres Canadiens, et ce, *grâce au règlement des revendications territoriales, à des modifications constitutionnelles et à notre participation au sein des gouvernements régionaux des Territoires du Nord-Ouest, du nord du Québec et du Labrador*. Nous avons besoin des mêmes pouvoirs et des mêmes possibilités que les autres Canadiens à l'échelle nationale<sup>25</sup> [C'est moi qui souligne ]

D'aucuns pourront toujours affirmer que le statut particulier des peuples autochtones ou leurs droits à l'autonomie gouvernementale ne leur viennent pas de leurs origines ethniques ou de leur «autochtonie», mais bien du fait que le colonialisme les a privés de leur droit à l'autodétermination. Un spécialiste des Nations Unies a déclaré que le droit à l'autodétermination peut être considéré comme un droit à la fois individuel et collectif en ce sens que chaque personne a le droit de vouloir que le peuple auquel elle appartient soit libre de toute emprise coloniale et qu'il puisse librement gérer ses affaires politiques, économiques, sociales et culturelles<sup>26</sup>. Comme en témoigne l'extrait reproduit ci-dessus, les Inuit font une distinction entre leur situation et celle des populations immigrantes, qui ont choisi le Canada et dont le gouvernement fédéral et les provinces respectent, dans une certaine mesure, le droit à l'autodétermination. D'après Rosemarie Kuptana, la notion de peuple colonisé est sous-entendue dans l'expression «peuple autochtone» :

[TRADUCTION] Nous n'employons pas l'expression «peuple autochtone» dans l'espoir d'obtenir un statut ou des droits particuliers, mais bien pour désigner des peuples qui se trouvent privés de leur droit à l'autodétermination. Il ne s'agit pas d'une notion anthropologique, mais plutôt d'une réalité socio-politique, celle de victimes du colonialisme à qui l'on refuse de façon arbitraire, et donc discriminatoire, de reconnaître leur droit à l'autodétermination<sup>27</sup>

Les Inuit ont réclamé que leur soient appliquées les normes internationales en matière de droits de la personne, qui prévoient que tous les peuples sont égaux et qui leur reconnaissent à tous le droit à l'autodétermination<sup>28</sup>. Ils faisaient allusion, notamment, à deux pactes adoptés par les Nations Unies<sup>29</sup> qui reconnaissent à tous les peuples le droit de disposer d'eux-mêmes. Dans une déclaration faite devant le Comité préparatoire de la Conférence mondiale des droits de l'homme, la Conférence circumpolaire inuit a souligné que la réaffirmation de l'universalité, de l'indivisibilité et de l'interdépendance de ces droits passe nécessairement par la réaffirmation du principe des droits égaux pour tout le monde et la reconnaissance des autochtones en tant que membres à part entière de la grande famille humaine<sup>30</sup>. L'universalité des droits de la personne signifie que tous les êtres humains (lorsque l'on parle des droits individuels) et tous les peuples (lorsqu'il est question des droits collectifs) possèdent les mêmes droits, inaliénables et fondamentaux. Le concept de l'indivisibilité, lié à celui de l'universalité, suppose que tous les droits de la personne, sans exception, sont accessibles à tout le monde, c'est-à-dire qu'un individu ou un groupe ne saurait avoir accès à certains droits, mais non à d'autres. Enfin, le concept de l'interdépendance signifie que la jouissance d'un droit dépend de la jouissance de certains autres droits. Au mois de mars 1994, l'ITC déclarait ce qui suit :

[TRADUCTION] Nous revendiquons le droit à l'autodétermination en vertu de ces normes que l'on qualifie d'universelles en

matière de droits de la personne et dont on dit qu'elles garantissent à tous les peuples dignité et égalité. Ces droits sont universels ou ils ne le sont pas. C'est le principe de l'égalité qui est en jeu dans la reconnaissance, pour notre peuple, des mêmes droits dont jouissent tous les autres peuples<sup>31</sup>

L'ITC et la CCI ont insisté sur l'interdépendance qui existe entre les droits individuels et le droit à l'autodétermination, soulignant au passage qu'aux Nations Unies on considère ce droit comme une condition essentielle à l'application et à la protection de tous les autres<sup>32</sup>. La CCI devait déclarer ce qui suit concernant l'interaction entre les droits individuels et les droits collectifs :

[TRADUCTION] Les Inuit sont d'avis que l'égalité de tous les peuples est indispensable à la protection pleine et entière des droits *individuels* aussi bien que des droits collectifs. En effet, ce sont très souvent des théories fondées sur la supériorité que certaines origines ou certaines valeurs culturelles peuvent donner à un groupe qui servent à justifier la violation des droits de certains individus. Les Inuit demeurent fermement convaincus que le respect mutuel de tous les peuples peut contribuer de façon importante au respect des droits individuels, et que ce n'est que dans la mesure où l'on reconnaît ce principe fondamental que l'on est vraiment prêt à s'attaquer au racisme, à la xénophobie et à toutes les autres formes d'intolérance<sup>33</sup>

Cette approche fait des droits collectifs et individuels les éléments nécessaires, et complémentaires, d'un régime des droits de la personne digne de ce nom. Les associations inuit approuvent la version actuelle du Projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones<sup>34</sup>, élaboré par le Groupe de travail sur les populations autochtones, parce qu'elle correspond à leur propre vision des choses<sup>35</sup>. Au chapitre de l'autodétermination, l'article 3 prévoit ceci :

Les populations autochtones ont le droit de disposer d'elles-mêmes. En vertu de ce droit, elles déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel.

La contribution active des Inuit à la rédaction de cette déclaration des Nations Unies depuis 1985 est relatée par Dalee Sambo dans un article intitulé «Indigenous human rights: The role of Inuit at the United Nations Working Group on Indigenous Peoples<sup>36</sup>»

### *L'ethnicité et les aspirations des Inuit à l'autonomie gouvernementale*

L'importance du droit que revendiquent les Inuit de se faire reconnaître comme l'un des peuples vivant au Canada a été expliquée comme suit :

[TRADUCTION] Ce n'est pas notre race au sens de nos traits physiques qui unit les Inuit, mais bien plutôt notre culture, notre langue, nos territoires traditionnels, notre société, nos lois et nos valeurs, tout ce qui fait de nous un peuple. Notre humanité a une expression collective, et refuser de nous reconnaître en tant que peuple équivaut à refuser de nous reconnaître en tant que membres à part entière de la grande famille humaine. La protection de nos droits individuels nous permettra de nous intégrer à la population dominante, mais non de survivre en tant que peuple. en tant qu'Inuit<sup>37</sup>

Cette déclaration établit une importante distinction entre la notion de race et celle de culture, tout en précisant aussi le rapport qui existe entre les deux au chapitre du droit à l'autodétermination. Celui-ci y est défini comme le droit fondamental qu'ont les Inuit d'exprimer leur appartenance à une collectivité, à un peuple, non pas en fonction de traits raciaux (c.-à-d. physiques), mais bien en fonction de valeurs et d'aspirations communes qui les unissent. Outre la reconnaissance du peuple distinct qu'ils constituent, c'est le droit d'exprimer publiquement (par opposition à strictement entre eux) et politiquement leur identité collective que revendiquent les Inuit. Leurs aspirations à l'autodétermination ne résultent pas d'une quelconque xénophobie, pas plus qu'elles ne viennent d'un groupe ethnique qui, pour citer Daniel Patrick Moynihan, «définissent leurs amitiés d'après leurs aversions<sup>38</sup>». Les vues exprimées par les Inuit témoignent d'une reconnaissance de

l'interdépendance des peuples dans le monde actuel, ainsi que d'un respect inébranlable de tous les peuples et de leurs droits fondamentaux. C'est ce qui ressort de leur intérêt pour les normes nationales et internationales en matière de droits de la personne, pour le fédéralisme canadien et toutes les formes d'autonomie gouvernementale basées sur des critères autres que raciaux, pour des questions de portée globale comme la paix et l'environnement, autant de préoccupations constantes pour des organisations comme la Conférence circumpolaire inuit.

Les associations inuit établissent fréquemment une distinction entre les institutions gouvernementales «autochtones» et «mixtes». La notion d'administration publique n'ayant aucune base ethnique est nettement favorisée par les organisations régionales inuit qui constituent l'Inuit Tapirisat du Canada. Dans un gouvernement «mixte», les critères de participation et d'élection ne sont pas limités à des critères fondés sur la race, le groupe ethnique ou les ancêtres<sup>39</sup>

Michael Ignatieff oppose quant à lui les notions de «nationalisme civique» et de «nationalisme ethnique» dans son récent ouvrage intitulé *Blood & Belonging*. Pour lui, le mot «nationalisme» désigne la conviction que tous les peuples du monde sont divisés en nations ou peuples capables de disposer d'eux-mêmes, que ce soit dans le cadre d'institutions autonomes organisées au sein d'un État, ou dans dans celui d'un État indépendant. Dans ce contexte, l'expression «nationalisme civique» désigne la conviction qu'une nation devrait se composer de tous les individus — indépendamment de leur race, de leur couleur, de leurs convictions personnelles, de leur sexe, de leur langue ou de leurs origines ethniques — qui souscrivent au credo politique de cette nation, également définie comme un groupe de citoyens égaux, bénéficiaires des mêmes droits et unis par un attachement patriotique à un ensemble de procédures et de valeurs politiques reconnues et acceptées par tous. L'expression «nationalisme ethnique», enfin, désigne la conviction que

la conscience nationale d'un individu est héritée et non pas choisie, et que c'est la nation qui définit l'individu plutôt que l'inverse<sup>40</sup>

Les conflits violents qui font rage en Europe et en Afrique et dans lesquels s'affrontent différents groupes ethniques (appartenant souvent à la même race) constituent de nos jours une préoccupation internationale de premier plan. Certains observateurs tiennent pour acquis qu'à partir du moment où la préservation de la diversité ethnique prend une dimension politique, le conflit devient inévitable compte tenu du fait que la vaste majorité des États se composent d'une multitude d'ethnies<sup>41</sup>. C'est alors toute la question de l'appartenance à un groupe ethnique qui devient suspecte, de même que la possibilité, dans les faits, d'accorder à *tous les peuples* le droit à l'autodétermination. Comme le souligne David Maybury-Lewis, on désigne souvent la lutte pour le maintien de la diversité ethnique par le terme péjoratif de «tribalisme» :

[TRADUCTION] Le mot «tribalisme» est un mot déplacé que l'on utilise trop souvent de nos jours pour parler du fait ethnique. Pourtant, ce qui est en jeu ici n'est rien d'autre que le sentiment, plus ou moins profond, d'appartenir à un peuple en particulier. La notion de «tribalisme» ne sert qu'à accentuer davantage la dissension dont s'accompagne l'expression de l'appartenance ethnique<sup>42</sup>

*Pandaemonium : Ethnicity in International Politics*, de Daniel Patrick Moynihan, porte sur l'explosion de l'URSS en une multitude de petits États, et sur ses conséquences. L'auteur y déplore la disparition de cette «stabilité relative» qui, selon lui, caractérisait les relations internationales au temps de la guerre froide. Sans aller jusqu'à regretter cette époque ou le bloc communiste que formaient les pays de l'Est, Moynihan voit dans la désintégration de l'URSS le début d'une période plus violente que la précédente. Et cette violence, il l'attribue à l'affirmation, qualifiée de «primitive», des caractères ethniques. Il établit d'ailleurs un parallèle entre les suites de la guerre froide et le

## *Les Inuit et la citoyenneté*

Les Inuit du Canada s'identifient aux autres Inuit du monde circumpolaire. En tant que membre de la Conférence circumpolaire inuit, l'ITC en appuie les déclarations portant que les Inuit forment un seul et même peuple. En même temps, dans le contexte des négociations constitutionnelles et des discussions sur l'autonomie gouvernementale avec les gouvernements canadiens, les Inuit se définissent eux-mêmes comme des citoyens canadiens appartenant à un peuple qui vit au Canada. La notion d'un peuple inuit vaut donc au Canada aussi bien que dans les territoires circumpolaires.

Les organisations inuit à tous les niveaux ont constamment répété que les Inuit ne considèrent pas la sécession (c.-à-d. l'indépendance pure et simple) comme une condition nécessaire à l'exercice de leur droit à l'autodétermination. Très souvent, ils ont affirmé leur désir de demeurer au sein du pays ainsi que de négocier pour chaque région des ententes sur l'autonomie gouvernementale et de faire modifier la Constitution de façon à y être reconnus comme un peuple qui détient un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Ces mesures, de même que le règlement des revendications territoriales des Inuit, sont considérées comme nécessaires pour que les Inuit puissent devenir des membres à part entière de la confédération. Par exemple, la Convention définitive des Inuvialuit ainsi que leur proposition concernant la mise en place d'un gouvernement régional dans l'Arctique de l'Ouest ont pour objet de donner aux Inuit des chances égales de participer au mieux-être de la société canadienne tout en protégeant leur culture et leur identité. Ils se définissent eux-mêmes à la fois comme des Inuvialuit et comme des Canadiens<sup>65</sup>

L'ITC a expliqué dans les termes suivants ce qui a amené les Inuit à choisir d'exercer leur droit à l'autodétermination en demeurant dans le Canada :

[TRADUCTION] Tout au long des négociations constitutionnelles, nous avons parlé de ce sentiment que nous avons d'être exclus du Canada. La principale questions que nous comptons aborder à cette table était le désir qu'ont les Inuit de se joindre enfin au Canada, en tant que peuple, en tant que membres à part entière de la Confédération.

Nous avons choisi d'exprimer ainsi le droit de disposer de nous-mêmes que nous reconnait le droit international, et ce, pour un certain nombre de raisons, toutes importantes :

1. le statut de membre à part entière de la Confédération nous assure un pouvoir de négociation plus fort que le statut de nation indépendante;
2. le partenariat avec le Canada est souhaitable en soi, les Inuit éprouvent un attachement profond à l'endroit de ce pays, et ils se définissent comme des Canadiens aussi bien que comme les membres d'un peuple qui attend d'être admis au sein de la fédération;
3. même si, en supposant que la séparation pure et simple soit souhaitable, nous ne croyons pas qu'elle soit possible du point de vue économique, ce qui en ferait un geste irresponsable sur le plan politique, compte tenu de notre faiblesse numérique ainsi que des défis socio-économiques que pose la vie dans le Grand Nord (le droit international ne reconnaît pas aux populations peu nombreuses et économiquement faibles le droit de disposer d'elles-mêmes).

Notre but en demandant qu'on nous laisse exercer notre droit à l'autodétermination n'est pas de nous séparer du Canada ou de rester isolés du reste des Canadiens, mais bien d'être reconnus comme un peuple vivant au Canada, et comme des citoyens canadiens. Ces paroles ne sauraient être interprétées comme un jugement que nous portons sur les choix posés par d'autres individus. Nous voulons simplement faire en sorte que l'on comprenne bien comment nous entrevoyons l'autodétermination<sup>66</sup>

Dans la même veine, la Conférence circumpolaire inuit affirme

ceci :

Le droit à l'autodétermination est une condition essentielle à l'exercice et à la protection de tous les autres droits de la personne. Ce droit fondamental englobe le droit à l'autonomie gouvernementale. En demandant à pouvoir disposer d'eux-mêmes dans les régions circumpolaires, les Inuit cherchent non pas à

démanteler des territoires existants, mais bien à contribuer au mieux-être des collectivités arctiques. Pour les questions intéressant les Inuit et l'Arctique, ces gouvernements ont le devoir de faire participer les Inuit et d'obtenir leur consentement avant de mettre en oeuvre les initiatives proposées<sup>67</sup>

Tout en voulant préserver ce qui les distingue, les Inuit du Canada souhaitent donc faire partie intégrante de la confédération, à condition qu'on les reconnaisse comme un peuple qui détient un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Les Inuit qui se définissent comme citoyens canadiens sont nombreux, mais les autres résistent, principalement à cause du sentiment d'être tenus à l'écart qu'ils éprouvent en voyant qu'on refuse encore de les considérer tous comme membres d'un peuple parlant sa propre langue et possédant sa propre culture. Dans un rapport basé sur les résultats d'un sondage mené en 1991, Pauktuutit affirme ce qui suit :

[TRADUCTION] Comme l'indiquent les tableaux figurant à la fin du présent chapitre, une vaste majorité des femmes interrogées (84 %) estiment que les Inuit devraient avoir leur mot à dire en ce qui concerne les questions de portée nationale, comme l'unité canadienne et la réforme constitutionnelle, et un nombre égal d'entre elles sont d'avis aussi que la Constitution devrait reconnaître le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale. Soixante pour cent de ces femmes se définissent comme canadiennes, ce qui est remarquablement peu élevé compte tenu du fait que tout au long de la précédente ronde constitutionnelle, les chefs inuit ont soutenu que le sentiment d'appartenance à la société canadienne était très répandu chez leur peuple. L'une des participantes s'est dite prête à porter le titre de Canadienne «dans la mesure où le Canada, et l'ensemble des Canadiens et Canadiennes, reconnaissent et protègent les langues et les cultures autochtones, et acceptent de traiter les autochtones sur un pied d'égalité» En fait, 72 % des répondantes croient que les Inuit du Canada sont victimes de racisme; 64 % affirment même avoir vécu de telles expériences. Tout en insistant fortement sur la nécessité que les Inuit puissent participer au processus décisionnel pour les questions intéressant tout le pays, les participantes à cette étude sont de moins en moins convaincues d'être un jour acceptées comme canadiennes.

Et qui plus est, seulement une femme sur cinq (20 %) pense que le gouvernement traite les Inuit avec équité<sup>68</sup>

Dans un mémoire déposé lors de la 32<sup>e</sup> conférence des premiers ministres provinciaux (1992), l'ITC déclarait que «les Inuit se considèrent comme des Canadiens — comme des membres à part entière, nonobstant ce qui les distingue, de la société canadienne», et que «la survie de l'identité propre des Inuit signifie en même temps la survie d'une partie intégrante de l'identité canadienne». Cela dit, un certain nombre d'Inuit (ainsi que le révèle le rapport présenté en deuxième partie) voient dans la citoyenneté canadienne une réalité politique qu'ils ont fini par accepter parce qu'ils ne paraissaient pas avoir d'autre choix. Pour d'autres, l'attachement à la notion de citoyenneté canadienne témoigne d'un attachement à la terre plutôt qu'au pays. L'enquête réalisée par Pauktuutit indique que plus du tiers des femmes inuit ne se reconnaissent pas comme citoyennes canadiennes.

### *La réforme constitutionnelle et le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale*

C'est en 1978, lorsqu'une délégation inuit a comparu devant un comité spécial du Sénat et de la Chambre des communes afin de proposer des moyens de les faire intervenir plus directement dans le débat national sur la réforme constitutionnelle, que les Inuit ont commencé à se faire remarquer<sup>69</sup>. En 1979, ils ont obtenu le statut d'observateurs lors de la Conférence des premiers ministres sur la Constitution. La même année, le Comité inuit sur les affaires nationales était créé dans le but de formuler ce qui constituait la position des Inuit sur la réforme constitutionnelle. Jusqu'à sa dissolution en 1987, le CIAN, sous la direction notamment de John Amagoalik et de Zebedee Nungak, s'est

fait entendre à cet égard par divers comités parlementaires ou ministériels sur la Constitution.

En 1980, les Inuit ont appuyé le rapatriement de la Constitution, à la condition toutefois que certaines dispositions protègent explicitement leurs droits. De 1983 à 1987, le CIAN a participé à la série des conférences constitutionnelles prévues à l'article 37.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ces conférences avaient pour objet de préciser l'interprétation à donner aux «droits existants — ancestraux ou issus de traités» dont parle le paragraphe 35(1) de la Loi. Les Inuit ont travaillé en étroite collaboration avec les autres peuples autochtones du Canada en vue de faire reconnaître officiellement les droits visés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ainsi que pour faire adopter les dispositions contenues dans ce qui devait devenir la *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution*, qui accorde la protection constitutionnelle aux droits issus d'accords sur des revendications territoriales et qui garantit également aux personnes des deux sexes tous les droits visés à l'article 35. Mary Simon, du CIAN, était du nombre de ceux et celles qui ont le plus fait pour que soit confirmée cette égalité des sexes que prévoit le paragraphe 35(4) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Lors de conférences ultérieures, les Inuit et les autres peuples autochtones se sont acharnés à faire reconnaître dans la Constitution l'existence d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, ainsi qu'à faire approuver un processus de négociation et de confirmation constitutionnelle d'ententes sur la mise en place d'institutions autonomes. La reconnaissance explicite de ce droit inhérent était perçue par les Inuit comme un moyen de prendre officiellement leur place parmi les entités politiques formant la Confédération, et comme une garantie nécessaire contre l'assimilation et la perte de leur identité

propre<sup>70</sup> En plus de participer aux conférences constitutionnelles consacrées expressément aux droits des autochtones, le CIAN s'est signalé dans le cadre du débat sur la réforme de la Constitution et celui concernant l'Accord du lac Meech (1987).

Dans un document publié en 1987, le CIAN a résumé comme suit certains des objectifs que les Inuit n'avaient toujours pas atteints au plan constitutionnel :

[TRADUCTION] Le CIAN réclame toujours que soient ajoutées dans la Constitution des dispositions portant :

- que les peuples autochtones sont reconnus comme ayant une culture distincte du fait de leur occupation séculaire de terres qui englobent le Canada d'aujourd'hui;
- que les peuples autochtones ont effectivement le droit de parler leur propre langue et de vivre selon leur propre culture,
- que les peuples autochtones ont effectivement le droit de posséder et d'utiliser les terres et les eaux (y compris la glace) dont ils ont besoin pour assurer leur subsistance;
- que les peuples autochtones ont effectivement le droit de participer à la gestion et à l'exploitation des ressources renouvelables et non renouvelables;
- que le droit des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale est reconnu;
- que les négociations visant des ententes locales, régionales, territoriales ou provinciales sur des questions liées à l'autonomie gouvernementale sont régies par des règles bien définies;
- que les ententes négociées en matière d'autonomie gouvernementale sont protégées par la Constitution;
- que le principe d'un financement suffisant des administrations autochtones est reconnu<sup>71</sup>

Au lendemain de l'échec de la dernière Conférence des premiers ministres sur les questions autochtones, en 1987, aucun changement constitutionnel n'ayant été approuvé au chapitre de l'autonomie gouvernementale, les gouvernements fédéral et provinciaux se sont attaqués aux questions constitutionnelles intéressant le Québec. Les peuples autochtones ont été exclus de tout le processus de négociation

qui devait aboutir à l'Accord du lac Meech. La question de la participation pleine et entière à toutes les conférences constitutionnelles touchant directement les autochtones ainsi que de la nécessité d'obtenir le consentement de ceux-ci avant d'apporter à la Constitution des modifications ayant des répercussions sur leurs droits avait été soulevée pendant des années par le CIAN. Les représentants des Inuit se sont joints à ceux des autres peuples autochtones pour protester contre la décision qui avait été prise de les exclure du débat. La même erreur ne devait pas se répéter lorsqu'un vaste éventail de questions constitutionnelles d'intérêt national ont fait l'objet de nouvelles négociations, en mars 1992. Les Inuit et les autres peuples autochtones ont été représentés à toutes les réunions de hauts fonctionnaires en prévision des conférences des ministres responsables des affaires constitutionnelles et des conférences des premiers ministres sur les questions autochtones et l'autonomie gouvernementale, ainsi que des rencontres sur la réforme du Sénat, le partage des pouvoirs et la clause de société distincte pour le Québec.

Ce processus a été amorcé en septembre 1991, date à laquelle le gouvernement fédéral a présenté ses propositions en matière de réforme du Sénat. Des négociations réunissant les peuples autochtones et les gouvernements devaient avoir lieu en mars 1992. L'aboutissement de ces discussions a été l'Accord de Charlottetown, au mois d'août 1992, suivi d'un référendum constitutionnel en octobre. Tout au long de cette période, à compter de la réunion que l'Inuit Assembly on the Constitution a tenue à la mi-septembre à Pangnirtung, le programme constitutionnel des Inuit est demeuré très cohérent. Au fil des discussions et des négociations, l'ITC s'est concentré sur trois grands principes :

1. la reconnaissance constitutionnelle des Inuit en tant que peuple distinct;

2. la reconnaissance constitutionnelle du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale ainsi que d'un processus visant la conclusion d'ententes également protégées par la Constitution;
3. la participation directe, pleine et entière des Inuit à toutes les étapes du processus de réforme constitutionnelle<sup>72</sup>

Ces trois principes se sont retrouvés à peu près intacts dans l'Accord de Charlottetown. Pour ce qui est du troisième de ces principes, toutefois, la réalité ne devait pas correspondre aux attentes des Inuit, l'Accord confirmant le droit de ceux-ci à une participation pleine et entière aux seules discussions portant sur des questions qui touchent directement les peuples autochtones. Durant les négociations, d'autres principes sont également venus s'ajouter : la reconnaissance des administrations autochtones comme un troisième ordre de gouvernement au sens de la Constitution du Canada; la reconnaissance du droit inhérent de légiférer, en vertu de ce qu'on a appelé la «disposition contextuelle»; et le consentement des peuples autochtones à l'égard des modifications visant les dispositions constitutionnelles relatives à leurs droits.

L'importance que revêtent les problèmes constitutionnels qui n'ont toujours pas été réglés à la satisfaction des Inuit ressort clairement des déclarations de l'ITC. Les Inuit ont souvent répété qu'ils se sentent exclus de la scène politique canadienne, et ils continuent d'insister sur la nécessité qu'ils soient invités officiellement à se joindre à la fédération. Voici ce qu'a déclaré à ce sujet la présidente de l'Inuit Tapirisat du Canada :

[TRADUCTION] Du point de vue des Inuit, la Constitution du Canada, dans sa version actuelle, présente deux lacunes fondamentales. La première réside dans la façon dont elle a été rédigée, et l'autre, dans son contenu. La Constitution [à l'exception des dispositions contenues dans la *Loi*

*constitutionnelle de 1982* au chapitre des droits ancestraux] ainsi que les gouvernements dont elle a rendu possible la création nous ont été imposés sans notre consentement. Personne n'est venu nous demander comment tracer les frontières des provinces, ni comment répartir les pouvoirs entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux. Le plébiscite tenu dans les T.N.-O. concernant les frontières des nouveaux territoires constitue une remarquable, et très récente, exception. On ne saurait s'étonner que ces failles dans le processus de rédaction aient donné lieu à d'autres failles dans le contenu, à savoir la non-reconnaissance du pouvoir de légiférer que détiennent déjà les peuples autochtones. Si l'on s'en tient à la Constitution, nous n'existons vraiment qu'en tant que l'un des champs de compétence du gouvernement fédéral<sup>73</sup>

Le projet de modification visant à donner aux administrations autochtones le statut d'ordre de gouvernement touchait directement le partage des pouvoirs prescrit dans la *Loi constitutionnelle de 1867* en ce sens qu'il reconnaissait officiellement le droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale. La présidente de l'Inuit Tapirisat du Canada s'exprime en ces termes à ce sujet :

[TRADUCTION] L'exclusion des peuples autochtones de toute discussion concernant le partage des pouvoirs constitue une violation de nos droits fondamentaux en tant que peuple. Cette situation peut toutefois être redressée si l'on accepte de reconnaître dans la Constitution notre droit inhérent à l'autonomie gouvernementale [...] C'est là un principe essentiel qui touche la nature même des rapports entre les autochtones et le reste du Canada. La reconnaissance que nous sollicitons du droit des Inuit à l'autonomie gouvernementale nous mettrait du même coup sur un pied d'égalité avec toutes les autres peuples vivant au Canada. Cette reconnaissance doit refléter ce sentiment d'égalité et mettre un terme à la domination que des gouvernements non autochtones exercent en vertu de la Constitution à l'endroit des autochtones. Par exemple, la clause Canada prévoit que les administrations autochtones forment un des trois ordres de gouvernement du pays, ce qui reflète le principe qui veut que les administrations autochtones aient un statut constitutionnel comparable à celui du gouvernement fédéral et des provinces<sup>74</sup>

Au cours des années 90, les Inuit sont intervenus dans le débat en basant sur une fine analyse des droits de la personne leur définition de la nature, du fondement et de l'importance de leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, ainsi que des manifestations régionales de ce droit inhérent. Celui-ci prend sa source dans tout ce qui distingue les Inuit des autres sociétés humaines, dans ce qui fait d'eux un peuple, et dans leur attachement indestructible à leurs territoires<sup>75</sup> Le mot «inhérent» laisse supposer que le droit à l'autonomie gouvernementale est, en réalité, un droit fondamental de la personne :

[TRADUCTION] Le mot «inhérent» figure dans le préambule des pactes des Nations Unies sur les droits de la personne. Il fait donc partie du vocabulaire international en cette matière. Lorsque les Inuit qualifient d'«inhérent» leur droit à l'autonomie gouvernementale, ils soulignent par là qu'il s'agit d'un droit qui peut être reconnu, mais jamais octroyé, qui peut être violé, mais qui ne saurait être éteint<sup>76</sup>

L'ITC a exposé en quelques points comment les Inuit définissent leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale :

1. c'est un droit fondamental qu'ils ont toujours possédé, et qui ne saurait être éteint (définition d'«inhérent»);
2. c'est un droit qui ne découle d'aucune entente (il n'est subordonné à rien);
3. les administrations mises en place par les autochtones en application de leur droit inhérent constituent un ordre de gouvernement au sens de la Constitution (elles forment l'un des trois ordres de gouvernement au Canada qui exercent sur certaines questions une compétence exclusive);
4. le consentement des peuples autochtones est nécessaire pour que puissent être définis les rapports qui doivent exister entre eux et les gouvernements fédéral et provinciaux (consentement requis);
5. le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale ne suppose aucun type particulier d'administration, les structures mises en place pouvant donc reposer ou non sur des critères ethniques (les Inuit n'ont pas à se limiter aux formes traditionnelles de gouvernement, et rien ne les empêche non plus de se joindre à d'autres collectivités

dans l'exercice de leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale)<sup>77</sup>

Au mois de mars 1992, lorsque les négociations constitutionnelles ont commencé, l'ITC a déposé des projets de modifications en réponse aux propositions soumises par le gouvernement fédéral, comme la clause Canada et celle reconnaissant le Québec comme une société distincte. Les modifications proposées par les Inuit portaient aussi sur leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et sur l'égalité de garantie des droits pour les deux sexes. Relativement à cette dernière question, l'ITC a recommandé que le paragraphe 35(4) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne s'applique pas qu'aux droits ancestraux ou issus de traités. Dans une note explicative, l'association précise ce qui suit :

[TRADUCTION] D'aucuns diront que les droits des femmes autochtones sont désormais pleinement protégés en vertu des articles 15 et 28 ainsi que du paragraphe 35(4) de la Charte. Cela dit, on peut toujours se demander dans quelle mesure l'article 25, qui soustrait à l'application de la Charte les «droits ou libertés — ancestraux, issus de traités ou autres — des peuples autochtones du Canada», ne rend pas sans effet l'article 28 portant égalité de garantie des droits pour les deux sexes. On peut toujours s'interroger aussi sur la portée du paragraphe 35(4), qui ne couvre peut-être pas les «autres droits ou libertés» dont parle l'article 25.

Quels que soient les arguments invoqués de part et d'autre, le texte actuel empêche explicitement tous les gouvernements — fédéral, provinciaux et autochtones — de passer des lois ou bien d'octroyer ou de reconnaître des droits d'une façon qui ne témoigne d'aucune discrimination basée sur le sexe. La solution à ce problème est double : d'abord, préciser que le paragraphe 35(4) couvre bien «les droits ou libertés dont il est fait mention à l'article 25», et enfin, confirmer explicitement que l'égalité de garantie des droits pour les deux sexes qu'offre le paragraphe 35(4) s'applique aux lois fédérales, provinciales et autochtones<sup>78</sup>

Toujours en mars 1992, l'ITC a déposé un projet de modification visant à reconnaître le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, la nouvelle disposition devant être séparée du paragraphe 35(1), lequel confirme déjà les «droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones». Cette distinction se justifiait de deux façons :

1. afin d'éviter que le mot «existants» ne laisse supposer que le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale de l'un ou l'autre des peuples autochtones du Canada a été éteint de quelque façon,
2. afin que soit clairement reconnue l'existence d'un troisième ordre de gouvernement<sup>79</sup>

C'est cette formule qui devait finir par être adoptée dans l'Accord de Charlottetown (et dans le projet de texte juridique rendu public en octobre 1992), de même qu'une disposition de plus longue portée en matière de garantie de droits égaux pour les deux sexes, une autre (la clause Canada) reconnaissant que les administrations autochtones forment l'un des trois ordres de gouvernement au pays, et d'autres dispositions tenant compte aussi des arguments présentés par les Inuit.

Les négociations et les consultations qui ont eu lieu dans les collectivités inuit dans le cadre du processus qui a abouti à la signature de l'Accord de Charlottetown et au référendum constitutionnel, ont contribué à établir un fort consensus national chez les Inuit sur la question de l'autonomie gouvernementale. Lors du référendum d'octobre 1992, un bon nombre de votants inuit se sont montrés favorables à l'Accord de Charlottetown. Malgré les résultats négatifs à l'échelle nationale, les Inuit estiment que la reconnaissance politique de leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale par dix provinces et par le gouvernement fédéral est un point sur lequel il n'est plus possible de faire marche arrière<sup>80</sup>

Depuis l'échec de l'Accord de Charlottetown, les Inuit se sont fixé un programme réalisable dans le cadre constitutionnel actuel. Ce programme comporte la mise en place de nouvelles administrations dans les quatre régions arctiques visées par les ententes portant règlement des revendications globales des Inuit. Les problèmes soulevés jusqu'à présent demeurent sans solution, mais les Inuit comptent revenir à la charge à la première occasion :

[TRADUCTION] Le nombre de voix favorables exprimées lors du référendum national témoigne d'un fort consensus national chez les Inuit en ce qui a trait aux grands principes qui doivent être reconnus dans la Constitution du Canada au chapitre de l'autonomie gouvernementale. Et comme nous l'avons maintes fois répété, la reconnaissance de notre droit inhérent à l'autonomie gouvernementale par les gouvernements fédéral et provinciaux est irréversible : une page importante de l'histoire du Canada vient de s'écrire. Les chefs inuit comptent soulever dès que possible les problèmes constitutionnels qui n'ont toujours pas été réglés à notre satisfaction, et ce, dans l'actuel cadre constitutionnel<sup>81</sup>

### *Traités, droits issus de traités et protection constitutionnelle des ententes d'autonomie gouvernementale*

Pour les Inuit, la conclusion de traités par le biais du processus de règlement des revendications territoriales et celui de la négociation d'ententes d'autonomie gouvernementale constitue un important moyen de reprendre contrôle sur les terres et les ressources et de rétablir le mode de vie inuit en général. On la perçoit aussi comme un processus essentiel visant à faire des Inuit un peuple et des partenaires à part entière de la Confédération. Les sentiments d'aliénation et d'exclusion qu'éprouvent les Inuit semblent être liés à l'incapacité du Canada de s'occuper de leurs droits fondamentaux en tant que peuple, particulièrement dans les domaines de l'autonomie gouvernementale, de la langue et de la culture. En conséquence, les Inuit se montrent peu

empressés à se dire Canadiens, comme le révèlent l'étude menée par Pauktuutit et les entrevues dont rend compte la deuxième partie du présent document.

L'expérience que les Inuit ont des traités a commencé avec la mise en oeuvre du nouveau processus de règlement des revendications territoriales, le premier document officiel, la Convention de la Baie James et du Nord québécois, ayant été signé en 1975. Il est évident qu'ils aimeraient que ce processus rende possible aussi la conclusion d'ententes sur l'autonomie gouvernementale assorties d'une protection constitutionnelle. Au fil des ans, les organisations inuit régionales et nationales ont affirmé que la Constitution doit protéger ces ententes et qu'elle doit renfermer une disposition précise reconnaissant, d'une manière générale, le droit des peuples autochtones à cette autonomie. En 1987, le Comité inuit sur les affaires nationales a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] Les deux tiers des Inuit du Canada posséderaient leur propre gouvernement grâce à la création du Nunavut, mais le droit à l'autonomie gouvernementale des Inuit du Grand Nord ne serait pas protégé, la Constitution n'ayant pas été modifiée en ce sens. Par conséquent, la protection constitutionnelle du droit des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale demeure une priorité pour les Inuit. Il est nécessaire d'inscrire dans la Constitution un processus de conclusion d'ententes d'autonomie gouvernementale et de protection de celles-ci, et ce, afin de garantir la sécurité à long terme de l'ensemble des peuples autochtones<sup>82</sup>

En 1987, le gouvernement fédéral a reformulé sa politique des revendications territoriales. Entre autres changements, il permettait la discussion d'une gamme plus étendue de questions touchant l'autonomie gouvernementale dans le cadre de la négociation des revendications. À première vue, l'énoncé de politique de 1987<sup>83</sup> n'exclut pas la possibilité d'une protection constitutionnelle des accords sur des revendications territoriales. Néanmoins, en pratique, le gouvernement fédéral a insisté sur le recours à des négociations «parallèles» pour ne

pas accorder de protection constitutionnelle aux ententes d'autonomie gouvernementale.

Le gouvernement fédéral actuel s'est montré, dans une certaine mesure, prêt à envisager la possibilité de consentir à une telle protection. Dans un discours prononcé en mai 1994, l'honorable Ron Irwin a indiqué que, à l'automne suivant, il discuterait probablement avec le Cabinet de l'éventualité de considérer les ententes d'autonomie gouvernementale comme des traités au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le gouvernement du Québec a fait preuve d'une attitude semblable sur ce sujet, mais on ne sait jusqu'où il est prêt à aller. D'habitude, Terre-Neuve affirme qu'elle n'appuie pas la protection constitutionnelle des ententes de ce genre en l'absence d'une modification de la Constitution qui reconnaisse explicitement le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale.

Bien que les Inuit et d'autres (y compris certains gouvernements provinciaux, comme ceux de l'Ontario et de la Saskatchewan) aient rejeté cet argument, il est évidemment préférable d'inclure dans la Constitution des dispositions explicites qui reconnaissent le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et protègent les ententes conclues à cet effet. Le livre de Janet Keeping intitulé *The Inuvialuit Final Agreement*<sup>84</sup> soutient une thèse opposée à celle de Terre-Neuve. Par exemple, on peut juger que les droits issus de traités et d'accords sur des revendications territoriales sont protégés par la Constitution, tout en les considérant comme n'y étant pas inclus. Dans ce cas, on n'aurait pas à se préoccuper du mode de révision de la Constitution.

Par conséquent, celle-ci pourrait protéger les ententes d'autonomie gouvernementale, peu importe que le droit inhérent soit un droit ancestral existant ou non, si l'on qualifiait ces documents de traités ou si on les incorporait dans les accords sur des revendications territoriales. Le paragraphe 35(1) confirme et reconnaît les droits

existants — ancestraux ou issus de traités. Le paragraphe 35(3) stipule, pour sa part, que sont compris parmi les droits issus de traités les droits existants qui sont issus d'accords sur des revendications territoriales. Prises ensemble, ces dispositions suggèrent deux moyens possibles de protéger constitutionnellement les ententes d'autonomie gouvernementale : on pourrait soit les qualifier de traités, soit inclure les questions relatives à l'autonomie gouvernementale dans les accords sur des revendications territoriales.

Néanmoins, les Inuit s'inquiètent quelque peu d'une protection constitutionnelle des ententes d'autonomie gouvernementale qui ne serait pas assortie d'une disposition reconnaissant explicitement leur droit inhérent à cette autonomie, étant donné leurs réserves à l'endroit de la doctrine de la common law qui traite des droits ancestraux. L'ITC a émis l'avertissement suivant :

[TRADUCTION] La constitutionnalisation des ententes d'autonomie gouvernementale peut être un moyen de faire en sorte que la loi fondamentale tienne compte de l'optique des Inuit. Cependant, les problèmes inhérents à la doctrine actuelle en matière de droits ancestraux subsisteraient. Il faudrait chercher à redéfinir la common law et la Constitution afin de mieux refléter le point de vue des Inuit sur leurs droits, et de rendre la législation canadienne sur les droits ancestraux compatible avec les normes internationales relatives à l'égalité des droits et à l'autodétermination des peuples<sup>85</sup>

Tout en soutenant que l'article 35 protège leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, les Inuit sont bien conscients du risque de plaider cette question fondamentale dans le cadre d'un système judiciaire désireux de confirmer sa propre légitimité. Ils préféreraient manifestement une modification explicite qui confirmerait leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et protégerait constitutionnellement les ententes conclues à cet égard.

On n'est pas très bien fixé sur le statut international qu'accordent les Inuit à ces traités. La Conférence circumpolaire inuit a émis la déclaration de principes suivante au sujet de l'importance de la conclusion de traités et de l'inviolabilité des droits issus de ceux-ci :

[TRADUCTION] Il faudrait reconnaître que les ententes portant règlement des revendications territoriales et les traités conclus entre les Inuit et les gouvernements sont des moyens importants de veiller à faire respecter les droits des Inuit à l'égard des terres et des ressources et à solutionner d'autres questions fondamentales. Chaque fois que l'on conclut une entente ou un traité, le système judiciaire du gouvernement signataire doit garantir l'inviolabilité des droits conférés aux Inuit par ces documents<sup>86</sup>

### *Objectifs en matière d'autonomie gouvernementale régionale dans le cadre constitutionnel actuel*

Dans la foulée de la conclusion de l'Accord de Charlottetown et du référendum de 1992, les organisations inuit ont cherché des moyens d'atteindre, dans le cadre constitutionnel existant, certains des objectifs régionaux en matière d'autonomie gouvernementale. Pour chacune des quatre régions devant faire l'objet d'accords sur des revendications territoriales, on a, pendant de nombreuses années, cherché à donner suite à des propositions formulées de longue date, et ce indépendamment du processus de réforme constitutionnelle. Le fait que les organisations inuit au niveau régional aient décidé de négocier l'autonomie gouvernementale dans le cadre constitutionnel actuel comporte un certain risque sur le plan de la protection, par la loi fondamentale, des ententes conclues dans ce domaine (voir la section précédente).

Pendant une vingtaine d'années, on a poursuivi résolument la création, dans l'Arctique de l'Est et du Centre, du territoire du Nunavut, et ce, indépendamment des discussions sur l'autonomie gouvernementale des autochtones, qui revenaient périodiquement sur le tapis lors des pourparlers constitutionnels. Tout au long des discussions de 1992 sur la

Constitution, la Fédération Tungavik du Nunavut et le gouvernement du Canada ont continué de négocier à part une entente portant règlement des revendications territoriales dans l'Arctique de l'Est et du Centre. L'Accord sur les revendications territoriales du Nunavut a été ratifié par les Inuit en novembre 1992 et signé par le premier ministre du Canada en mai 1993. Le terme «Nunavut», qui signifie «notre terre» en inuktitut, désigne les parties orientale et centrale des Territoires du Nord-Ouest aussi bien que le gouvernement prévu pour le nouveau territoire<sup>87</sup>. En vertu de l'article 4 de l'Accord susmentionné, le gouvernement fédéral s'est engagé à déposer une loi portant que le Nunavut ne serait pas régi par le gouvernement du reste des Territoires du Nord-Ouest. Pendant les négociations, les Inuit ont insisté pour que tout accord conclu sur les droits fonciers dans l'Arctique de l'Est et du Centre soit lié à une entente qui permettrait de réaliser leur aspiration de longue date à un territoire comme le Nunavut. (Lors d'un référendum tenu sur ce sujet en 1982, les gens ont appuyé la partition des Territoires du Nord-Ouest en vue de la création du Nunavut.)

Dans l'Arctique de l'Ouest, les Inuvialuit ont cherché la mise en place d'un processus dans le cadre duquel ils discuteraient avec le gouvernement fédéral de leur proposition de créer un gouvernement régional qui régirait le reste des Territoires du Nord-Ouest après le partage. En fait, ils veulent conclure une entente d'autonomie gouvernementale avant cette division. À un moment donné, la région de l'Arctique de l'Ouest était incluse dans la proposition relative au Nunavut. Les revendications territoriales des Inuvialuit ont néanmoins fait l'objet de négociations distinctes. Lorsque, en fin de compte, on a tracé les frontières du Nunavut, on a exclu le territoire des Inuvialuit qui se trouve dans l'Arctique de l'Ouest.

La Convention définitive des Inuvialuit (CDI), qui a été conclue en 1984, ne traite pas d'autonomie gouvernementale sauf pour garantir

aux Inuvialuit le même traitement qu'aux autres groupes relativement à la structure des institutions publiques dans l'Arctique de l'Ouest<sup>88</sup>

Cette détermination à échanger maintenant avec les Inuvialuit sur les questions relatives aux institutions gouvernementales résulte des discussions qui se déroulent dans les Territoires du Nord-Ouest au sujet d'une nouvelle constitution pour la moitié occidentale qui restera après la création du Nunavut. Cet engagement découle aussi de l'entente de 1991 sur la revendication globale des Gwich'in, en vertu de laquelle le gouvernement fédéral promet de négocier avec ce peuple la mise en place d'administrations locales et régionales. En outre, le document comporte l'énoncé suivant :

[TRADUCTION] Au moyen des ententes d'autonomie gouvernementale, on visera à décrire la nature, le caractère et la portée du gouvernement autonome, à définir les rapports entre le gouvernement et les institutions gwich'in ainsi qu'à appliquer les critères du gouvernement populaire aux administrations que réclament les Gwich'in<sup>89</sup>

En juin 1994, le gouvernement fédéral a accepté d'entamer des négociations avec les Gwich'in et les Inuvialuit au sujet de la création d'un gouvernement régional pour l'Arctique de l'Ouest. Les municipalités et le gouvernement territorial participeront aux discussions

La Labrador Inuit Association tente de conclure une entente d'autonomie gouvernementale qui viserait le nord du Labrador. Cette entente pourrait soit être incluse dans l'accord portant règlement de leurs revendications territoriales, soit faire l'objet d'un traité séparé. Pour ce qui est des revendications territoriales, les pourparlers en cours avec les gouvernements fédéral et provincial progressent peu et lentement. En outre, le gouvernement de Terre-Neuve et les Inuit du Labrador semblent avoir des points de vue très divergents au sujet du territoire que viserait l'entente.

Dans le Nord québécois, les Inuit veulent raffermir et accroître les pouvoirs exercés par les institutions créées en vertu de la Convention de la Baie James et du Nord québécois, comme l'Administration régionale Kativik (ARK). Selon eux, l'ARK est une entité administrative. Les Inuit du Nord québécois demandent maintenant l'établissement d'un corps législatif qui leur soit propre, à savoir l'Assemblée du Nunavik. L'ARK est une administration publique mixte qui a été constituée dans le tiers septentrional de la province et qui regroupe des représentants de 13 villages. Parce qu'ils forment la majorité, les Inuit contrôlent effectivement l'ARK. Celle-ci, à cause de sa capacité d'imposition limitée, dépend financièrement de la province, ce qui nuit à son efficacité. En 1987, le Comité inuit sur les affaires nationales a conclu que l'ARK n'est pas suffisamment autonome<sup>90</sup>

Les conclusions semblables qu'ont émises les collectivités inuit du Nord québécois ont abouti à la formulation de la proposition actuelle qui porte sur l'établissement de l'Assemblée du Nunavik. En mai 1994, le gouvernement du Québec a nommé un négociateur chargé de discuter de cette question. On a conclu deux mois plus tard un accord-cadre destiné à orienter les pourparlers. Le gouvernement fédéral ne s'est pas encore engagé à participer aux échanges. (Selon l'accord-cadre conclu entre le Québec et les Inuit relativement aux négociations sur l'autonomie gouvernementale, le Canada doit participer à celles-ci lorsque les questions abordées relèvent de sa compétence.)

L'intérêt des gouvernements fédéral et provinciaux à discuter des objectifs des Inuit en matière d'autonomie gouvernementale varie au fil des ans. Par conséquent, ceux-ci jugent importante la disparition de l'engagement qui était inclus dans l'Accord de Charlottetown et selon lequel on promettait de négocier l'autonomie gouvernementale avec les peuples autochtones. Peu après le référendum, l'Inuit Tapirisat du Canada a entrepris d'envisager un «processus national d'accession des

Inuit à l'autonomie gouvernementale». Dans une résolution adoptée le 8 décembre 1992 par le conseil d'administration de cet organisme, on a chargé les dirigeants inuit nationaux [TRADUCTION] «de faire le nécessaire pour entamer, avec le gouvernement fédéral, des pourparlers qui aboutiront à la conclusion d'un accord portant sur la mise en place d'un processus de négociation de l'autonomie gouvernementale des Inuit. Ce processus doit être accessible à toutes les régions inuit, correspondre aux besoins et aux objectifs particuliers de chacune d'elles, et offrir la possibilité de négociations bilatérales et trilatérales». La présidente et le vice-président de l'ITC ont rencontré le très honorable Jean Chrétien en 1993, à l'époque où il était chef de l'opposition et où le Parti libéral du Canada était en train de rédiger son énoncé de politiques sur les affaires autochtones. En fin de compte, ce parti, dans sa plate-forme électorale, s'est engagé à appuyer la mise sur pied d'un processus national d'accession des Inuit à l'autonomie gouvernementale<sup>91</sup>

Lors de rencontres avec l'ITC, le ministre des Affaires indiennes, l'honorable Ron Irwin, a assuré la présidente de l'organisme, Rosemarie Kuptana, que le gouvernement fédéral donnerait suite aux promesses contenues dans la plate-forme électorale libérale, communément appelée «Livre rouge». Le gouvernement fédéral a également fait part de son intérêt à conclure, avec l'ITC, un accord politique sur la réalisation de ses engagements électoraux. L'organisme a, quant à lui, proposé la signature d'un accord politique qui porterait spécifiquement sur l'autonomie gouvernementale et qui donnerait suite à la promesse formulée dans le Livre rouge au sujet d'un processus national d'accession des Inuit à l'autonomie gouvernementale. Lorsque l'ITC a présenté sa proposition, le gouvernement fédéral ne s'était pas encore engagé à mettre sur pied un processus en vertu duquel il négocierait avec les Inuvialuit l'établissement d'un gouvernement populaire régional

dans l'Arctique de l'Ouest. Chaque région peut maintenant se prévaloir d'un processus de négociation, mais il n'existe aucune politique ou déclaration fédérale officielle sur l'autonomie gouvernementale des Inuit.

L'accord politique aurait pour but principal de confirmer les rapports entre le gouvernement fédéral et l'ensemble des Inuit du Canada, de tenir compte du fait que ceux-ci constituent un peuple unifié vivant dans quatre régions arctiques et de prendre acte de l'engagement du gouvernement fédéral à participer à la négociation de la mise en place de structures autonomes dans chacune de ces régions. Selon l'ITC, le gouvernement fédéral jouerait, lors de la négociation et de la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale des Inuit, un rôle légèrement différent dans chaque région inuit :

[TRADUCTION] En ce qui concerne l'Arctique de l'Ouest, le gouvernement fédéral s'engagerait à entreprendre, en collaboration avec le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest, des négociations bilatérales avec l'Inuvialuit Regional Corporation au sujet de l'établissement d'un gouvernement régional. Pour ce qui est du Nunavik, le gouvernement fédéral promettrait de participer, sur invitation, aux pourparlers tenus entre le gouvernement du Québec et les Inuit du Nord québécois au sujet de la création de l'Assemblée du Nunavik. Par ailleurs, le gouvernement du Canada confirmerait son engagement à collaborer, tel que convenu, avec Nunavut Tunngavik et le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest à la mise en place du gouvernement territorial du Nunavut, tout en veillant à ce que les organismes inuit de cette région disposent des ressources nécessaires pour participer efficacement aux travaux de la Commission d'établissement du Nunavut. Relativement au nord du Labrador, le gouvernement fédéral s'engagerait à continuer de collaborer avec les Inuit de la région et le gouvernement de Terre-Neuve à la rédaction d'une entente globale en matière d'autonomie gouvernementale<sup>92</sup>

En plus de tenter d'obtenir un engagement politique officiel à l'égard des objectifs des différentes collectivités, l'ITC demande que l'on promette de financer la participation des organisations inuit régionales

aux négociations sur l'autonomie gouvernementale. L'organisme veut aussi qu'on lui verse des fonds pour coordonner à l'échelle nationale du traitement des questions relatives à cette autonomie. L'accord politique proposé regrouperait donc dans un document ayant une portée nationale les engagements du gouvernement fédéral à l'endroit des objectifs susmentionnés.

En général, l'ITC est d'avis que le gouvernement fédéral n'a pas accordé toute l'attention voulue à ces objectifs, alors qu'il dispose d'une politique au sujet de la tenue de «négociations sur l'autonomie des collectivités indiennes». Ce gouvernement et ses organisations membres insistent pour que l'on mette en oeuvre des programmes destinés aux seuls Inuit dans de nombreux domaines, y compris l'autonomie gouvernementale et l'habitation. On estime que l'on pense trop souvent aux Inuit après coup et qu'on leur propose des programmes qui sont conçus surtout en fonction des conditions de vie des Premières nations, qui sont très différentes des leurs. On s'inquiète tout autant du fait que le gouvernement fédéral, pour ce qui est des Inuit, refile aux gouvernements provinciaux et territoriaux son obligation de fiduciaire et ses responsabilités en matière de programmes.

### *Modèles inuit de gouvernement autonome*

Selon les Inuit, la réforme constitutionnelle a pour but non pas de formuler des modèles de gouvernement autonome, mais plutôt d'élaborer des principes généraux qui reconnaissent la place qu'ils occupent au Canada et le fait qu'ils forment un peuple disposant d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale ainsi que du droit de protéger et de promouvoir sa langue, sa culture, ses traditions et ses valeurs. On devrait discuter de modèles précis de gouvernement autonome inuit lors des négociations régionales. Les Inuit, qui ont dit

préférer des structures mixtes de gouvernement, n'excluent pas la possibilité d'opter pour des modèles autochtones plus tard.

On a élaboré des propositions spécifiques à chacune des quatre régions de l'Arctique visées par des ententes portant règlement de revendications territoriales. Les gouvernements mixtes sont attrayants, car ils peuvent garantir le contrôle et la gestion des terres domaniales situées sur les territoires traditionnels des Inuit ainsi que le contrôle et la gestion des terres conférées par les ententes. Les Inuit exerceraient ce contrôle soit parce qu'ils constitueraient la majorité sur le territoire visé (par exemple au Nunavut), soit parce que les structures gouvernementales mises en place feraient d'eux des intervenants de poids même s'ils se trouvaient en minorité (des propositions ont été formulées en ce sens relativement au projet de gouvernement régional de l'Arctique de l'Ouest). Par ailleurs, on ne veut pas écarter la possibilité d'établir des gouvernements autonomes «ethniques».

Pour ce qui est de l'Arctique de l'Est, le gouvernement fédéral s'est engagé, en vertu de l'article 4 de l'Accord sur les revendications territoriales du Nunavut, à recommander au Parlement l'adoption d'une législation portant création d'un gouvernement territorial dans cette région. Adoptée par le Parlement en juillet 1993, la *Loi sur le Nunavut*<sup>93</sup> doit entrer en vigueur d'ici le 1<sup>er</sup> avril 1999. Les articles 23 à 27 de la Loi établissent la compétence législative du nouveau gouvernement territorial, notamment dans les secteurs suivants : l'administration de la justice, les institutions municipales et locales du Nunavut, les hôpitaux et les oeuvres de bienfaisance, les impôts directs, les licences, la propriété et les droits civils, l'éducation, la préservation, l'utilisation et la promotion de l'inuktitut, la préservation du gibier et, d'une façon générale, toutes les matières d'intérêt purement local ou privé. Le gouvernement territorial du Nunavut pourra contrôler la gestion et la vente de certaines terres domaniales. Le paragraphe 28(2)

prévoit que le Cabinet fédéral peut, dans l'année suivant l'adoption, désavouer une loi de la législature. Les Inuit joueront un rôle majeur dans la planification de la mise en oeuvre de la *Loi sur le Nunavut*. La partie III de celle-ci crée la Commission d'établissement du Nunavut. Trois des neuf administrateurs de l'organisme sont choisis sur une liste de candidats fournie par Tungavik Inc. Les autres sont nommés par le gouvernement fédéral et le chef du gouvernement des Territoires du Nord-Ouest.

Ni l'Accord sur les revendications territoriales du Nunavut, ni la législation qui le ratifie ne contiennent de disposition excluant l'article 4 de l'Accord (l'engagement à établir le Nunavut) de la protection constitutionnelle conférée à ce document. Cependant, l'Accord politique sur le Nunavut et la *Loi sur le Nunavut*, qui précisent les modalités de la réalisation de cet engagement, ne sont pas protégés par la Constitution, comme on peut le lire dans l'article 4.1.3 de l'Accord sur les revendications territoriales. En conséquence, la Constitution sauvegarde la promesse d'établir le gouvernement territorial du Nunavut, mais non la compétence législative de celui-ci, parce qu'elle est décrite dans la *Loi sur le Nunavut*. Nunavut Tunngavik<sup>94</sup> préférerait que le gouvernement du Nunavut jouisse d'une plus grande protection constitutionnelle. De surcroît, il souhaite poursuivre, avec le gouvernement fédéral, les discussions sur la compétence du nouveau territoire, surtout dans le domaine des ressources naturelles<sup>95</sup>

L'article 2.7.4 de la convention définitive sur le Nunavut prévoit qu'aucune de ses dispositions n'a pour effet de priver les Inuit de leur identité de peuple autochtone ni de compromettre leur capacité de bénéficier des droits constitutionnels existants ou futurs accordés aux autochtones. Cette clause de sauvegarde constitutionnelle est assujettie à la clause d'extinction en vertu de laquelle les Inuit renoncent 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 du Canada». Néanmoins, les Inuit interprètent cette disposition dans un sens strict, selon eux, elle ne s'applique qu'aux droits fonciers qu'ils détenaient auparavant et ne vise pas les droits à l'autonomie gouvernementale ni d'autres éléments de leur programme constitutionnel, notamment la protection de leur langue et de leur culture.

Dans l'Arctique de l'Ouest, les Inuvialuit tentent d'obtenir l'autonomie gouvernementale depuis plus de 20 ans. À l'origine, le projet de revendication territoriale relatif au Nunavut incluait la région de l'Arctique de l'Ouest (contrairement à la convention définitive sur le Nunavut) et prévoyait l'établissement d'une municipalité régionale de l'Arctique de l'Ouest en plus de la création du gouvernement territorial du Nunavut. La proposition de gouvernement régional formulée par les Inuvialuit n'est pas abordée dans le texte de l'accord définitif sur les revendications territoriales relatives à l'Arctique de l'Ouest (la Convention définitive des Inuvialuit, datée du 14 juin 1984). Cependant, le paragraphe 4(3) de la Convention prévoit que l'on doit accorder aux Inuvialuit le même traitement qu'aux autres groupes autochtones pour ce qui est de l'attribution de pouvoirs gouvernementaux.

De l'avis de l'Inuvialuit Regional Corporation, il est évident que l'autonomie gouvernementale est une question en suspens pour les Inuit de l'Arctique de l'Ouest. En outre, la société souhaite la mise en place d'un [TRADUCTION] «régime fonctionnel de gouvernement régional et communautaire pour l'Arctique de l'Ouest [...] bien avant la partition des Territoires du Nord-Ouest<sup>96</sup>».

La Convention définitive des Inuvialuit et la législation fédérale de ratification<sup>97</sup> renferment des dispositions qui éteignent «toutes» les revendications autochtones «sur» la région désignée. Tout comme dans le cas des dispositions semblables qui sont incluses dans l'entente

portant règlement des revendications territoriales du Nunavut, les Inuit donnent à ces clauses un sens strict; elles ne s'appliqueraient qu'aux droits fonciers qu'ils possédaient avant l'adoption de la législation de ratification. (En échange de l'extinction de leurs droits, les Inuit bénéficient, en vertu des accords sur leurs revendications territoriales, de divers avantages, dont une indemnité en espèces et la propriété garantie de leurs terres dans la région désignée.)

Concernant la persistance possible des droits ancestraux à l'autonomie gouvernementale dans l'Arctique de l'Ouest, on peut se fonder sur le paragraphe 4(3) de la Convention définitive des Inuvialuit, en vertu duquel le Canada s'engage à accorder aux Inuvialuit le même traitement qu'aux autres peuples autochtones lors de la restructuration des institutions publiques ou des gouvernements. De plus, le paragraphe 3(6) du même document préserve la capacité des Inuvialuit de bénéficier de droits constitutionnels futurs ainsi que leur identité de peuple autochtone du Canada<sup>98</sup>

Ayant déjà fait part de la préférence des Inuvialuit pour une forme de gouvernement régional «populaire» (mixte), l'Inuvialuit Regional Corporation (IRC) veut entreprendre des négociations sur ce sujet avec le gouvernement fédéral. Les gouvernements autonomes des collectivités de la région pourraient être autochtones ou mixtes. L'IRC prévoit que le gouvernement territorial fera partie de la délégation canadienne. Selon cet organisme, le gouvernement régional serait baptisé «gouvernement du district de l'Arctique de l'Ouest».

[TRADUCTION] La nature et le statut [de celui-ci] seront précisés dans l'entente d'autonomie gouvernementale à négocier. Une loi fédérale rendrait exécutoires l'entente et les structures du gouvernement autonome. Plus tard, lors de la partition des Territoires du Nord-Ouest, la constitution du nouveau «Territoire de l'Ouest» tiendrait compte des structures gouvernementales prévues<sup>99</sup>

L'IRC est d'avis que sa proposition de mars 1993 relativement au gouvernement du district de l'Arctique de l'Ouest constitue un moyen pratique d'acquérir la compétence législative. Selon ce texte, [TRADUCTION] «l'autonomie gouvernementale est synonyme de délégation du pouvoir de légiférer et de transfert de compétence; il ne s'agit pas seulement de l'octroi d'un rôle administratif<sup>100</sup>.» La proposition commune qu'ont présentée les Gwich'in et les Inuvialuit plus tard au cours de 1993 concorde avec ce document dans une large mesure.

La proposition mise de l'avant en mars 1993 par l'IRC comporte un projet d'entente relative à l'autonomie gouvernementale des Inuvialuit qui aborde une gamme étendue de sujets et définit la structure, les compétences et les rouages du futur gouvernement. On s'est manifestement inspiré de dispositions de l'Accord de Charlottetown pour rédiger les objectifs fondamentaux du projet, qui se lisent ainsi :

[TRADUCTION]

- a) reconnaître et confirmer le droit inhérent des Inuvialuit à l'autonomie gouvernementale au sein de la région de l'Arctique de l'Ouest du Canada;
- b) accorder aux Inuvialuit le pouvoir de préserver et de développer leur langue, leur culture, leur économie, leur identité, leurs institutions et leurs traditions;
- c) donner aux Inuvialuit le pouvoir de développer, de maintenir et de renforcer leurs liens avec leurs terres, leurs eaux et leur environnement, afin qu'ils puissent diriger et maîtriser leur développement en tant que peuple, conformément à leurs valeurs et à leurs ordres de priorité, et assurer l'intégrité de leur société;
- d) favoriser l'application des principes et l'atteinte des buts énoncés dans la Convention définitive des Inuvialuit,
- e) faire en sorte que, dans l'Arctique de l'Ouest, le gouvernement soit plus équitable et efficace grâce à une délégation de pouvoirs gouvernementaux et à un transfert de compétence;

- f) prévoir l'établissement d'organismes ou d'institutions gouvernementaux autonomes qui favorisent la participation de l'ensemble des résidents de la région de l'Arctique de l'Ouest<sup>101</sup>

On propose que le Conseil du district de l'Arctique de l'Ouest puisse avoir la compétence législative dans les domaines suivants :

- a) les relations avec les gouvernements communautaires et la coordination des activités des gouvernements locaux;
- b) la culture, les loisirs et la langue;
- c) les services publics du District;
- d) le développement économique et les programmes de retombées économiques pour le Nord;
- e) l'éducation;
- f) l'octroi de droits miniers;
- g) l'aménagement du territoire et le zonage;
- h) les loteries et les casinos;
- i) les services municipaux;
- j) les parcs de district;
- k) l'habitation;
- l) la sécurité publique;
- m) le tourisme;
- n) la gestion de la faune;
- o) les domaines de compétence accessoire;
- p) tout autre domaine qui pourrait être ajouté à une date ultérieure<sup>102</sup>

Dans le Nord québécois, la mise en oeuvre de mesures visant l'établissement d'un véritable gouvernement autonome pour le Nunavik (la région du Québec située au nord du 55<sup>e</sup> parallèle) constitue l'un des objectifs de la Convention de la Baie James et du Nord québécois (CBJNQ). Bien qu'on ait, dans une certaine mesure, atteint cet objectif dans le cadre de la CBJNQ par la création de diverses institutions publiques comme des conseils scolaires et des conseils de santé dirigés par des Inuit, «il s'est bientôt avéré que le Nunavik manquait des pouvoirs et des structures requis par une autonomie gouvernementale efficace». De plus, «[o]n s'est rendu compte que les pouvoirs décisionnaires de la région étaient fragmentés en ce sens qu'ils sont

divisés entre divers organismes qui travaillent indépendamment les uns des autres<sup>103</sup>». Dans un mémoire présenté à la Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec, les Inuit de la province déclarent :

Les Inuit veulent doter le Nunavik d'un gouvernement autonome sur lequel ils peuvent compter pour établir leurs priorités, déterminer leur avenir et assurer la survie et la croissance de leur culture et société<sup>104</sup>

Les Inuit du Nord québécois ont, eux aussi, opté pour une forme de gouvernement mixte et ont cherché à entamer des négociations à cette fin avec le gouvernement du Québec. À la suite d'un référendum tenu en 1987 dans la région, on a mis sur pied le Comité constitutionnel du Nunavik, que l'on a chargé de réaliser des consultations publiques et de rédiger éventuellement un projet de constitution. Amorçés en janvier 1991, les pourparlers avec le Québec ont été suspendus jusqu'à l'aboutissement des discussions sur la réforme constitutionnelle. Les Inuit ont déposé en février 1993 un document portant sur un accord politique possible relativement à l'autonomie gouvernementale des habitants du Nunavik. Le Québec a nommé Francis Fox au poste de négociateur spécial en mai 1994. Deux mois plus tard, les Inuit du Nunavik et le gouvernement du Québec concluaient un accord-cadre devant régir les négociations. Dans le préambule de ce texte, le gouvernement du Québec fait part de sa détermination à négocier une forme d'autonomie gouvernementale pour cette région. L'accord a pour but de favoriser l'efficacité des conversations visant à établir une assemblée et un gouvernement du Nunavik. Ces institutions, qui seraient mixtes, ont pour objet d'offrir [TRADUCTION] «aux Inuit et autres habitants des territoires situés au nord du 55<sup>e</sup> parallèle un gouvernement autonome fort et efficace» et «un cadre pour le transfert graduel de pouvoirs et de ressources au Nunavik<sup>105</sup>».

La première ébauche de constitution<sup>106</sup> proposée par les Inuit prévoit la création d'une assemblée du Nunavik composée d'au moins 20 membres et disposant des pouvoirs nécessaires dans tous les domaines propres à la bonne gestion de la région du Nunavik. Voici une liste partielle des domaines de compétence :

- les terres
- l'éducation
- l'environnement
- la gestion des ressources renouvelables et non renouvelables
- la santé et les services sociaux
- l'emploi et la formation
- les travaux publics et l'infrastructure
- le revenu et la fiscalité
- la justice
- la langue et la culture
- les transports et les communications
- les loisirs
- les régions au large des côtes
- les relations extérieures.

Les pouvoirs de ce nouveau gouvernement seraient reconnus ou transférés par l'Assemblée nationale du Québec (et peut-être aussi par le gouvernement fédéral). Cependant, [TRADUCTION] «les dispositions relatives à l'établissement de l'Assemblée et du gouvernement du Nunavik doivent respecter l'autorité de l'Assemblée nationale du Québec<sup>107</sup>».

Dans la proposition sur le Nunavik, on envisage aussi l'institution d'un organe exécutif (un cabinet) et d'un système judiciaire, de même que l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne et d'une charte des droits et libertés des habitants du Nunavik*. Ce dernier document viserait à [TRADUCTION] «protéger et favoriser des droits et libertés supplémentaires pour la population du Nunavik, et en particulier pour les Inuit à titre de peuple distinct et fondateur du Nunavik<sup>108</sup>».

L'inuktitut, le français et l'anglais seraient les langues officielles du Nunavik.

La Labrador Inuit Association (LIA) a examiné certains modèles de gouvernement autonome dans le cadre de nombreux ateliers tenus au fil des ans. Voici quelques-unes des options envisagées en 1987 : un gouvernement régional fondé sur des municipalités; un gouvernement régional administrant des enclaves fédérales comme celles qui ont été créées en vertu de la *Loi sur les Cris et les Naskapis* du Québec; un système d'institutions distinctes régissant chacune un domaine de compétence particulier; et un gouvernement territorial pour le nord du Labrador<sup>109</sup>. En 1993, la LIA a présenté, relativement à la revendication globale des Inuit de la région, un projet d'accord de principe qui proposait notamment un gouvernement mixte. Cependant, au moment d'écrire ces lignes, on n'avait pas encore arrêté le choix entre un gouvernement autochtone et un gouvernement mixte.

La LIA s'est montrée très intéressée par la reconnaissance du droit coutumier inuit dans tout accord sur les revendications territoriales relatif au nord du Labrador. Dans cette optique, le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et le droit à l'autodétermination constituent des concepts importants qui sous-tendent la façon dont la LIA perçoit l'autonomie gouvernementale. Le droit coutumier est considéré comme un élément fondamental de l'identité des Inuit du Labrador et de leurs revendications en matière gouvernementale et territoriale. On l'a décrit comme «le principal moyen grâce auquel les Inuit ont traditionnellement exercé leur droit à l'autonomie gouvernementale<sup>110</sup>». La LIA s'attend à faire reconnaître le droit coutumier inuit sur les «terres des Inuit du Labrador» et dans toute la région que viserait l'entente.

[TRADUCTION] De plus, la LIA croit que le droit coutumier constitue une question de fond pour ce qui est de l'autonomie

gouvernementale des Inuit du Labrador. Dans ce contexte, l'Association étudie diverses modalités d'application du droit coutumier et tente de déterminer les institutions ou les autorités qui seraient compétentes dans ce domaine. Il s'agit de répondre aux questions suivantes, qui sont très importantes : les institutions autonomes et les ententes qui en permettent l'établissement doivent-elles être influencées par les coutumes des Inuit du Labrador? à quel point doivent-elles subir cet effet? ces institutions disposeront-elles des pouvoirs et de l'autorité dont elles auront besoin pour adopter des règles et des lois qui remplaceront et annuleront le droit coutumier des Inuit du Labrador<sup>111</sup>?

En outre,

Les rapports entre le droit coutumier des Inuit du Labrador et le droit criminel et son administration constituent une question d'une importance cruciale. Dans ce cas, les principaux points à étudier sont la décentralisation administrative du service de police et le rôle que devraient jouer, le cas échéant, les *AngajukKauKatiget* (les anciens) relativement à la famille et à l'administration de la justice<sup>112</sup>

Bien que l'on considère le gouvernement fédéral comme le principal responsable en ce qui a trait aux droits fonciers et au droit à l'autonomie gouvernementale des Inuit, on juge la participation de la province nécessaire à la solution de nombreux problèmes qui se rattachent à ce domaine.

### *Les Inuit et l'obligation de fiduciaire*

Les Inuit soutiennent que l'État fédéral entretient des relations de nature particulière avec eux en tant que peuple et qu'il a une obligation de fiduciaire à leur égard. De plus, ils sont d'avis que toute autorité législative exercée sur eux est assortie d'une responsabilité permanente de l'État :

[TRADUCTION] Tant que le Canada et les provinces exerceront des pouvoirs sur les peuples autochtones, ils auront la

responsabilité spéciale d'user de leur autorité au mieux des intérêts de ces peuples<sup>113</sup>

Lors d'entrevues, des dirigeants inuit ont fermement soutenu que le gouvernement fédéral conservera cette obligation de fiduciaire tant qu'il y aura des Inuit au Canada. On ne devrait pas non plus réduire la portée de cette obligation ni la modifier sans le consentement de ceux-ci. Ces dirigeants se sont dits très préoccupés des tentatives du gouvernement fédéral de refiler une partie de ses responsabilités aux provinces et aux territoires. Ils estiment que les gouvernements provinciaux ont un rôle à jouer dans la prestation de programmes et de services, comme ils le font pour les autres citoyens. Cependant, ils s'entendent généralement pour dire que les provinces ne sont pas de ce fait astreintes à une obligation de fiduciaire qui leur serait propre. Un seul d'entre eux pouvait envisager des situations dans lesquelles les gouvernements provinciaux s'acquitteraient d'une telle obligation à l'égard des peuples autochtones. Il semble que, au chapitre des relations avec l'État, les Inuit estiment que leur interlocuteur principal est l'État fédéral, surtout au chapitre de l'obligation de fiduciaire.

Le fait que le Canada ait cédé une partie de son territoire au Québec et permis aux gouvernements territoriaux et provinciaux d'exercer leur autorité sur des terres appartenant aux Inuit sans le consentement de ceux-ci a été décrit comme une violation de sa responsabilité de fiduciaire à l'endroit des Inuit et comme un non-respect des relations bilatérales reconnues par la *Proclamation royale de 1763*. En 1980, Eric Tagoona, coprésident du Comité inuit sur les affaires nationales, déclarait, au nom de celui-ci :

Nos relations bilatérales avec le gouvernement, comme en atteste la Proclamation royale, se détériorent progressivement au Canada depuis un siècle. Bien que la Proclamation royale n'ait jamais été révoquée, des lois unilatérales adoptées de temps à autre par le Parlement canadien, ont violé les principes essentiels de ce texte.

Même si en vertu de ce dernier, le Canada n'a que des responsabilités déléguées ou de protection à l'égard des Inuit, nous n'avons pas été consultés par ce dernier lorsqu'il a cédé sa compétence sur une partie de notre territoire au Québec, par la voie de la Loi de l'extension des frontières de Québec de 1912. On ne nous a pas non plus permis de participer à l'établissement d'un système de gouvernement dans les Territoires du Nord-Ouest en vertu de la Loi sur les Territoires du Nord-Ouest. Comme on ne nous a pas consultés lorsque le Labrador s'est joint au Canada en 1949. En outre, on nous a refusé le droit de voter dans les scrutins fédéraux jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 1960. À ces mesures législatives empiétant sur notre capacité de déterminer nous[-]mêmes notre propre ordre social se sont ajoutées diverses politiques gouvernementales qui ont nui à l'administration locale par les Inuit<sup>114</sup>

Les Inuit soutiennent que le gouvernement fédéral, dans le contexte de son obligation de fiduciaire, doit respecter les droits humains fondamentaux des Inuit, y compris celui de disposer d'eux-mêmes<sup>115</sup> Pour eux, cela signifie que le gouvernement doit faire tout en son pouvoir pour les aider à atteindre leurs objectifs en matière d'autonomie gouvernementale régionale et à réaliser les réformes constitutionnelles nécessaires qui sont décrites dans les sections antérieures du présent document. Des initiatives récentes, comme l'entente portant établissement du Nunavut et les négociations sur l'autonomie gouvernementale au Québec et dans l'Arctique de l'Ouest, constituent une amorce de ce processus.

## **PARTIE 2 — COMPTE RENDU D'ENTREVUES RÉALISÉES AUPRÈS DE DIRIGEANTS INUIT AU SUJET DE L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE ET DES DROITS ISSUS DE TRAITÉS**

On a demandé à des membres du conseil d'administration de l'Inuit Tapirisat du Canada (ITC) de répondre à des questions portant sur le point de vue des Inuit sur l'autonomie gouvernementale et les droits issus de traités. Six personnes se sont prêtées aux entrevues : Rosemarie

Kuptana, Chesley Andersen, Paul Quassa, le sénateur Charlie Watt, Tony Andersen et Mary May-Simon. On voulait ainsi obtenir des réponses qui compléteraient ou clarifieraient les positions avancées par l'ITC dans les interventions officielles auxquelles la première partie du présent rapport fait allusion. Les cinq grands thèmes suivants ont été abordés :

1. le point de vue des Inuit sur la *Charte canadienne des droits et libertés*;
2. l'identité inuit et la citoyenneté canadienne;
3. l'obligation de fiduciaire de l'État fédéral;
4. la protection constitutionnelle des ententes d'autonomie gouvernementale;
5. la nature du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale.

Les réponses données ne constituent pas le point de vue officiel de l'ITC, mais plutôt celui des personnes qui ont bien voulu se prêter aux entrevues. Afin de permettre à l'organisme de continuer à élaborer à son rythme des positions officielles sur ces questions, les commentaires ci-dessous resteront anonymes.

## **1. La *Charte canadienne des droits et libertés***

### *Questions :*

On a demandé de décrire en gros le point de vue des Inuit sur l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* à des gouvernements dont ils auraient le contrôle. On a aussi demandé s'il était exact de qualifier d'ambivalente la position de l'ITC sur la *Charte canadienne des droits et libertés* et si les valeurs véhiculées par celle-ci sont compatibles avec les valeurs traditionnelles des Inuit (par exemple, l'importance accordée au respect de l'autonomie personnelle dans leur culture).

- a) Il n'existe aucune ambivalence dans la position de l'ITC quant à l'application de la Charte à des gouvernements dirigés par des Inuit. Nous acceptons cette possibilité, mais il a fallu beaucoup discuter avant de parvenir à cette conclusion. En général, les Inuit sont favorables aux droits individuels. Selon eux, ils jouissent, grâce à la Charte, de droits identiques à ceux des autres Canadiens, tout en conservant celui de demander le respect de leurs droits collectifs en tant que peuple, ces mêmes droits collectifs dont bénéficient les autres peuples. Ils acceptent la Charte parce qu'ils y ont été exposés à titre de Canadiens. Ils perçoivent ce document comme un moyen de protéger certains éléments de leur culture. Cela dit, on s'interroge encore sur la concordance des valeurs traditionnelles inuit avec la Charte. On peut prévoir que des questions seront posées et même que des conflits surgiront à cet égard. Il faut alors se demander ceci : à qui appartient la Charte et la Constitution? les Inuit pourront-ils participer à la définition de leurs libertés fondamentales? Bien entendu, des divergences se feront sentir. La culture inuit est en évolution, et les Inuit décideront ensemble des normes culturelles en vigueur. La société inuit contemporaine a conservé certaines traditions, valeurs et sanctions sociales, par exemple l'exil (l'ostracisme), les mariages arrangés et l'adoption. Les Inuit ont tendance à se montrer très pratiques et à protéger ce qui maintient la vie, comme la langue et la culture. «Égalité» ne signifie pas nécessairement «similitude de traitement». En ce qui a trait aux droits de la femme, je prévois que les gouvernements régis par des Inuit devront tenir compte des valeurs traditionnelles de leur peuple. Par contre, les Inuit ont modifié

leur comportement social en fonction du monde qui les entoure. Il existe un choc des cultures dans le cadre duquel ce sont les Inuit qui essaient de s'intégrer dans la structure du pouvoir et le système de valeurs canadiens, et non le contraire. Cela est évident dans le domaine des droits linguistiques et de la radiodiffusion. Selon nous, l'inuktitut est aussi important que le français et l'anglais, mais nous ne bénéficions pas du même appui financier et législatif à cet égard. (La clause «là où le nombre le justifie» n'a pas joué en notre faveur.) Je perçois la Charte canadienne et la Constitution comme des moyens susceptibles de nous protéger en tant que peuple.

- b) En principe, les Inuit acceptent la Charte. Il s'agit de mettre au point les modalités d'application. Les Inuit ont tendance à être très conciliants. Si une conséquence négative n'est pas évidente, ils seront enclins à adhérer à ce qu'on leur propose. Leur acceptation de la Charte dépend de deux facteurs : l'affinité avec les valeurs inuit traditionnelles et la reconnaissance du document comme élément de la Constitution et (par conséquent) de la société canadienne. (Pour ce qui est de l'égalité des sexes,) certaines composantes de la société inuit dépendent des femmes, tandis que d'autres relèvent des hommes. Les hommes et les femmes jouent des rôles différents, mais ils sont tout de même égaux. Les Inuit sont d'ardents partisans des droits individuels. Cependant, il est très difficile d'exercer ceux-ci en l'absence de droits collectifs. Lors des pourparlers constitutionnels, nous avons clairement fait valoir qu'il devait y avoir un équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs. Le consentement des Inuit à l'application de la Charte s'inscrit dans une transition vers l'acceptation de lois jugées propices à l'avancement des droits de la personne. Les Inuit ont discuté de

l'adoption d'une charte qui leur soit propre et qui leur convienne davantage sur le plan culturel.

- c) Les Inuit sont favorables à la Charte parce qu'elle favorise la participation et contient des dispositions qui leur sont acceptables. Comme ce document est compatible avec leurs valeurs, les Inuit de ma région le jugent valable.
- d) Dans le cadre du plus récent processus de réforme constitutionnelle, un long débat s'est tenu au sujet de la Charte. Le conseil d'administration de l'ITC s'est dit en faveur de l'application de la Charte, pourvu que les droits de la collectivité soient protégés. Fondamentalement, les Inuit acceptent la Charte. Selon les administrateurs de l'ITC, les personnes doivent être protégées peu importe qui les gouverne, parce que certaines valeurs traditionnelles peuvent se trouver en contradiction avec les droits individuels.
- e) De nombreux Inuit ne seraient pas familiers avec la Charte. Ils l'accepteraient d'emblée. Le document concorde dans une certaine mesure avec leurs valeurs. Cependant, malgré leur absence en tant que concept dans la tradition inuit, les droits ont toujours existé. Ils font partie intégrante de la mentalité de ce peuple, même s'ils n'ont jamais été mis par écrit.
- f) Les Inuit ont besoin d'un instrument quelconque pour se protéger contre eux-mêmes et pour résoudre les conflits entre leurs droits collectifs et individuels. La *Charte canadienne des droits et libertés* tente de défendre les droits individuels. Elle constituera une bonne mesure provisoire jusqu'à ce que les Inuit aient plus mûrement réfléchi au genre de protection dont ils ont besoin au chapitre des droits de la personne. Il nous faut notre propre charte, et il se peut qu'elle soit en contradiction avec celle du Canada. Une charte inuit pourrait accorder plus de protection que

le texte de loi canadien, ou inclure des exemptions. Je ne peux pas vraiment me prononcer sur la compatibilité de la Charte canadienne avec les valeurs traditionnelles inuit. Notre acceptation constitue davantage une solution pratique qui nous permet de vivre tous sous un même toit. Nous devons nous demander si la portée de la Charte peut satisfaire aux besoins de chacun.

## 2. L'identité inuit et la citoyenneté canadienne

### *Question :*

À plusieurs reprises, les dirigeants inuit ont déclaré que les membres de leur peuple se considèrent comme des citoyens canadiens. On a demandé aux personnes interrogées de décrire la manière dont les Inuit se définissent en tant que tels et en tant que Canadiens.

### *Réponses :*

- a) Dire que les Inuit se considèrent comme des Canadiens constitue une affirmation pratique plus qu'elle ne témoigne d'une réaction favorable à la citoyenneté canadienne. Il s'agit d'une acceptation de la réalité, de l'impossibilité d'exercer notre droit à l'autodétermination à titre de nation souveraine. Il faut nous demander comment nous pouvons nous déclarer Canadiens tout en assurant la survie de notre langue et de notre culture. Personnellement, je me vois premièrement comme un Inuk, deuxièmement comme un membre d'une nation inuit (qui comprend des personnes vivant dans d'autres pays), troisièmement comme un citoyen canadien. Cela nous ramène à la question de la survie. Nous habitons notre patrie d'origine. Nous ne disposons d'aucun autre endroit propice à

l'épanouissement de notre langue et de notre culture. Celles-ci doivent être protégées ici.

- b) Pour les Inuit, ce pays que les anglophones appellent Canada est leur patrie. Par conséquent, nous n'avons aucune objection à ce que vous nous appeliez des Canadiens. Notre pays s'appelait Nunavut avant l'arrivée des Européens. Bien qu'ils ne soient pas toujours d'accord avec les lois de l'État et qu'ils ne les aient pas toujours intégrées, les Inuit sont fiers d'être canadiens. C'est la marque de leur attachement au pays où ils ont toujours vécu. D'autres gens y sont venus, et «Canada» est le nom qu'il porte maintenant. Si un peuple habite un pays depuis des temps immémoriaux, il appartient à ce coin de la planète. L'identité inuit n'entre pas nécessairement en conflit avec l'identité canadienne. Les Inuit ne recherchent pas les affrontements. Leurs régions sont moins livrées à l'exploitation des ressources et à l'occupation humaine. On y trouve moins de rivalité d'intérêts, sauf pour les ressources autres que la terre. Grâce à leur attitude, les Inuit ont pu faire avancer leurs droits de nombreuses façons. Il faut maintenant se poser cette question fondamentale : comment peuvent-ils faire partie de la société et conserver leur identité en tant que peuple?
- c) Les Inuit se perçoivent vraiment comme des Canadiens, en raison des rapports qu'ils entretiennent avec les habitants d'autres régions du pays et des liens puissants qui existent entre eux et les Inuit vivant ailleurs au pays. Les Inuit sont un peuple dont le territoire traverse le Canada. Cela dit, je ne sais pas ce que pensent les Inuit du Labrador qui sont nés avant l'entrée de Terre-Neuve dans la Confédération. De nombreuses institutions canadiennes peuvent être compatibles avec les valeurs inuit. Sur le plan de l'identité, nous nous considérons comme des

Labradoriens du Nord (des Inuit) en premier lieu, et des Canadiens ensuite. Nous ne nous voyons pas comme des Terre-Neuviens.

- d) Les Inuit sont conscients d'habiter un pays qui est plus vaste que leur nation et qui s'appelle le Canada. Ils aiment vivre dans un État où ils peuvent exprimer leurs points de vue et conserver leur identité inuit. Ils estiment que c'est possible au Canada.
- e) Quand j'étais plus jeune, je demandais pourquoi nous nous disions canadiens alors que nous étions ici avant la création du pays? Toutefois, parce que nous payons des impôts, nous sommes des Canadiens pure laine et nous avons toujours déclaré que nous voulions être traités de la même manière que nos concitoyens. Tel était le but des revendications territoriales, à savoir bénéficier de perspectives économiques et avoir la même voix au chapitre. Nous pourrions être des Canadiens véritables une fois ce but atteint. Nous devons aussi faire partie du Canada. Au début, nous ne pensions jamais que nous étions canadiens. Les revendications territoriales constituent un moyen de devenir citoyens de ce pays et d'être acceptés en tant que tels. Avant la conclusion des accords relatifs à ces revendications, le Canada ne signifiait, entre autres, que la GRC. C'était un pays étranger. La négociation de ces ententes a été un processus d'inclusion.
- f) Notre acceptation de la citoyenneté canadienne est davantage une façon de souligner qu'il est un peu tard pour dire autrement. Nous voulons aussi continuer à chercher des solutions plutôt que nous éloigner. Nous visons l'établissement de partenariats et la reconnaissance de ce que signifie le pouvoir de la majorité sur la minorité. Les Inuit, qui n'ont aucune intention de disparaître, ont besoin d'un certain espace pour pouvoir vivre dans cette maison qu'on appelle Canada.

### 3. L'obligation de fiduciaire de l'État fédéral

#### Questions :

La Cour suprême du Canada a déclaré que le gouvernement fédéral doit, à l'égard des peuples autochtones du pays, s'acquitter d'une obligation de fiduciaire qui découle d'une variété de sources, dont le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui lui attribue la compétence législative sur les Indiens. On a posé les questions suivantes aux personnes interrogées : quel sera, selon vous, le sort réservé à l'obligation de fiduciaire du gouvernement fédéral, et comment percevez-vous les rapports entre cette responsabilité et les objectifs des Inuit en matière d'autonomie gouvernementale? De quelle façon et jusqu'à quel point devrait-on ou pourrait-on restreindre la portée de l'obligation de fiduciaire du gouvernement fédéral? Réduira-t-on suffisamment la portée des obligations de fiduciaire des gouvernements pour permettre aux peuples autochtones d'exercer de nouveau la compétence législative sur leurs membres? Les gouvernements provinciaux sont-ils chargés d'une obligation de fiduciaire en raison de la compétence législative qu'ils détiennent relativement aux autochtones?

#### Réponses :

- a) Le gouvernement fédéral tente de refiler aux provinces une bonne partie de ses obligations envers les peuples autochtones. Il est le seul à être astreint à l'obligation de fiduciaire, et les Inuit ne veulent pas qu'une province ou un territoire quelconque prenne cette responsabilité à sa charge.
- b) Je m'inquiète de ce que divers facteurs mettent en péril l'obligation de fiduciaire à l'égard des Inuit vivant dans les provinces. Une partie des responsabilités du gouvernement

fédéral envers les Inuit du Labrador et du Québec est visée, bien qu'on ne sache pas encore bien de quelle façon. Historiquement, le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* attribue à Ottawa une obligation de fiduciaire à l'endroit des peuples autochtones. Néanmoins, il se peut qu'un gouvernement provincial dispose d'une telle obligation, par exemple dans un cas comme celui de Davis Inlet. D'une façon générale, l'obligation de fiduciaire devrait toujours relever de l'État fédéral. Il faudrait que les administrations autochtones soient en mesure d'entretenir des relations avec d'autres paliers de gouvernement. Le Québec a tenté d'insister sur la tenue de négociations avec les Inuit sur l'autonomie gouvernementale. Une entente sur ce chapitre qui découlerait de tels pourparlers ne serait pas protégée par la Constitution et pourrait être modifiée par l'Assemblée nationale. Les administrations dirigées par des Inuit voudraient entretenir des relations avec d'autres gouvernements, par exemple celui du Groenland.

- c) J'envisage une responsabilité moindre à la suite de l'établissement de gouvernements autonomes. Étant donné que nous pourrions nous diriger nous-mêmes, l'obligation de fiduciaire de l'État fédéral pourrait être moins stricte. Cependant, elle ne pourrait jamais complètement disparaître si nous demeurions au sein de la fédération. Il n'est pas du tout souhaitable que les gouvernements provinciaux aient une obligation de fiduciaire à l'endroit des Inuit. En fait, une telle solution serait très indésirable.
- d) Certaines des responsabilités découlant de cette obligation devraient persister. Toutefois, il se peut que les institutions des gouvernements autonomes aient à les assumer et, dans la mesure du possible, à financer les initiatives qui leur permettront de s'en

acquitter. Pour ce faire, on doit cependant bénéficier de toutes les possibilités de développement économique et de la capacité de percevoir des impôts. Les gouvernements provinciaux ne sont pas nécessairement assujettis à une obligation de fiduciaire à l'endroit des peuples autochtones. Néanmoins, ils sont tenus d'offrir aux habitants de la région des services tels que l'éducation et la santé. Le gouvernement fédéral ne devrait pas être le seul responsable de la prestation de ces services.

- e) Je crois que le gouvernement fédéral devrait toujours être astreint à l'obligation de fiduciaire, dont l'origine remonte à 1867. Sa portée n'a pas été diminuée par la reconnaissance des droits ancestraux dans la Constitution, et il en serait de même dans le contexte de l'exercice du droit à l'autonomie gouvernementale. On ne peut ni ne doit porter atteinte à l'intégrité de cette responsabilité. De nombreux programmes, fonds et services ont été amputés parce que le gouvernement fédéral a transféré aux territoires son obligation de fiduciaire. Celle-ci ne devrait jamais être cédée aux provinces ni aux territoires, car nous perdrons ainsi une partie de nos droits. On ne peut déléguer cette responsabilité. Le gouvernement fédéral peut transférer des pouvoirs et des programmes, mais non son obligation de fiduciaire.
- f) Tant que des autochtones vivront au pays, et ce, peu importe l'endroit, le Canada ne pourra jamais dire que le gouvernement fédéral n'a aucune responsabilité à leur égard. Le gouvernement a tenté de se décharger de son obligation de fiduciaire, mais il ne peut y réussir entièrement. Les gouvernements provinciaux peuvent avoir à assumer certaines responsabilités en ce qui a trait aux peuples autochtones, si ceux-ci y consentent. Par exemple, en vertu de la Convention de la Baie James et du Nord

québécois, le gouvernement provincial a acquis des responsabilités qui relevaient auparavant du gouvernement fédéral. Cependant, malgré ce transfert aux provinces, le gouvernement fédéral conserve toujours une obligation de fiduciaire. Ainsi, le ministre fédéral des Affaires indiennes doit, à intervalles réguliers, déposer au Parlement un rapport sur la convention susmentionnée, c'est-à-dire qu'il doit en surveiller la mise en oeuvre.

#### **4. La protection constitutionnelle des ententes d'autonomie gouvernementale**

##### *Questions :*

Dans le cadre de plusieurs processus de réforme constitutionnelle et dans de nombreuses déclarations publiques, l'Inuit Tapirisat du Canada a émis le point de vue selon lequel les gouvernements devraient reconnaître les ententes d'autonomie gouvernementale et les accords sur des revendications territoriales comme des traités au sens du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Pourquoi est-il important de protéger constitutionnellement ces ententes et ces accords? Si chaque région inuit concluait une entente d'autonomie gouvernementale qui fût protégée par la Constitution, aurait-on encore besoin d'inclure dans ce texte de loi une disposition reconnaissant et consacrant le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale?

##### *Réponses :*

- a) La Constitution doit protéger les ententes d'autonomie gouvernementale parce que la loi fondamentale du pays doit tenir compte de notre présence et que nous devons nous assurer que nos droits sont défendus. Si ces ententes n'étaient pas

constitutionnalisées, notre sort dépendrait du bon vouloir des gouvernements en place. Que les ententes d'autonomie gouvernementale soient protégées constitutionnellement ou non, il doit y avoir une disposition indépendante qui consacre le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, une disposition qui reconnaisse ce droit fondamental des Inuit. Nous formerons un troisième palier de gouvernement.

- b) Les accords sur des revendications territoriales ont permis d'établir de meilleurs rapports avec le gouvernement du Québec en accordant un plus grand contrôle sur l'éducation et d'autres secteurs et en garantissant davantage la propriété foncière. Ces accords ne prévoient pas l'établissement d'un système de gouvernement, mais plutôt la cogestion du développement des ressources. Les ressources non renouvelables n'ont fait l'objet d'aucun partage. Les accords susmentionnés, grâce auxquels nous exerçons effectivement un plus grand contrôle, ne sont pas des ententes d'autonomie gouvernementale. Il n'est pas nécessaire que les négociations sur les revendications territoriales soient distinctes de celles sur l'autonomie gouvernementale. Quoique ces deux types de pourparlers soient complexes, les seconds le sont davantage. Les Inuit [du Nord québécois] auraient sans doute aimé aborder l'autonomie gouvernementale, mais il aurait été impossible de parvenir à une solution dans les deux ans qu'il a fallu pour conclure la CBJNQ. Une fois réglés les accords sur des revendications territoriales, on est moins enclin à réclamer l'autonomie gouvernementale (en partie à cause des exigences liées à la mise en oeuvre des accords). Ceux-ci donnent plus de pouvoirs, mais pas nécessairement l'autonomie. La Constitution doit protéger les ententes d'autonomie gouvernementale, car elle offre la meilleure garantie. La loi constitutionnelle n'est pas

facilement modifiable. Les ententes d'autonomie gouvernementale et les accords sur des revendications territoriales doivent bénéficier de la plus grande protection. Une loi ordinaire peut servir à changer les modalités relatives aux gouvernements autonomes créés par des législations provinciales. Nous pourrions soutenir que le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale est déjà inclus dans l'article 35. Si nous concluons des ententes qui reconnaissent ce droit, nous n'aurions peut-être pas besoin d'une disposition explicite. Cependant, les Inuit ne peuvent accepter aucune hypothèse selon laquelle les pouvoirs que leur donnerait l'autonomie gouvernementale puissent provenir d'une autre source que le droit dont ils jouissaient avant l'adoption de la Constitution canadienne.

- c) Il est important que la Constitution protège les ententes d'autonomie gouvernementale. Autrement, nous craignons que les provinces, en prenant en charge des obligations fédérales, assument une part de responsabilité de plus en plus grande à l'égard des autochtones et que nos droits s'en trouvent de moins en moins respectés. En outre, une telle protection est essentielle, parce que nous formons un peuple distinct à l'intérieur de ce pays et que les gouvernements et leurs attitudes changent. Nous avons besoin de la protection constitutionnelle pour pouvoir demeurer distincts.
- d) Grâce à l'expérience qu'ils ont acquise aux plans de la négociation et de l'exercice de leurs droits, les autochtones ont pris conscience que, sans protection constitutionnelle, ces droits peuvent être supprimés, car les gouvernements et les mentalités changent. Néanmoins, leurs droits devraient demeurer les mêmes. Nous ne voulons pas revenir à l'époque où les traités n'étaient pas écrits, ou étaient rédigés par une seule des parties. Si nous

avons des ententes d'autonomie gouvernementale protégées par la Constitution et que nous pouvons soutenir que le droit inhérent est déjà inscrit dans l'article 35 de celle-ci, nous n'aurons peut-être pas besoin d'une disposition spéciale.

- e) Il faut que la Constitution protège les ententes d'autonomie gouvernementale, tout comme elle le fait pour les accords sur des revendications territoriales. Sinon, nos droits pourraient disparaître. Si ceux-ci étaient garantis constitutionnellement, il y aurait moins de risque que les gouvernements tentent d'y porter atteinte et qu'une loi ordinaire en diminue la portée. Les gouvernements auraient à surveiller l'évolution de l'application des lois qu'ils adoptent pour en constater l'incidence sur nos droits. Pour ce qui est du besoin d'inclure dans la Constitution une disposition indépendante qui reconnaisse notre droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, celui-ci, y compris le droit de régir d'autres peuples (des non-Inuit), aurait dû se trouver dans la loi fondamentale dès le début.

## **5. La nature du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale**

### *Question :*

Selon les Inuit, le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale est-il un droit ancestral, un droit fondamental de la personne, ou les deux à la fois?

### *Réponses :*

- a) Le droit inhérent est un droit fondamental de la personne, c'est-à-dire que nous l'avons toujours possédé et que nous l'aurons toujours. J'ai beaucoup de doutes au sujet de la manière dont on définit les droits ancestraux dans ce pays. Tout dépend de vos

interlocuteurs et des décideurs. Souvent, l'idée que se font les décideurs de nos droits fondamentaux ne concorde pas avec la nôtre. Les droits de la personne sont distincts des droits ancestraux.

- b) Il existe une distinction entre les droits ancestraux et les droits de la personne. Le droit à l'autonomie gouvernementale est un amalgame des deux. Un droit de la personne se trouve à son origine, mais il s'agit aussi d'un droit ancestral parce qu'on parle de l'exercice d'un droit que possèdent des peuples différents. Tous les droits fondamentaux de la personne sont liés aux droits ancestraux.
- c) Il est important que les ententes d'autonomie gouvernementale reconnaissent le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale.
- d) Le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale est essentiellement un droit ancestral. Il est cependant devenu aussi un droit de la personne. L'un correspond maintenant parfaitement à l'autre.
- e) L'autonomie gouvernementale tombe dans la catégorie des droits ancestraux mentionnés dans l'article 35. Ce concept existe pour nous depuis toujours. Les droits ancestraux, qui ne sont pas définis [dans l'article 35], englobent l'autonomie gouvernementale. Tout est inclus dans le concept de droits ancestraux. Comme un droit ancestral est aussi un droit inhérent, l'autonomie gouvernementale est un droit ancestral.
- f) L'interprétation du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale varie selon l'interlocuteur. Cependant, tout le monde jouit de ce droit en principe. D'un point de vue pratique, celui-ci peut être difficile à exercer au-delà de certaines limites du côté sud. Pour ce qui est du Nord québécois, mon droit inhérent, qui n'a jamais fait l'objet de négociations, inclut celui de gouverner des

personnes qui ne sont pas de ma race. Le droit inhérent n'est pas nécessairement un droit ancestral. Il s'agit davantage d'un droit fondamental, d'un droit de la personne, d'un droit dont jouissent tous les peuples.

## CONCLUSION

Il existe suffisamment de preuves que la colonisation européenne de l'Amérique du Nord et la création de nouveaux États comme le Canada par les colons ont été réalisées aux dépens des droits à l'autodétermination des peuples autochtones. Tandis que les Inuit et les autres Premières nations étaient prêts à partager leurs terres avec les nouveaux arrivants, on a tiré profit de cette générosité à leur détriment et, lors de la création des nouveaux États, on a nié leurs droits de propriété et leur droit à l'autonomie gouvernementale.

Selon l'opinion exprimée par les organisations inuit, les droits de leur peuple à l'autonomie gouvernementale sont des droits de la personne. À cet égard, ces organismes ont affirmé le statut politique et juridique des Inuit en tant que peuple possédant un droit à l'autodétermination. Le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale est perçu comme un aspect du droit à l'autodétermination et comme un droit ancestral dans le contexte de la common law canadienne. Bien qu'on ait fait valoir le droit des Inuit à l'autonomie gouvernementale dans le cadre des droits ancestraux, on s'inquiète beaucoup des caractéristiques restrictives de la common law. On considère le cadre international des droits de la personne comme une norme dont on pourrait se servir pour évaluer le degré de protection que confère la common law canadienne aux droits égaux des peuples autochtones.

On juge nécessaire et souhaitable le recours à des mesures de réforme constitutionnelle qui traiteraient explicitement de l'autonomie

gouvernementale, surtout étant donné que l'on ne sait si les tribunaux diront que l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* garantit le droit inhérent à cette autonomie.

Bien que le droit à l'autodétermination soit au centre des aspirations politiques des Inuit, on veut exercer ce droit dans le contexte du fédéralisme canadien. De plus, la plupart des régions préfèrent une forme de gouvernement autonome mixte à l'intérieur d'un territoire dont les frontières ont été tracées pour faire en sorte que les Inuit constituent la majorité (p. ex. le Nunavut). Néanmoins, ces gouvernements mixtes protégeraient la langue et la culture inuit et, dans certains cas, pourraient mettre en place des mécanismes garantissant une représentation inuit. Dans certaines régions, on ne cesse de s'intéresser au droit coutumier et à des systèmes autochtones de gouvernement pour les collectivités.

Les ententes d'autonomie gouvernementale seront négociées région par région pour tenir compte du fait que, en matière de compétence, le Canada est un État fédéral. La conclusion de traités par la négociation d'accords sur des revendications gouvernementales et d'ententes régionales d'autonomie gouvernementale qui sont protégées par la Constitution est jugée essentielle à la garantie d'une participation pleine et entière des Inuit au sein de la société canadienne, et ce en tant qu'égaux. La protection constitutionnelle des ententes d'autonomie gouvernementale sauvegarderait davantage les compétences reconnues en vertu de lois fédérales ou provinciales. Dans ce sens, les pouvoirs des nouveaux gouvernements autonomes seraient transférés plutôt que délégués, ce qui serait compatible avec une reconnaissance du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale.

Un large consensus rallie les Inuit de toutes les régions au sujet des principes juridiques fondamentaux que la Constitution nationale devrait refléter. Témoignent de cette réalité l'appui solide des Inuit à l'Accord de Charlottetown lors du référendum et la cohérence de leurs

positions depuis les 20 dernières années. Fait tout aussi important, les organisations régionales inuit ont formulé des propositions détaillées relativement à la structure de gouvernements autonomes régionaux ou territoriaux pour l'Arctique de l'Ouest, le Nunavut, le Nunavik et le nord du Labrador. Ces suggestions sont le fruit de nombreuses années de préparation et de consultation auprès des collectivités. En général, on considère la réforme constitutionnelle comme un complément nécessaire aux ententes d'autonomie gouvernementale qui font maintenant l'objet de négociations et d'initiatives de mise en oeuvre au niveau régional.

On est d'avis que les principales relations avec l'État se situent au palier fédéral. De plus, on estime que l'obligation de fiduciaire du gouvernement fédéral à l'endroit des peuples autochtones est un élément permanent du cadre constitutionnel du Canada. Néanmoins, pour ce qui est des négociations sur l'autonomie gouvernementale, les Inuit du Québec et de Terre-Neuve ont accepté la nécessité de la participation de leurs provinces respectives, parce que celles-ci possèdent une compétence dans des domaines qu'ils jugent importants, comme les terres et les ressources.

Les Inuit du Canada ont un sens profond de leur identité commune et de leur existence en tant que peuple de ce pays et du monde circumpolaire. Ils sont fortement attachés à leur langue, à leur culture, à leurs traditions et à leurs terres ancestrales. Ils se voient comme un peuple pratique et flexible qui fait grand cas du recours à la négociation pour résoudre les différends et qui reconnaît l'interdépendance des peuples. Bien qu'ils acceptent l'existence du Canada, les Inuit attendent d'avoir l'occasion de négocier leur place au sein de la fédération. Il semble que leur peu d'enthousiasme à accepter la citoyenneté canadienne soit lié à un sentiment d'exclusion causé par l'incapacité de la société canadienne d'aborder tous les aspects de la

question du statut des Inuit en tant que peuple disposant de droits fondamentaux.

L'aspiration des Inuit à l'établissement de nouvelles structures autonomes dans le Nord ne représente pas un retour au passé ni un rejet de celui-ci. Les Inuit veulent simplement déterminer eux-mêmes leur statut politique et continuer à s'adapter à un monde qui évolue rapidement, comme doivent le faire tous les peuples. Ils recherchent la mise en place de structures autonomes qui refléteront leur identité au sein d'un État fédéral. Leur empressement à travailler dans le cadre d'un tel pays, qui serait renouvelé et réformé par des ententes d'autonomie gouvernementale, constitue une preuve de leur flexibilité et de leur pragmatisme, deux traits de caractère dont ils font grand cas. Leur intérêt pour les gouvernements mixtes et les normes nationales et internationales en matière de droits de la personne montre qu'ils sont conscients de l'interdépendance des peuples et de la valeur des droits individuels. La reconnaissance de leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale dans la Constitution canadienne, comme celle de leur droit de disposer d'eux-mêmes au sens où l'entendent les normes internationales en matière de droits de la personne, rendra les Inuit libres d'être eux-mêmes au sein des grandes communautés canadiennes et mondiales de peuples interdépendants et égaux. Les points de vue exprimés par les organisations inuit au sujet de l'autonomie gouvernementale montrent comment on peut concilier les droits individuels et collectifs dans le contexte d'une analyse des droits de la personne. Ils montrent aussi comment la notion de l'égalité de tous les peuples est aussi importante que celle de l'égalité des personnes et qu'il existe des rapports entre les deux.

## NOTES

1. Voir, par exemple, Zebedee Nungak, «Les valeurs fondamentales, les normes et les concepts de justice chez les Inuit du Nunavik» dans Commission royale sur les peuples autochtones, *Les peuples autochtones et la justice*, Rapport de la Table ronde nationale sur les questions judiciaires (Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services, 1993), pp. 86-104; Wendy Moss, «Indian Self-Government» (Library of Parliament current issue review, 1990).
2. Wendy Moss, «History of Discriminatory Laws Affecting Aboriginal People» (Library of Parliament background paper, 1987).
3. S.C. 1985, vol. XII, annexe II, doc. n° 5; *In re Eskimos*, [1939] R.C.S. 104.
4. S.C. 1985, c. I-5
5. Alootook Ipellie, «The Colonization of the Arctic» dans *Indigena: Contemporary Native Perspectives*, sous la dir. de McMaster et Martin (Vancouver/Toronto, Douglas & McIntyre, Musée canadien des civilisations, 1992), pp. 39-57.
6. Pauktutit, *The Inuit Way: A Guide to Inuit Culture* (Ottawa, 1991).
7. Nungak, «Les valeurs fondamentales», cité à la note 1, pp. 87-88.
8. David Maybury-Lewis, *Millennium: tribal wisdom and the modern world* (New York, Viking Penguin, 1992), pp. xiii-xiv.
9. Pauktutit, *The Inuit Way*, cité à la note 6, p. 6.
10. Nungak, «Les valeurs fondamentales», cité à la note 1, p. 86.
11. Communication avec Okalik Eegeesiak, de l'Inuit Tapirisat du Canada.
12. Canada, *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, fascicule 16, 1<sup>er</sup> décembre 1980, pp. 5-6, 28-29.

13. Conférence circumpolaire inuit, *Principles and Elements for Comprehensive Arctic Policy* (Montréal, Centre d'études et de recherches nordiques, Université McGill, 1992), p. 4.
14. Conférence circumpolaire inuit, *Principles*, cité à la note 13, p. 7.
15. Entre 1979 et 1987, c'est le Comité inuit sur les affaires nationales, constitué par l'Inuit Tapirisat du Canada, qui s'est occupé du dossier constitutionnel des Inuit.
16. Comité inuit sur les affaires nationales, *Completing Canada: Inuit Approaches to Self-Government* (Kingston, Institute of Intergovernmental Affairs, Université Queen, 1987), p. 17.
17. Canada, *Procès-verbaux et témoignages*, cité à la note 12, pp. 4-18; *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la réforme du Sénat*, fascicule 31, 25 octobre 1983, p. 21.
18. Rosemarie Kuptana, notes pour une allocution à la North American Indigenous Nations UN Satellite Meeting (1<sup>er</sup> avril 1993).
19. Inuit Tapirisat du Canada, mémoire à la Commission royale sur les peuples autochtones, 31 mars 1994.
20. Erica-Irene A. Daes, «Some Considerations on the Rights of the Indigenous Peoples to Self-Determination», *Transnational Law & Contemporary Problems* 3/1 (1993); Umozurike Oji Umozurike, *Self-Determination in International Law* (Hamden, Archon Books, 1972), pp. 234-235.
21. S.C. 1985, vol. XII, appendice II, doc. n° 44. Le par. 35(1) reconnaît et confirme les droits existants, ancestraux ou issus de traités, des peuples autochtones. Le par. 35(3) prévoit également 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».
22. Inuit Tapirisat du Canada, mémoire à la Commission royale, cité à la note 19, p. 44, 8-30.

23. Voir, par exemple, le mémoire du CIAN au Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, dans Canada, *Procès-verbaux et témoignages*, cité à la note 12.
24. Voir, par exemple, le mémoire de l'Inuit Tapirisat du Canada à la Commission royale sur les peuples autochtones, 31 mars 1994; et Inuit Tapirisat du Canada, «Response of the Inuit of Canada to the First Consultation of the Inter-Commission on Human Rights Regarding the Content of a Future Inter-American Legal Instrument on the Rights of Indigenous Peoples» (21 janvier 1993).
25. Canada, *Procès-verbaux et témoignages (réforme du Sénat)*, cité à la note 17, fascicule 31, 25 octobre 1983, p. 21.
26. Hector Gros Espiell, *The Right of Self-Determination, Implementation of United Nations Resolutions* (New York, Nations Unies, 1980), p. 9 (Doc. E/CN.4/Sub.2/405/Rev.1).
27. Rosemarie Kuptana, «The Universality of Human Rights and Indigenous Peoples: New Approaches For the Next Millennium (document rédigé en prévision de la table ronde sur l'universalité des droits de la personne, Strengthening Commitment to the Universality of Human Rights, Amman, Jordanie, du 5 au 7 avril 1993)».
28. Mémoire de l'Inuit Tapirisat du Canada à la Commission royale, cité à la note 19.
29. Dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques comme dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, l'article premier se lit comme suit : «Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel.» [Dans Torelli, Maurice et Baudoin, Renée, *Les droits de l'homme et les libertés publiques par les textes* (Montréal, Les Presses de l'Université du Québec, 1972), pp. 226-234]]
30. Déclaration de la Conférence circumpolaire inuit à la quatrième réunion du comité responsable de la World Conference on Human Rights (25 mai 1993).

31. Inuit Tapirisat du Canada, mémoire à la Commission royale, cité à la note 19, p. 42.
32. Mémoire de l'Inuit Tapirisat du Canada à la Commission royale sur les peuples autochtones (31 mars 1994); Conférence circumpolaire inuit, *Principles*, cité à la note 13.
33. Conférence circumpolaire inuit, «Statement of the Inuit Circumpolar Conference to the 49th Session of the UN Commission on Human Rights» (février 1993).
34. Le texte du projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones, dans sa version du mois d'août 1993, figure à l'annexe 1 du Rapport du groupe de travail sur les populations autochtones du 23 août 1993 (Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/29). C'est la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités qui a donné à ce texte son titre actuel dans le cadre de la résolution 1993/46 du 26 août 1993.
35. Inuit Tapirisat du Canada, mémoire à la Commission royale, cité à la note 19.
36. *Inuit Studies* (1992) 16/1-2, pp. 27-32.
37. Rosemarie Kuptana, notes pour une allocution, cité à la note 18.
38. Daniel Patrick Moynihan, *Pandaemonium: Ethnicity in International Politics* (New York, Oxford University Press, 1993), p. 47.
39. Rosemarie Kuptana, notes pour une allocution, cité à la note 18.
40. Michael Ignatieff, *Blood & Belonging: Journeys Into the New Nationalism* (Toronto, Viking, 1993), pp. 3-5.
41. Voir, par exemple, Moynihan, *Pandaemonium*, cité à la note 38.
42. Maybury-Lewis, *Millennium*, cité à la note 8, pp. 272-274.
43. Moynihan, *Pandaemonium*, cité à la note 38, préface de l'édition de poche.
44. David Maybury-Lewis, *Millennium*, cité à la note 8, pp. 273-274.

45. Inuit Tapirisat du Canada, «Inuit in Canada: Striving for Equality», énoncé de position constitutionnelle présenté au très honorable Joe Clark le 6 février 1992.
46. Inuit Tapirisat du Canada, «Nunavut, a Proposal for the Settlement of Inuit Lands in the Northwest Territories» (27 février 1976).
47. S.C. 1993, c. 28.
48. Inuit Tapirisat du Canada, mémoire à la Commission royale, cité à la note 19.
49. *Black's Law Dictionary*, 5<sup>e</sup> éd., p. 1054.
50. Voir la théorie du «pacte de la Confédération» dans Commission royale sur les peuples autochtones, *Partenaires au sein de la Confédération Les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution* (Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1993), pp. 22-23.
51. S.C. 1994, c. 35 (sanctionnée le 7 juillet 1994).
52. Western Arctic Regional Government: Inuvialuit and Gwich'in Proposal for Reshaping Government in the Western Arctic (novembre 1993).
53. *Ibid.*
54. Inuit Tapirisat du Canada, «Inuit in Canada: Striving for Equality», cité à la note 45.
55. *Ibid.*
56. Comité canadien des ressources arctiques, *Aboriginal Self-Government and Constitutional Reform* (Ottawa, 1988), pp. 118-123.
57. Inuit Tapirisat du Canada, mémoire à la Commission royale, cité à la note 19, p. 8.
58. Inuit Ratification Committee, *Summary of the Agreement Between the Inuit of the Nunavut Settlement Area and Her Majesty in Right of Canada* (1992).

59. Pauktuutit, *Arnait: The Views of Inuit Women on Contemporary Issues* (Ottawa, 1991), p. 35.
60. Inuit Tapirisat du Canada, Response of the Inuit of Canada to the First Consultation of the Inter-Commission on Human Rights Regarding the Content of a Future Inter-American Legal Instrument on the Rights of Indigenous Peoples (janvier 1993).
61. Canada, Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des affaires indiennes et du développement du Nord canadien*, fascicule 70, 28 juin 1983, p. 35.
62. Conférence circumpolaire inuit, *Principles*, cité à la note 13, p. 48.
63. Comité inuit sur les affaires nationales, *Completing Canada*, cité à la note 16, pp. 6-7.
64. Rosemarie Kuptana, notes pour une allocution, cité à la note 18.
65. Témoignage de Roger Gruben, conseiller régional en chef de la Société régionale Inuvialuit, dans Canada, *Délibérations du Groupe de travail du Sénat sur l'Entente constitutionnelle du lac Meech et sur le Yukon et les Territoires du Nord-Ouest*, fascicule 2, 28 octobre 1987, pp. 140-141.
66. Rosemarie Kuptana, notes pour une allocution, cité à la note 18.
67. Conférence circumpolaire inuit, *Principles*, cité à la note 13, p. 7.
68. Pauktuutit, *Arnait*, cité à la note 59, p. 34.
69. Simon McInnes, «The Inuit and the Constitutional Process: 1978-81», *Journal of Canadian Studies* 16/2 (été 1981).
70. Témoignage du Comité inuit sur les affaires nationales, dans Canada, *Procès-verbaux et témoignages*, cité à la note 12, p. 7.
71. Comité inuit sur les affaires nationales, *Completing Canada*, cité à la note 16, pp. 12-13.
72. Inuit Tapirisat du Canada, «The Pangnirtung Accord», résolution adoptée par l'Inuit Assembly on the Constitution (septembre 1991), et «Inuit in Canada: Striving For Equality, cité à la note 45.

73. Rosemarie Kuptana, «Report on Constitutional Reform Talks» (9 juillet 1992).
74. *Ibid.*, cité à la note 73.
75. Inuit Tapirisat du Canada, notes en vue d'une présentation par Rosemarie Kuptana à la 32<sup>e</sup> conférence annuelle des premiers ministres, 26 août 1991, Whistler (C.-B.); et Rosemarie Kuptana, «The Inherent Right of Self-Government: Its Nature and Source», présentation à la Conférence de l'Association du Barreau canadien sur l'inscription de l'autonomie gouvernementale autochtone dans la Constitution (27 mars 1992).
76. Rosemarie Kuptana, «The Inherent Right of Self-Government», cité à la note 75.
77. *Ibid.*
78. Inuit Tapirisat du Canada, Document de travail sur la Constitution (23 mars 1992).
79. *Ibid.*
80. Rosemarie Kuptana, notes pour une allocution, cité à la note 18.
81. *Ibid.*
82. Comité inuit sur les affaires nationales, *Completing Canada*, cité à la note 16, p. 39.
83. Affaires indiennes et du Nord Canada, *La Politique des revendications territoriales globales* (Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services, 1987), p. 18 : «Les institutions d'autonomie gouvernementale pourront alors être négociées conformément à ces ententes. Une loi sera toutefois nécessaire pour établir la portée des pouvoirs législatifs accordés aux nouveaux organismes ou institutions. Enfin, pour ce qui a trait à la dimension politique, la plupart des éléments des mécanismes ainsi créés ne pourront bénéficier d'une protection constitutionnelle que si des modifications à la Constitution en ce sens sont en vigueur.»
84. Calgary : Institut canadien du droit des ressources, 1989, pp. 84-86.

85. Inuit Tapirisat du Canada, mémoire à la Commission royale, cité à la note 19, p. 51.
86. Conférence circumpolaire inuit, *Principles*, cité à la note 13, p. 7.
87. Comité inuit sur les questions nationales, *Completing Canada*, cité à la note 16, p. 30.
88. Le paragraphe 4(3) de la Convention définitive des Inuvialuit prévoit ce qui suit : « Dans le cas de la restructuration projetée des institutions publiques du gouvernement pour la région de l'Arctique de l'Ouest, le Canada s'engage à accorder aux Inuvialuit le même traitement qu'aux autres groupes ou peuples autochtones pour ce qui est de l'attribution de pouvoirs gouvernementaux »
89. Article 1.3 de l'Entente cadre sur l'autonomie gouvernementale des Gwich'in (juillet 1991).
90. Comité national sur les affaires nationales, *Completing Canada*, cité à la note 16, p. 21. L'ouvrage résume les pouvoirs de l'ARK et les analyse à la p. 20.
91. Parti libéral du Canada, « Pour la création d'emplois, pour la relance économique : Le plan d'action libéral pour le Canada »; et le communiqué du 8 octobre 1993 intitulé « Jean Chrétien veut établir de nouveaux partenariats avec les peuples autochtones ».
92. Inuit Tapirisat du Canada, mémoire à la Commission royale, cité à la note 19, p. 48.
93. L. C. 1993, c. 28.
94. Nunavut Tunngavik Inc. a succédé à la Fédération Tungavik du Nunavut, l'organisation qui a représenté les Inuit lors des négociations.
95. Communication personnelle avec Paul Okalik, de Nunavut Tunngavik Inc.
96. Inuvialuit Regional Corporation, « A Proposal For Inuvialuit Self-Government In The Western Arctic » (29 mars 1993). Cette proposition a été révisée, puis présentée de nouveau le 23 novembre 1993 au gouvernement fédéral sous forme de projet de loi. Le même mois, les Gwich'in et les Inuvialuit déposaient

une proposition commune. Ce document, qui ne contient pas de projet de loi, constitue un résumé descriptif de l'intérêt commun des peuples inuvialuit et gwich'in à l'égard d'un gouvernement populaire régional. Ni les Gwich'in, ni le gouvernement fédéral n'ont approuvé pour l'instant le projet de loi de novembre 1993. Le gouvernement fédéral, les Gwich'in et les Inuvialuit devraient, en septembre 1994, entamer des négociations au sujet d'une forme précise de gouvernement populaire régional pour l'Arctique de l'ouest.

97. *Loi sur le règlement des revendications des Inuvialuit de la région ouest de l'Arctique*, S.C. 1984, c. 24.
98. Keeping, *The Inuvialuit Final Agreement*, cité à la note 84, pp. 95-100.
99. Inuvialuit Regional Corporation, *A Proposal For Inuvialuit Self-Government In The Western Arctic* (29 mars 1993).
100. *Ibid.*
101. *Ibid.*
102. *Ibid.*
103. Société Makivik et Comité constitutionnel du Nunavik, *Mémoire à la Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec* (1992).
104. *Ibid.*
105. Nunavik Assembly and Government Negotiation Framework Agreement between The Special Negotiator For The Government of Quebec and The Chief Negotiator For The Nunavik Constitutional Committee (21 juillet 1994).
106. Comité constitutionnel du Nunavik, *Constitution of Nunavik*.
107. Nunavik Assembly and Government Negotiation Framework Agreement, cité à la note 105.
108. *Ibid.*
109. Comité inuit sur les questions nationales, *Completing Canada*, cité à la note 16, p. 24.

110. Inuit Tapirisat du Canada, mémoire à la Commission royale, cité à la note 19.
111. *Ibid.*
112. *Ibid.*
113. Inuit Tapirisat du Canada, Document de travail, cité à la note 78.
114. Canada, *Procès-verbaux et témoignages*, cité à la note 12, p. 6.
115. Inuit Tapirisat du Canada, mémoire à la Commission royale, cité à la note 19, pp. 54-57.

# LES MÉTIS SONT-ILS VISÉS PAR LE PARAGRAPHE 91(24) DE LA LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1867?

par Bradford W. Morse et John Giokas

## Table des matières

SOMMAIRE	160
INTRODUCTION	164
QUI SONT LES MÉTIS?	168
Les nombreuses définitions du mot Métis	168
Le phénomène des populations mixtes	175
Commentaires des auteurs sur l'identité métisse	178
Indiens et Métis : une distinction fluide	181
Définition des membres des groupes autochtones	183
Le modèle australien	188
LE STATUT CONSTITUTIONNEL DES MÉTIS AVANT 1982	190
Réduction des obligations constitutionnelles du gouvernement fédéral envers les Indiens	190
Historique juridique : mention des Métis et des «half-breeds»	202
Commentaires des auteurs	214
Commentaires des tribunaux	224
LA LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1982 ET L'AVENIR	238
Participation des Métis à l'élaboration des politiques fédérales	238
Le paragraphe 35(2) : Les Indiens, les Inuit et les Métis	247
SI LES MÉTIS ÉTAIENT DES «INDIENS», QUELLES SERAIENT LES CONSÉQUENCES?	253
Les Métis sont-ils des «Indiens» au sens du paragraphe 91(24)?	253
Les conséquences, en 1993, de l'application du paragraphe 91(24) aux Métis	259
CONCLUSION	273
RECOMMANDATIONS	279
NOTES	281
	159

## SOMMAIRE

Ce document examine la question de savoir si les Métis sont visés par le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À cette fin, il passe en revue la doctrine et la jurisprudence existantes ainsi que divers aspects historiques et politiques de la relation entre les Métis et les gouvernements canadiens successifs. Il traite notamment des définitions du mot «Métis»; des politiques fédérales, des lois, des commentaires de spécialistes et des décisions judiciaires rendues avant que les Métis acquièrent un statut constitutionnel en 1982; des politiques fédérales et provinciales plus récentes en matière constitutionnelle, de la *Loi constitutionnelle de 1982* et des conférences des premiers ministres qui ont suivi; et des conséquences possibles de l'inclusion des Métis dans le terme «Indiens» du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le document fait valoir qu'il est logique et sensé de considérer que toutes les personnes de sang mêlé sont assujetties à la compétence conférée par le paragraphe 91(24) et que les Métis sont visés par la relation de fiduciaire qui doit exister entre la Couronne et les peuples autochtones.

Plusieurs arguments penchent en faveur de l'inclusion des Métis dans la catégorie des «Indiens» énoncée au paragraphe 91(24). En premier lieu, la participation des Métis à l'élaboration des traités tout au cours de l'histoire du Canada ne fait aucun doute, comme en témoignent l'adhésion des *half-breeds* au Traité n° 3, le titre provisoire des Métis aux termes de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et différentes lois concernant les terres fédérales. En deuxième lieu, il y a l'historique législatif de l'inclusion des personnes «de sang indien» liées aux tribus ou bandes indiennes aux fins de l'établissement des listes prévues par la *Loi sur les Indiens*. Un troisième argument repose sur le libellé de la

*Loi de 1870 sur le Manitoba*, des lois concernant les terres fédérales et d'autres lois et décrets mettant en oeuvre le régime de concession de terres. Finalement, le gouvernement fédéral accorde maintenant aux Métis le même statut constitutionnel qu'aux autres peuples autochtones. La reconnaissance des Métis comme l'un des «peuples autochtones du Canada», à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, est une preuve de cette position du fédéral.

En conséquence, compte tenu des probabilités historiques, des impératifs de la pratique ainsi que de la logique juridique et constitutionnelle, et dans le but de maintenir l'honneur de la Couronne, on ne peut que conclure que le paragraphe 91(24) vise les personnes de sang mêlé. Il serait par ailleurs possible que la Couronne fédérale exerce son pouvoir en matière d'élaboration de traités et s'acquitte, à l'endroit des Métis, des obligations qui lui incombent aux termes de la Constitution. Les tribunaux canadiens devraient, à cet égard, interpréter la Constitution du Canada de façon à reconnaître la responsabilité première du gouvernement fédéral et son pouvoir de promouvoir les intérêts de tous les peuples autochtones au sens des paragraphes 35(2) et 91(24).

L'inclusion des Métis au paragraphe 91(24) entraîne plusieurs conséquences. Le Parlement serait ainsi tenu d'adopter des lois visant les Métis, et les représentants de la Couronne du chef du Canada de traiter avec ces derniers en tant que collectivités et de négocier avec eux des règlements relatifs aux revendications territoriales. Le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien perdrait l'une des principales excuses qu'il invoque pour ne pas traiter avec les Métis. En ce qui concerne l'appareil gouvernemental, le rôle de l'interlocuteur fédéral pour les Métis et les Indiens non inscrits et le Bureau du Conseil privé pourrait être attribué à un nouveau ministre des Affaires autochtones, et

un nouveau ministère des Affaires indiennes possédant une structure remaniée pourrait être créé.

Bien que, dans une certaine mesure, cette question — peut-être tout aussi importante — dépasse le cadre du document, on se demande si le fait que les Métis soient visés par le paragraphe 91(24) signifie que le Parlement n'a pas seulement le pouvoir, mais également l'obligation, d'adopter des lois à leur bénéfice. La reconnaissance constitutionnelle des droits ancestraux et issus de traités des autochtones au paragraphe 35(1), tout comme la définition donnée par le tribunal, dans l'affaire *Guerin*, aux obligations fiduciaires de la Couronne, laisse croire que le gouvernement fédéral manque peut-être à ses obligations fiduciaires lorsqu'il refuse de déposer des lois destinées à reconnaître l'existence de certains peuples autochtones ou à satisfaire aux besoins économiques et sociaux fondamentaux de ces peuples. L'inclusion des Métis au paragraphe 91(24) signifie également que les provinces ne peuvent pas adopter de lois restrictives ou défavorables concernant particulièrement les Métis. Il est probable que les lois visant les Métis de l'Alberta pourraient facilement faire l'objet de contestations fondées sur la Constitution.

## Recommandations

1. La Commission royale devrait clairement conclure que les Métis sont inclus dans le terme «Indiens» utilisé au paragraphe 91(24).
2. Les commissaires devraient recommander au gouvernement du Canada de renouveler ses efforts en matière de réforme constitutionnelle dans le but de reprendre et d'améliorer les dispositions relatives aux autochtones contenues dans l'Accord de Charlottetown.
3. La Commission royale devrait conclure qu'il existe une relation de fiduciaire entre la Couronne et les Métis. En outre, elle devrait recommander que le gouvernement fédéral respecte ses obligations fiduciaires en entamant sur-le-champ des négociations exhaustives avec les représentants des Métis.
4. Les commissaires devraient recommander au gouvernement fédéral de prendre immédiatement des mesures dans le but de mettre en application les modifications concernant la *Loi sur l'Alberta* demandées par le gouvernement albertain et par l'Alberta Federation of Metis Settlements Associations. Ces modifications auraient pour effet d'accorder une protection constitutionnelle aux droits résultant des règlements des revendications territoriales des Métis et de régler les questions liées à l'invalidité des dispositions législatives provinciales.

LES MÉTIS SONT-ILS VISÉS PAR LE PARAGRAPHE 91(24)  
DE LA LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1867?

PAR BRADFORD W. MORSE ET JOHN GIOKAS

INTRODUCTION

La complexité des questions constitutionnelles et juridiques relatives aux autochtones est bien connue, et elle prend encore plus d'acuité dans le cas des Métis<sup>1</sup>. Pourquoi? Premièrement, les Métis eux-mêmes ne s'entendent pas tout à fait sur la définition de leur identité, et les points de vue abondent à ce sujet. Historiquement, le terme «Métis» désignait la population francophone et catholique installée sur la Terre de Rupert et issue des unions entre les Indiennes et les Canadiens français, ainsi que ses descendants. Aujourd'hui, cette expression s'applique dans son sens large et populaire à un groupe plus vaste et toujours aussi indéterminé de personnes qui possèdent une ascendance mixte indienne et non indienne<sup>2</sup>; les membres de ce groupe peuvent entrer dans la catégorie des Indiens inscrits ou non selon les règles d'inscription énoncées dans la *Loi sur les Indiens*<sup>3</sup>. Par ailleurs, surtout depuis les années 60, époque où les autochtones ont retrouvé la fierté de leurs origines, c'est par le terme «Métis» que se désignaient eux-mêmes bien des gens d'origine très éloignée de la rivière Rouge, au Manitoba. Il s'en est suivi une grande confusion chez les non-Métis et un désaccord manifeste quant à la définition d'un «vrai» Métis au sein des différents groupes et organismes politiques qui cherchent aujourd'hui à représenter les intérêts des Métis dans différentes parties du pays. Comme chaque groupe a manifestement le droit de décider de lui-même comment ses membres seront définis, toute ingérence externe à cet égard serait tout à fait inopportune, mais il reste que des désaccords fondamentaux existent

parmi le peuple métis à cause d'expériences historiques et de visions de l'avenir qui diffèrent.

Une autre raison explique la complexité des questions entourant les Métis, soit le manque évident de principes directeurs établis par les tribunaux. En effet, il existe un nombre très restreint d'affaires portant sur les droits ou le statut des Métis. Soulignons aussi la masse incohérente de dispositions législatives, de politiques et de pratiques relatives aux Métis mises en oeuvre par le gouvernement colonial, puis par les autorités fédérales et provinciales. Par conséquent, nous sommes obligés d'examiner les antécédents législatifs et, dans une mesure beaucoup plus grande que c'est normalement le cas lorsqu'on étudie les questions autochtones, de nous appuyer aussi bien sur les principes fondamentaux que sur des analogies. À cause de cette «disette jurisprudentielle» conjuguée à des initiatives inadéquates de la part du législateur, le débat s'articule autour d'une diversité de points de vue qu'il est difficile de rapprocher.

Un troisième élément vient compliquer l'analyse : le désir assez récent de tous les peuples autochtones de posséder de nouveaux pouvoirs au sein de la fédération canadienne. Grâce à ce mouvement, les Métis sont visés désormais par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui protège les «droits existants — ancestraux ou issus de traités». Ils ont aussi participé, au cours de la dernière décennie, à la série de rencontres multilatérales et de conférences de premiers ministres sur les questions constitutionnelles qui les touchent. Il est difficile, voire impossible, de déterminer comment se rapproche du traitement inégal par les autorités en place cette reconnaissance relativement nouvelle de l'existence, aux termes de la Constitution, d'une catégorie d'autochtones autre que les Indiens et les Inuit.

Compte tenu de tous ces facteurs, il y a lieu de procéder par étapes. Nous proposons donc de diviser notre enquête en cinq volets

afin, nous l'espérons, d'atténuer la complexité des questions et de les régler vraiment une fois pour toutes.

1. Qui sont les Métis?
2. Selon les politiques fédérales, les textes législatifs, la doctrine et la jurisprudence, quel était le statut constitutionnel des Métis avant 1982?
3. Quel éclairage particulier jettent sur les questions relatives aux Métis les politiques fédérales et les politiques provinciales plus récentes en matière constitutionnelle, la *Loi constitutionnelle de 1982* et les rencontres subséquentes des premiers ministres concernant la Constitution et les autochtones?
4. Les Métis sont-ils désignés par le terme «Indiens» au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*? Le cas échéant, quelles sont les conséquences en 1993?
5. Conclusion

Avant de continuer, il est bon de faire une mise en garde : la présente étude contient certaines généralisations et résume l'évolution historique d'une manière qui passe naturellement sous silence, à un certain degré, les complexités et les contradictions qui sont toujours manifestes dans l'interaction des politiques gouvernementales et des événements historiques dont ont été témoins deux siècles de relations entre les autochtones et l'État. En outre, nous voudrions souligner notre malaise devant l'utilisation, dans la version anglaise, des termes *half-breed* et *mixed blood* en raison de leur connotation négative et raciste. Nous avons néanmoins ressenti l'obligation, en anglais, de les utiliser régulièrement, puisqu'il s'agissait de termes employés communément par les nouveaux venus au XIX<sup>e</sup> siècle et pendant une bonne partie du XX<sup>e</sup> siècle afin de désigner les descendants de mariages mixtes. En outre, ces expressions étaient régulièrement utilisées dans les textes législatifs ainsi que d'autres documents juridiques en anglais et

servaient aussi à distinguer les Métis francophones de la rivière Rouge et d'autres personnes d'ascendance mixte, souvent afin d'isoler les Métis de la société non autochtone. Dans la mesure du possible, nous avons préféré recourir au terme *Metis* en anglais, puisqu'il est devenu le titre choisi par les intéressés et ne possède aucune connotation négative. En français, que ce soit dans les textes législatifs ou la jurisprudence, seul le terme «Métis» est utilisé; nous ferons en général de même ici.

En outre, notre étude est limitée à plusieurs égards importants. Elle vise à répondre à la question relativement étroite qui nous a été posée, c'est-à-dire déterminer si les Métis sont visés par le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Nous n'aborderons pas, sauf de façon accessoire, les questions fondamentales entourant les droits territoriaux des Métis, leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et la mesure dans laquelle ils possèdent d'autres droits ancestraux et issus de traités.

Notre étude se concentre par ailleurs sur le droit canadien, ce qui ne veut toutefois pas dire que le droit international n'a aucune application à l'égard du peuple métis, mais bien que la nature de la question étudiée justifie de circonscrire notre examen dans des limites plus étroites.

Nous évaluons également la jurisprudence canadienne en fonction de ce qu'elle déclare expressément et de ce qu'elle implique pour les décisions judiciaires futures; nous ne formulons aucun commentaire spécifique quant à l'équité de l'appareil judiciaire ou aux précédents peu glorieux entachés d'impartialité et de préjugés. Il ne fait aucun doute que les juges canadiens, pendant bien des générations, ont imité les politiciens canadiens en faisant preuve de racisme et en étant convaincus de leur propre supériorité. Par conséquent, ils ont passé outre aux lois et aux régimes juridiques des peuples autochtones ainsi qu'à leurs opinions et aspirations. Les tribunaux et les gouvernements ont

régulièrement assimilé le paragraphe 91(24) à l'octroi d'une compétence «sur» les Indiens, de la même manière que les autorités fédérales et provinciales avaient compétence «sur» les pêcheries intérieures ou sur l'administration de la justice. Peu ont semblé reconnaître que les peuples autochtones se trouvaient dans une position sensiblement différente, et rares étaient ceux qui les considéraient comme un ordre souverain de gouvernement à l'intérieur ou à l'extérieur du Canada. Bien qu'elle soit justifiée, une telle critique dépasse la portée du présent mémoire.

## **QUI SONT LES MÉTIS?**

### *Les nombreuses définitions du mot Métis*

L'auteur métis Antoine Lussier soulignait dans une étude relativement récente portant sur l'identité des Métis qu'il semblait y avoir, à une conférence tenue en 1981, une grande confusion quant au terme qui devrait désigner les personnes de sang mêlé vivant au Canada et dans le nord des États-Unis au XIX<sup>e</sup> siècle<sup>4</sup>. Après avoir cité les grandes lignes de sept définitions courantes du mot Métis, Antoine Lussier observe que, dans certains cas, ces définitions permettent non seulement à des Indiens non inscrits de se joindre à des organisations métisses, mais que même certains non-autochtones, dans un cas, peuvent faire partie d'une telle organisation (par mariage; la personne obtient alors le statut de membre associé sans jouir du droit de vote ou du droit d'exercer les fonctions de dirigeant)<sup>5</sup>. Fait quelque peu ironique, une autre organisation métisse mentionnée dans cet article, dotée d'objectifs culturels plutôt que politiques, exige que ses membres soient francophones, catholiques et métis, sans toutefois définir ce dernier terme<sup>6</sup>. Selon M. Lussier, ces nouveaux critères n'ont pas permis la réunion des divers groupes culturels métis, mais les ont plus ou moins

maintenus séparés<sup>7</sup> L'évolution constitutionnelle récente étaye cette observation tout à fait convaincante de M. Lussier.

Constitué en 1968 à l'origine pour représenter les Indiens non inscrits et les Métis, le Conseil national des autochtones du Canada (CNAC) a adopté une vaste définition des Métis englobant presque tous les Canadiens qui possèdent une part de sang autochtone, peu importe leurs origines, et qui se disent Métis. Même si l'histoire des habitants métis de l'ouest du Canada jette les bases juridiques et historiques appuyant les droits ancestraux et issus de traités revendiqués par le CNAC au nom des Métis, ces droits sont plus vastes encore<sup>8</sup>. Les efforts déployés par le CNAC, particulièrement grâce à son vice-président d'alors et dirigeant métis bien connu Harry Daniels, visant à obtenir la reconnaissance constitutionnelle des Métis, peu importe la définition, comme un des «peuples autochtones du Canada» au paragraphe 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ont été couronnés de succès. Malgré tout, les trois organisations métisses des Prairies se sont séparées du CNAC pour former le Ralliement national des Métis (RNM) avant le début de la Conférence des premiers ministres de 1983. Les motifs donnés à la population pour justifier cette séparation tenaient au désir d'assurer une représentation directe par les dirigeants métis à la table de la conférence et à faire progresser les positions favorables à la nation métisse.

Le mandat du RNM consistait à militer exclusivement pour les questions relatives aux Métis, et non pas celles qui touchaient aussi les Indiens non inscrits ou hors réserve, dans le cadre des conférences subséquentes des premiers ministres sur la Constitution<sup>9</sup> La définition d'un «Métis» établie par le RNM s'attache principalement aux descendants des habitants de l'Ouest canadien à qui le gouvernement fédéral avait promis des terres à la fin des années 1800 ainsi qu'aux autres personnes possédant du sang autochtone acceptées comme Métis par les communautés métisses qui ont suivi :

[TRADUCTION] Toute personne qui peut montrer qu'elle descend de personnes considérées comme des Métis en vertu de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, toute personne qui peut montrer qu'elle descend de personnes considérées comme des Métis en vertu de la *Loi des terres fédérales* de 1879 et de 1883; et toute autre personne qui peut prouver son ascendance autochtone et qui a été acceptée comme métisse par la communauté métisse<sup>10</sup>

Cette définition a été légèrement modifiée dans l'accord relatif à la nation métisse proposé par le RNM au Canada, aux cinq provinces de l'Ouest et aux Territoires du Nord-Ouest en 1992 durant les négociations qui ont entouré l'Accord de Charlottetown :

[TRADUCTION]

a) «Métis» s'entend d'un autochtone qui s'identifie lui-même comme Métis, qui se distingue d'un Indien ou d'un Inuit et qui descend de Métis qui ont reçu ou eu le droit de recevoir des terres et (ou) des certificats d'argent en vertu des dispositions de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* ou de la *Loi des terres fédérales*, ainsi que leurs modifications.

b) «Nation métisse» s'entend du groupe de Métis visé au paragraphe a) et des personnes d'ascendance autochtone qui sont acceptées par ce groupe<sup>11</sup>

Cet accord n'a pas encore été signé par le gouvernement du Canada, les cinq provinces ou le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest. Toutefois, le RNM cherche toujours à obtenir l'acceptation officielle de l'accord et à en poursuivre la mise en oeuvre.

Plus récemment, le RNM a proposé à des fins de discussion un projet de Constitution du gouvernement et du peuple métis contenant une définition quelque peu différente d'un Métis, notamment :

[TRADUCTION]

6.(1) Aux fins de la présente Constitution, le terme «Métis» désigne une personne autochtone qui s'identifie comme métisse, qui se distingue d'un Indien et d'un Inuit,

a) et est un descendant de Métis qui ont reçu ou ont eu le droit de recevoir des terres et (ou) des certificats d'argent en vertu de

la *Loi de 1870 sur le Manitoba* ou de la *Loi des terres fédérales* ainsi que leurs modifications,

b) ou est reconnu comme un Métis aux termes des textes législatifs adoptés par le Parlement de la nation métisse.

(2) Aux fins d'identifier les membres de la nation métisse, le Parlement de la nation métisse doit établir des textes législatifs régissant le recensement et l'inscription du peuple métis du Canada<sup>12</sup>

Ce n'est pas d'hier que les auteurs cherchent à définir ce qu'est un Métis. Les recherches d'Antoine Lussier à ce sujet mettent au jour un débat semblable qui s'est tenu il y a plus de 100 ans. Une liste tirée d'un journal d'anthropologie de 1875 montre qu'il existe neuf catégories différentes de personnes pouvant être considérées comme des membres de la race métisse<sup>13</sup>. Nous savons, d'après les registres historiques, qu'il régnait un certain degré de confusion tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle et encore au début du XX<sup>e</sup> siècle quant à la définition de ce qu'était un Indien et de ce qu'était un Métis; on se demandait aussi dans quelle mesure un Métis était aussi un Indien et dans quelles circonstances. Par exemple, durant les négociations des traités Robinson-Supérieur et Robinson-Huron dans la province du Canada en 1850, les chefs ont demandé à ce que les avantages conférés par les traités soient étendus aux Métis qui vivaient parmi eux. Les négociateurs coloniaux ont laissé les chefs décider du mode et du degré de participation de ces gens<sup>14</sup>.

Le Traité n° 3 inclut de fait les Métis comme groupe «en vertu de leur sang indien<sup>15</sup>», au moyen de l'adhésion à Rainy River en 1875, mais il s'agit du seul cas. Les adhésions au Traité n° 5 entre 1876 et 1910 montrent que les Métis participent individuellement à la portion du traité qui vise l'Ontario<sup>16</sup>. Un groupe métis de Moose Factory, en Ontario, a demandé à être visé par le Traité n° 9 en 1903, mais s'est heurté au refus des négociateurs fédéraux et provinciaux. Néanmoins,

bon nombre de personnes métisses ont été incluses à titre d'Indiens à ce moment et par voie d'adhésions au Traité n° 9 en 1929-1930<sup>17</sup>

Dans les Prairies, la situation était différente : les Métis anglophones et francophones étaient non seulement plus nombreux et militairement unis, mais aussi extrêmement utiles pour la Couronne, voire essentiels, en qualité d'intermédiaires et d'interprètes pour la négociation des traités numérotés. Il semble qu'une distinction s'opérait dans l'esprit des négociateurs fédéraux, toutefois, entre les Métis qui cultivaient la terre dans des collectivités établies de la même façon que les colons non autochtones, ceux qui chassaient le bison à la manière des Métis et des Indiens, ainsi que ceux qui s'identifiaient totalement aux Indiens, vivant avec eux et parlant leur langue<sup>18</sup>. Les membres de ce dernier groupe ont eu la permission d'adhérer au traité à titre d'Indiens s'ils le désiraient et s'ils étaient acceptés par la bande comme membres. Ceux qui ont adhéré au traité étaient alors assimilés par les bandes, aux termes de la *Loi sur les Indiens*, sans qu'aucune distinction ne soit établie entre eux et d'autres Indiens.

Par la suite, le gouvernement fédéral a modifié la *Loi sur les Indiens* à plusieurs occasions pour inciter les Métis qui avaient adhéré à un traité à se dire Métis, à demander un certificat d'argent et à renoncer à leurs droits issus de traités et à leur statut d'Indiens<sup>19</sup>. La confusion s'est cependant maintenue : même après ces modifications, les négociateurs fédéraux du Traité n° 8 semblent avoir encouragé les Métis à adhérer au traité et à ne pas prendre le certificat d'argent, mais de nombreux Métis ont refusé de suivre cette suggestion<sup>20</sup>. Jusque dans les années 30, un nombre tellement élevé de gens alternaient entre les catégories d'Indiens et de Métis que le ministère des Affaires indiennes a décidé d'examiner et d'éliminer des centaines de personnes<sup>21</sup>. Il ne faut pas oublier non plus que bon nombre de personnes d'ascendance indienne, particulièrement dans le nord de ce qui constitue maintenant

les Prairies, ont choisi les certificats d'argent et, de ce fait, ont été identifiées comme métisses à cause de leur réticence à s'installer dans des réserves et de leur préférence pour un mode de vie traditionnel axé sur l'exploitation des ressources fauniques en forêt.

Même les Métis séparés d'à peine quelques générations des événements relatifs au président Louis Riel et au gouvernement provisoire de cette période de l'histoire métisse ont éprouvé des difficultés à définir ce qu'est un Métis. La Metis Association of Alberta a proposé une première définition à la Commission Ewing (établie par le gouvernement albertain en 1934 en vue d'examiner la santé, la scolarité et le bien-être général de la population métisse), soit : quiconque possède du sang indien et adopte un mode de vie habituellement associé aux Métis. Plus tard, l'Association a élargi cette définition pour inclure quiconque s'identifie comme métis et a été accepté par la communauté métisse<sup>22</sup>

La Commission Ewing, qui voyait la question métisse surtout comme un problème d'assistance sociale pour la province, semble avoir associé les Métis à la culture indienne, puisque son rapport, publié en 1936, utilise la définition suivante : [TRADUCTION] «Une personne de sang mêlé, blanc et indien, y compris un Indien non visé par un traité, qui vit selon le mode de vie associé à un Indien ordinaire<sup>23</sup>». En 1938, la *Metis Population Betterment Act* de l'Alberta a simplement éliminé l'aspect culturel ou lié au mode de vie : [TRADUCTION] «Une personne de sang mêlé, blanc et indien, à l'exception d'un Indien ou d'un Indien non visé par un traité aux termes de la *Loi sur les Indiens*<sup>24</sup>». En 1940, cette loi a été modifiée pour contenir une règle exigeant que la personne possède au moins un quart de sang indien pour être considérée comme métisse<sup>25</sup>

La principale recommandation de la Commission Ewing consistait en l'établissement de peuplements ruraux métis semblables à

des réserves, qu'on a appelés à l'origine et par ironie, des colonies. Cette mesure est quelque peu surprenante, puisque le mandat de la Commission consistait à aborder les problèmes de la population métisse dans la province, c'est-à-dire les résidents métis qui vivaient dans la pauvreté. Il y a lieu ici de répéter intégralement un commentaire portant sur l'ambiguïté du traitement des Métis à cet égard :

[TRADUCTION] Tout au long du rapport de la Commission, le caractère unique du Métis semble se limiter à sa pauvreté, à sa mauvaise santé et à son faible niveau de scolarité. Bien entendu, les Métis n'étaient pas réellement les seuls aux prises avec ces problèmes, car bon nombre de colons blancs présentaient les mêmes lacunes [mais il ne s'agissait pas de collectivités entières]. Bien des gens d'ascendance mixte, indienne et blanche, n'éprouvaient pas ces problèmes. Si les Métis étaient réellement de simples victimes de la Grande Crise, leur situation pouvait être réglée par les mêmes mesures d'aide accordées aux autres citoyens. Le fait que la Commission n'ait pas recommandé qu'ils soient traités de la façon habituelle constitue au moins la reconnaissance implicite que les Métis possédaient quelque chose d'autre en commun. Les commissaires ont mentionné fréquemment la tendance des Métis à adopter un mode de vie commun. Seul ce facteur pouvait justifier la recommandation d'établir des colonies exclusives pour les Métis. Une ambiguïté nous frappe ici : les Métis sont caractérisés à la fois comme peuple ordinaire et spécial. Il est clair que les commissaires, même s'ils s'opposaient farouchement à l'octroi d'un statut spécial aux Métis à l'instar des Indiens, n'avaient d'autre choix que d'admettre le caractère unique des Métis. Cette ambiguïté est mise en évidence : d'une part, les Métis ne devaient pas être forcés à se joindre aux peuplements mais, d'autre part, ils ne pourraient se prévaloir d'aucune autre aide de l'État s'ils ne le faisaient pas<sup>26</sup>

Par conséquent, les Métis ont été traités par la province plus ou moins de la façon dont les Indiens avaient été traités par le gouvernement fédéral : ils représentaient un groupe distinct sur le plan culturel et racial, qui devait donc faire l'objet d'un traitement spécial, notamment être dotés d'une assise territoriale distincte puisqu'ils vivaient fréquemment dans des collectivités séparées des réserves

indiennes et des colonies non autochtones. Par ailleurs, ils étaient également traités comme des Indiens non inscrits ou hors réserve, car ils ne recevraient d'attention spéciale que s'ils résidaient dans les collectivités distinctes approuvées par le gouvernement.

### *Le phénomène des populations mixtes*

Il n'est pas évident de cerner la source d'une si grande confusion sur cette question. Étymologiquement, «Métis» signifie simplement «mixte» et le terme est défini comme suit dans *Le Petit Robert*<sup>27</sup> :

1. Vx. Qui est mélangé; qui est fait moitié d'une chose, moitié d'une autre.
2. (Metice, 1615; du port. de même orig.) Qui est issu du croisement de races, de variétés différentes dans la même espèce. Dont le père et la mère sont de races différentes.

Une fois qu'il y a eu croisement, le caractère métis ne disparaît jamais, même chez les enfants des unions subséquentes. Toutefois, le mariage entre Métis crée une identité distincte et un nouveau peuple, voire une nouvelle race selon certains.

Dans les dictionnaires anglais, un Métis est une personne de «sang mêlé<sup>28</sup>». L'histoire appuie ces définitions. En effet, les termes «Métis» et «sang-mêlé» étaient généralement utilisés au XIX<sup>e</sup> siècle par les Euro-Canadiens de l'Est pour décrire les personnes de sang mêlé, indien et blanc<sup>29</sup>. Certains auteurs soulignent que le terme «Metis» en anglais apparaît pour la première fois dans ce qui constitue actuellement le Manitoba pour désigner des personnes d'ascendance mixte, française et indienne, tandis que le terme *half-breed* était réservé aux personnes d'autres ascendances mixtes européennes (surtout anglaise ou écossaise) et indiennes<sup>30</sup>.

On retrouve des personnes de sang mêlé ailleurs qu'au Canada, comme en témoigne le terme *Mestizo*, qui est l'équivalent espagnol de «Métis» et qui désigne les populations mixtes de l'Amérique centrale et

de l'Amérique du Sud<sup>31</sup> Aux États-Unis, il y a toujours eu des *half-bloods*, mais il ne s'agissait habituellement pas d'une population distincte de bandes ou de tribus indiennes comme au Canada, sauf à un degré limité dans le Montana et le Dakota du Nord. De fait, tout au long de l'histoire américaine, les *half-bloods* ont souvent joué un rôle dans les affaires internes des tribus<sup>32</sup>

Le phénomène des ascendances mixtes ne se limite pas non plus aux Amériques, car une première étude comparative de l'Ouest canadien et des colonies sud-africaines révèle l'existence de plusieurs groupes «hybrides» ou «métis» dans le sud de l'Afrique<sup>33</sup>. Bien qu'elles soient généralement connues sous le nom de *Basters*, ces personnes se sont vu répartir en diverses catégories selon leur mode de vie : *Griquas*, *Berganaars* et *Orlams*. L'évolution politique de ces groupes du continent sud-africain permet de dégager certains parallèles surprenants avec celle des Métis des Prairies canadiennes, y compris une série de soulèvements contre les autorités coloniales africaines au début du siècle.

Le terme Métis apparaît pour la première fois dans les ouvrages historiques canadiens pour désigner la population mixte de l'ouest du Canada. C'est ce que les historiens appellent souvent la «nation métisse» associée à la traite des fourrures et à la création de la province du Manitoba en 1869-1870. En raison de l'importance historique de l'émergence d'une population métisse relativement vaste et distincte dans l'ouest du Canada au XIX<sup>e</sup> siècle et à cause du rôle central joué par Louis Riel dans les deux conflits avec l'État canadien, on a eu tendance bien naturellement à associer le terme Métis seulement à la nation métisse, à l'entrée du Manitoba dans la Confédération ainsi qu'à la répartition subséquente des terres en vertu de la *Loi de 1870 sur le*

*Manitoba*<sup>34</sup> puis de la *Loi des terres fédérales*<sup>35</sup> aux personnes de sang mêlé qu'on présumait rattachées à la nation métisse.

Certains auteurs, plus particulièrement bon nombre de Métis de l'est du Canada, s'opposent à cette frontière occidentale traditionnelle et au recours au commerce des fourrures pour expliquer les origines des Métis. Ils s'attachent plutôt à la présence de personnes et de groupes d'origine mixte depuis l'arrivée des premiers explorateurs et colons européens<sup>36</sup>. Les écrits d'un des pionniers français en Acadie mentionnent les enfants issus des rapports entre les femmes micmaques et les marins français<sup>37</sup>. Des auteurs plus récents soulignent l'existence d'une collectivité métisse distincte, dès 1650, dans ce qui est actuellement la Nouvelle-Écosse<sup>38</sup>. La présence d'un nombre notable de personnes d'ascendance mixte chez les Indiens de l'Ontario et dans au moins une collectivité distincte qui leur est propre est aussi mentionnée dans des comptes rendus portant sur les traités du XIX<sup>e</sup> siècle pour cette province<sup>39</sup>. Il existe une population autochtone distincte dans le sud du Labrador ayant choisi très clairement et sciemment de s'identifier comme métisse et de former la Labrador Metis Association en vue de promouvoir ses intérêts politiques et juridiques, y compris une revendication territoriale globale au cours des dernières années. Voilà qui dénote une réalité à la fois historique et contemporaine du caractère «métis» bien éloignée des colonies de la rivière Rouge et du territoire de la nation métisse.

Même dans les coins reculés des provinces de l'Ouest et dans les territoires du Nord, il existe des collectivités d'ascendance mixte dont les membres se disent métis, sans pourtant avoir aucun lien avec la nation métisse des débuts du Manitoba et de la Saskatchewan. Un grand nombre de ces personnes ont adhéré à des traités comme membres de bandes indiennes durant la négociation des traités n<sup>os</sup> 5, 8, 10 et 11 ou ont reçu des certificats d'argent, ou encore y avaient droit à titre de

«Métis» en vertu de la *Loi des terres fédérales*. Il est évidemment possible que des Métis, en tant qu'individus, aient été visés par les autres traités numérotés des provinces des Prairies. Des personnes métisses de la Colombie-Britannique s'identifient aussi comme telles sans avoir aucun rapport avec ces événements.

#### *Commentaires des auteurs sur l'identité métisse*

Nombreux sont les auteurs modernes qui ont tenté de résoudre l'énigme de l'identité métisse. Donald Purich, dans son livre publié en 1988, *The Metis*, souligne que ce terme est utilisé de trois différentes façons : pour désigner tous les peuples autochtones qui ne sont ni des Indiens inscrits ni des Inuit; pour désigner toutes les personnes de sang mêlé, même celles qui sont issues de mariages mixtes modernes; pour décrire les descendants des Métis dont les origines peuvent remonter jusqu'à la rivière Rouge au début des années 1800<sup>40</sup>. À son avis, le premier emploi est incorrect, puisqu'il vise principalement des Indiens non inscrits qui, contrairement aux Métis, désirent acquérir le statut d'Indien aux termes de la *Loi sur les Indiens* et se perçoivent davantage en fonction de leur origine indienne particulière. Le deuxième serait acceptable dans la mesure où ces personnes s'identifient comme des Métis et sont reconnues à ce titre par une organisation métisse. L'histoire et les luttes actuelles du troisième groupe sont le sujet de la majeure partie de son ouvrage, ce qui laisse clairement entendre que, pour lui du moins, les Métis de la rivière Rouge et leurs descendants sont ceux qui peuvent le plus légitimement prétendre au titre.

Thomas Flanagan<sup>41</sup> et Bryan Schwartz<sup>42</sup> croient à l'existence de deux populations : les membres qui ont une ascendance mixte indienne et non indienne, d'une part, et les descendants de la nation métisse de l'ouest du Canada, d'autre part. Selon Flanagan, aux fins du titre ancestral, seule une définition légale suffira; il semble croire que la

seule qui soit disponible figure dans la *Metis Betterment Act*, qui désigne comme métis quiconque possède au moins un quart de sang indien et qui n'est pas un Indien inscrit<sup>43</sup> Douglas Sanders convient que les Métis sont différents de la population mixte plus large qu'il caractérise comme des Indiens non inscrits. Il associe également le terme Métis à la nation métisse des débuts du Manitoba et trouve la seule définition légale de Métis dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et la *Loi des terres fédérales*, qui contiennent des promesses du législateur à l'endroit des Métis<sup>44</sup> William Pentney est en général d'accord avec ces énoncés, mais inclurait dans cette définition ceux qui avaient le droit de recevoir le certificat d'argent mais qui ne s'en sont pas prévalus, ainsi que leurs descendants actuels<sup>45</sup> Il est toutefois important de ne pas oublier que l'approche de Sanders et Pentney laisse croire à une plus grande certitude qu'il n'en existe en réalité, puisque les textes législatifs en question offrent seulement des indices limités quant aux personnes admissibles à des terres ou à des certificats d'argent.

Dans un article plus récent, Catherine Bell examine la question à la lumière du paragraphe 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Elle souligne qu'un certain nombre de termes ont été utilisés tout au long de l'histoire du Canada pour désigner les habitants autochtones, et que la fragmentation de la terminologie à cet égard est en partie attribuable aux définitions légales et administratives visant divers groupes autochtones créées par des textes législatifs fédéraux régissant les Indiens et des programmes fédéraux d'aide aux autochtones. En outre, d'autres divisions sont imputables au refus, par les autorités fédérales, d'assumer leur responsabilité envers les Métis et les Indiens non inscrits<sup>46</sup> Compte tenu de la nature politique de la terminologie utilisée actuellement et de son morcellement, Catherine Bell a établi cinq grandes catégories de personnes qui pourraient être définies comme métisses :

1. une personne qui possède du sang indien et non indien qui n'est pas un Indien inscrit;
2. une personne qui s'identifie comme métisse et est acceptée par une collectivité issue de la nation métisse;
3. une personne qui s'identifie comme métisse et qui est acceptée par une collectivité qui se dit métisse;
4. une personne qui s'est prévalué, ou aurait pu se prévaloir, des terres accordées par la *Loi sur le Manitoba* ou la *Loi des terres fédérales*, ainsi que ses descendants;
5. les descendants des personnes exclues du régime de la *Loi sur les Indiens* en raison de leur mode de vie<sup>47</sup>

L'auteur cherche à résoudre le débat afin d'interpréter l'article 35 et s'attache aux membres des catégories 2 et 3 : les descendants de la nation métisse et les personnes liées d'une façon ou d'une autre aux collectivités métisses actuelles<sup>48</sup>

Antoine Lussier recommande la prudence lorsqu'on veut imposer aux personnes métisses du XIX<sup>e</sup> siècle des définitions et des notions modernes qui s'appuient sur une homogénéité découlant de l'existence d'un sentiment de communauté politique au fil des siècles. L'examen des écrits de certains commentateurs du XIX<sup>e</sup> siècle porte à croire que les membres anglophones et francophones de la nation métisse et les Métis de l'ouest du Canada ne constituaient pas nécessairement un groupe homogène animé par une identité commune, malgré les deux conflits qui ont opposé Louis Riel au Canada.

[TRADUCTION] Il est donc important de ne pas oublier qu'il existait un bon nombre de groupes mixtes à la rivière Rouge au XIX<sup>e</sup> siècle et que chacun était distinct sur le plan religieux, linguistique et même géographique. Écrire aujourd'hui qu'il s'agissait d'un groupe homogène revient à nier l'histoire et, fait plus important, à attribuer des caractéristiques et une communauté historique à des groupes qui ne se voyaient pas comme tels<sup>49</sup>

Par ailleurs, nombreux sont ceux qui, aujourd'hui, pourraient être considérés comme des Métis, peu importe la définition utilisée, et qui

choisissent de ne pas s'identifier de cette façon. L'approche est aussi différente selon qu'on choisit de voir seulement les Métis dans le contexte de la nation métisse de l'Ouest rattachée aux événements de la rivière Rouge ou qu'on favorise un point de vue pancanadien.

### *Indiens et Métis : une distinction fluide*

Les multiples versions de la *Loi sur les Indiens* qui sont entrées en vigueur depuis 1876 n'ont pas fait la lumière sur cette question, surtout parce que le législateur ne s'est pas arrêté sur une base cohérente pour définir ce qu'est un Indien, même pour les fins administratives limitées de cette loi. En effet, selon les années, cette définition a permis l'inclusion, par mariage ou adoption, de personnes n'ayant aucun sang indien, ce qui a eu pour résultat d'exclure assurément d'autres personnes de «pur» sang indien et, en incluant certains membres de sang mêlé (surtout sur une base patrilinéaire), a jeté le doute sur le statut des personnes d'origine mixte. D'après Douglas Sanders, les Métis n'ont pas été exclus du statut d'Indien au moment de la compilation des premières listes de membres et ne peuvent pas plus l'être aujourd'hui, sinon les réserves indiennes se videraient d'au moins la moitié de leur population<sup>50</sup>. Un certain nombre de décisions judiciaires, rendues surtout par des tribunaux inférieurs, concernant les droits de pêche et de chasse des Indiens visés par un traité ou une loi, ont porté sur cette question sans pouvoir la régler; les tribunaux ont parfois statué que la définition relativement étroite de la *Loi sur les Indiens* prévalait<sup>51</sup>, mais ils ont rendu quelquefois des décisions contraires<sup>52</sup>. Plutôt que de dissiper l'incertitude entourant la définition des Métis, les modifications apportées à la *Loi sur les Indiens* par le projet de loi C-31 en 1985 ont tenté partiellement d'éliminer la discrimination pour faire en sorte que la

loi ne soit plus incompatible avec l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cette opération n'a fait qu'ajouter à la confusion.

Bon nombre de personnes qui ont vécu toute leur vie comme métisses se sont soudainement trouvées admissibles, par le jeu du projet de loi C-31, au statut d'Indiens inscrits, en partie à cause de l'abrogation des sous-alinéas 12(1)a)(ii) et (iii). Même certains dirigeants métis ont pu s'inscrire en vertu de la *Loi sur les Indiens*, tout comme les résidents des peuplements métis de l'Alberta. Dans ce dernier cas, l'inscription a entraîné un conflit avec la définition du terme Métis dans la *Metis Betterment Act*<sup>53</sup> et les nouveaux Indiens inscrits auraient dû être expulsés des peuplements. Ce problème a été réglé superficiellement par la *Metis Settlements Act* de 1990<sup>54</sup>, puisque la définition de Métis désigne désormais une personne d'ascendance autochtone qui s'identifie avec l'histoire et la culture métisses<sup>55</sup>, ainsi que par le pouvoir décisionnel accordé au conseil du peuplement concernant les effectifs de la collectivité. Par ailleurs, le paragraphe 75(1) de la *Metis Settlements Act* exclut quiconque est inscrit en vertu de la *Loi sur les Indiens* ou est inscrit comme inuit aux termes du règlement d'une revendication territoriale (sous réserve d'une exception très limitée énoncée au paragraphe (2)<sup>56</sup>).

À la lumière du projet de loi C-31, il est donc possible pour certaines personnes qui se définissent comme métisses de s'inscrire en vertu de la *Loi sur les Indiens* et d'être considérées juridiquement comme des Indiens inscrits. Par ailleurs, d'autres Métis qui sont admissibles à l'inscription en vertu de la *Loi sur les Indiens* et qui sont, à certaines fins, considérés comme des Indiens (à cause de la définition d'Indien figurant au paragraphe 2(1) qui comprend les personnes qui ont «le droit [d'être inscrites]») peuvent choisir de ne pas être inscrits pour

des raisons personnelles ou pour éviter de perdre les avantages et les droits conférés par les peuplements métis de l'Alberta.

#### *Définition des membres des groupes autochtones*

Diverses approches ont été utilisées historiquement au Canada et ailleurs pour attribuer à certaines personnes un statut juridique qui leur est propre en vertu de leur patrimoine autochtone. Par contre, les auteurs ont accordé peu d'attention à cette question<sup>57</sup>. La plupart de ces méthodes font appel à des critères objectifs appliqués par la majorité de la société aux groupes autochtones, habituellement sans que les principaux intéressés n'y consentent véritablement ou sans qu'ils soient même consultés.

1. Pureté du sang : il était possible d'exiger simplement un pourcentage minimal de sang autochtone. Aux États-Unis, par exemple, le Bureau of Indian Affairs offre un certain nombre de services et de programmes aux «Indiens» seulement s'ils sont membres de tribus reconnues par les autorités fédérales, s'ils vivent dans les réserves fédérales ou près d'une réserve et s'ils possèdent au moins un quart de sang indien<sup>58</sup>. Cette condition a été imposée au Canada en 1869 pour qu'une personne ait droit aux sommes attribuées aux Indiens par l'*Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages*<sup>59</sup>. Elle n'a pas été conservée par la suite lorsque les diverses lois postérieures à la Confédération ont été refondues pour constituer l'*Acte des Sauvages, 1876*<sup>60</sup>.
2. Lien de parenté : il s'agit d'une norme connexe qui se rapporte aux liens familiaux avec les membres du groupe déjà reconnu ou accepté comme collectivité autochtone. La pureté du sang est moins en jeu que l'ascendance du côté du père ou de la mère, bien que les membres d'une même famille, par définition,

possèdent normalement certains liens du sang, à moins que l'appartenance familiale ne soit inférée qu'en vue de permettre l'assimilation des étrangers. Soulignons par exemple l'ancienne disposition de la *Loi sur les Indiens*<sup>61</sup> concernant les mariages mixtes, qui conférait le statut d'Indiens inscrits aux enfants de père indien et de mère non indienne, mais pas dans le cas contraire. Ainsi, bien que les enfants dans la première éventualité possèdent la même quantité de sang indien que dans la deuxième, ces derniers ne seraient pas reconnus par le législateur en qualité d'Indiens, puisque la loi utilisait un système patrilinéaire sans égard à la tradition de la nation indienne concernée.

3. Culture, mode de vie ou croyance : selon cette approche, un peuple qui partage certaines caractéristiques constitue un groupe distinct ou une communauté distincte. La pureté du sang et le lien de parenté sont moins importants que le sentiment d'appartenance marqué par certains comportements. Il peut s'agir, notamment, de la préservation de caractéristiques ou d'institutions culturelles différentes de la majorité de la société. Les Métis de la rivière Rouge offrent un exemple flagrant de cette situation : bien qu'ils possèdent manifestement un degré important de sang indien et des liens de parenté les uns avec les autres ainsi qu'avec les nations indiennes avoisinantes, c'est par leur mode de vie axé sur la chasse au bison, leur culture unique dérivée de nombreuses sources et leur sentiment d'appartenance à une communauté ou à une nation à part qui les marquaient comme groupe distinct. C'est sur la base de ce patrimoine que les Métis établissent leurs origines, mais c'est aussi précisément cet héritage culturel mixte, contenant divers éléments européens,

qui crée des difficultés, chez certains auteurs, lorsqu'il s'agit d'assimiler les Métis à des Indiens au sens constitutionnel.

4. Acceptation par un groupe autochtone : des critères sociologiques entrent en ligne de compte ici également. Il s'agit de déterminer si le groupe lui-même reconnaît la personne comme un de ses membres. Aux États-Unis, le gouvernement accordera le statut d'Indien à une personne, pour lui permettre de participer à l'entité politique souveraine représentée par la tribu sous le régime des lois américaines, si elle est acceptée par la tribu en question comme un de ses membres. L'inscription en bonne et due forme sur la liste des membres de la tribu n'est pas une condition nécessaire : selon le code de la tribu, cette approche peut souvent permettre d'inclure les personnes qui possèdent un pourcentage relativement restreint de sang indien. L'acceptation par la communauté est un élément essentiel des régimes en place en Nouvelle-Zélande et en Australie, où il est nécessaire qu'une personne s'identifie à un groupe aborigène et qu'elle possède un degré indéterminé de sang indigène.

Comme nous l'avons déjà souligné<sup>62</sup>, durant les négociations des traités Robinson-Supérieur et Robinson-Huron au Canada, les chefs indiens ont demandé que les avantages conférés par les traités soient étendus aux Métis qui vivaient parmi eux, et les négociateurs coloniaux les ont laissés décider du mode et du degré de participation des Métis. En d'autres termes, si la bande les acceptait comme membres, le gouvernement ne s'opposerait pas et les traiterait de la même manière que les autres.

5. Reconnaissance comme autochtone par la majorité : il s'agit en réalité d'une approche semblable à la précédente, puisqu'elle consiste à déterminer si la majorité reconnaît une personne comme membre d'un groupe différent. C'est la reconnaissance

de l'existence d'autres personnes qui forment collectivement un groupe distinct. Ce principe sous-tend parfois le racisme et certaines formes de nationalisme.

Même si cette approche entraîne souvent, mais pas toujours, des conséquences déplaisantes, il ne faut pas l'écarter d'emblée.

C'est à cette conscience de la différence entre la majorité et les Indiens que les organismes nationaux autochtones ont fait appel récemment pour obtenir la reconnaissance constitutionnelle des peuples autochtones comme sociétés distinctes, visées par un régime juridique qui leur est propre et leur permettant de protéger cette différence.

6. Désignation expresse : il s'agit de la reconnaissance d'un statut spécial en vertu d'un critère quelconque à une date donnée, assortie de l'impossibilité d'obtenir le statut en question après cette date sauf peut-être par une ascendance directe. L'exemple le plus connu serait le système d'inscription établi par les modifications apportées en 1951 à la *Loi sur les Indiens* : les listes des bandes existantes ou la liste générale en vigueur au moment de l'entrée en vigueur de la loi sont devenues le registre (soumis à des vérifications, à des corrections et à des protestations) des membres désignés du groupe que les autorités fédérales étaient prêtes à reconnaître comme des Indiens inscrits<sup>63</sup>
7. Identification individuelle : contrairement aux autres approches, l'identification individuelle constitue un critère subjectif sur lequel la personne concernée doit s'appuyer pour déterminer si elle fait partie ou non d'un groupe ou d'une communauté qui se trouve à l'écart des autres dans une société donnée. La conscience de l'appartenance à un groupe est la pierre angulaire de cette approche. Le gouvernement fédéral s'est fondé sur

l'identification individuelle par le passé en encourageant les membres d'ascendance mixte, et parfois non mixte, des bandes indiennes visées par certains traités numérotés à renoncer aux droits qui leur sont conférés en qualité d'Indiens par les traités en question de manière à s'identifier comme métis et, par conséquent, à se prévaloir des certificats d'argent<sup>64</sup>

Aujourd'hui, c'est sur l'identification en tant qu'autochtone que se fonde le droit de bénéficier d'une gamme de programmes fédéraux destinés aux autochtones, notamment ceux qui sont offerts par la Société canadienne d'hypothèques et de logement aux autorités autochtones du logement, ainsi que les services offerts par les centres d'amitié financés par le Secrétariat d'État, les avantages comme l'entrée au programme Accès aux études de droit pour les autochtones offert par le ministère de la Justice, les possibilités d'emploi au sein de la fonction publique fédérale par l'entremise de la Commission de la fonction publique. C'est le cas également de nombreux programmes mis en oeuvre ou autorisés par les gouvernements provinciaux.

Au Canada, les autorités coloniales puis fédérales ont eu recours depuis 1850 à la plupart des approches énumérées ci-dessus afin de désigner les personnes dont elles étaient prêtes à assumer la responsabilité.

Aucun critère, seul ou conjugué à d'autres, n'a reçu un grand appui des peuples autochtones visés. Le gouvernement fédéral a tenté récemment, en apportant les modifications contenues dans le projet de loi C-31 en 1985, d'éliminer certains des problèmes qu'il avait créés antérieurement par la *Loi sur les Indiens*. Il n'a malheureusement pas clarifié les approches incohérentes et, de fait, peut même avoir suscité de nouveaux problèmes<sup>65</sup>

### *Le modèle australien*

Il ne nous appartient pas ainsi de résoudre le débat une fois pour toutes. Il est clair que le terme Métis englobe désormais un plus grand nombre de gens habitant une région géographique plus vaste que les Métis francophones et catholiques de la région de la rivière Rouge au Manitoba. Il désigne aussi les personnes d'ascendance mixte de cette région, qu'on appelait à l'origine des «sang-mêlé» ou *half-breeds*, de même que celles qui se sont prévaluées ou auraient pu se prévaloir des certificats d'argent en vertu de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et de la *Loi des terres fédérales*. Il doit aussi viser les descendants de toutes ces personnes. Il devrait logiquement s'attacher à celles qui vivent dans les peuplements métis albertains en tant que Métis, qu'elles soient ou non descendantes des bénéficiaires des certificats d'argent. En outre, au risque d'être critiqués par les puristes ainsi que par de nombreux Métis de l'Ouest, et parce que l'origine du terme désigne essentiellement les personnes d'ascendance mixte, nous présumons ici que le terme Métis pourrait faire référence non seulement aux membres de la nation métisse, mais aussi à toute personne d'ascendance mixte, indienne et non indienne, de tout le Canada, peu importe ses origines historiques. C'est uniquement de cette façon, par exemple, qu'on peut désigner par le terme Métis certains des Métis des Territoires du Nord-Ouest, qui sont largement reconnus et acceptés à ce titre dans les négociations relatives aux revendications territoriales ou aux accords récemment conclus à cette fin avec le gouvernement du Canada et les autorités territoriales. Selon une décision rendue récemment par un tribunal inférieur saisi de cette question, il semble qu'un Métis, aujourd'hui, puisse être toute personne possédant du sang autochtone qui se considère comme métisse<sup>66</sup>

Catherine Bell présente un solide argument lorsqu'elle souligne l'importance de la vie métisse collective, de l'identification comme

Métis et de l'acceptation dans la collectivité. L'expérience australienne offre peut-être un point de référence utile dans le débat entourant la définition. Même si les règles de droit et les politiques relatives aux droits des aborigènes sont moins élaborées en Australie qu'au Canada et aux États-Unis, la nécessité d'une définition de ce qu'est un «aborigène» a depuis longtemps fait surface. Les autochtones eux-mêmes ont établi une définition en trois volets qui a rapidement obtenu la faveur des autorités australiennes. Ainsi, pour être considérée comme aborigène par le législateur australien, une personne doit : 1) être d'ascendance aborigène; 2) s'identifier comme aborigène; et 3) être acceptée par la collectivité aborigène comme un de ses membres<sup>67</sup> Cette description a également servi à inclure les insulaires autochtones du détroit de Torres. Les Maoris de la Nouvelle-Zélande ont, pour se décrire eux-mêmes, adopté une approche similaire reconnue par le gouvernement dans ses lois, politiques et programmes. Dans les deux cas, les tribus ou groupes régionaux continuent de jouer un rôle important en ce qui concerne les droits sur les terres et les ressources ainsi qu'à l'égard de la culture et de la langue.

Certains ont suggéré qu'un critère semblable soit utilisé au Canada pour déterminer qui pourrait être considéré comme un Métis aux fins constitutionnelles. Il doit s'agir d'une personne d'ascendance mixte, indienne et non indienne (ou inuit et non inuit dans le cas du sud du Labrador), peu importe les origines historiques ou géographiques du caractère mixte. Cette personne doit aussi s'identifier comme métisse. Elle doit surtout être acceptée par une communauté qui se dit métisse et accepter d'en faire partie<sup>68</sup> Cette communauté peut être urbaine ou rurale et se trouver n'importe où au Canada, de sorte qu'elle ne doit pas nécessairement faire partie de la nation métisse moderne. Elle doit cependant servir à véhiculer l'identité collective des Métis au Canada de manière à permettre à la collectivité métisse et à ses membres de se dire

métis en 1993. Soulignons également qu'une approche pancanadienne ne signifierait pas que toutes les collectivités métisses jouiraient des mêmes droits juridiques, pas plus que l'utilisation du terme Indien d'un océan à l'autre sous-entend que tous les peuples indiens possèdent les mêmes droits, qu'ils soient ancestraux, issus de traités ou d'une autre nature. En outre, cette approche créerait probablement une distinction entre ceux qui s'affilient à la nation métisse des Prairies et ceux qui possèdent une histoire différente et une vision de l'avenir qui leur est propre. Dans les deux cas, toutefois, il revient aux Métis eux-mêmes de définir qui ils sont et quelles sont leurs aspirations.

## **LE STATUT CONSTITUTIONNEL DES MÉTIS AVANT 1982**

### *Réduction des obligations constitutionnelles du gouvernement fédéral envers les Indiens*

En 1867, le paragraphe 91(24) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* conférait au Parlement fédéral ce qui était généralement perçu, dans le milieu euro-canadien, comme une autorité législative exclusive portant sur «les Indiens et les terres réservées pour les Indiens». Cette attribution de pouvoirs est encore entourée d'une incertitude considérable<sup>69</sup>, en grande partie parce que les tribunaux ne se sont jamais prononcés sur sa portée ou son cadre précis.

Traditionnellement, du point de vue juridique, on a considéré le paragraphe 91(24) comme une simple disposition attributive de compétence qui s'apparente aux autres paragraphes des articles 91 et 92 au sens où on confère au Parlement un domaine exclusif de compétence. Depuis quelques années, une autre approche a été vigoureusement mise de l'avant par certains dirigeants autochtones. Ils affirment que le rôle du paragraphe 91(24) consiste à désigner la Couronne du chef du Canada comme étant à la fois la partie indiquée pour négocier des

traités avec les nations autochtones et le principal obligé envers les peuples autochtones. Selon cette approche, le pouvoir évident de légiférer qui est conféré au gouvernement fédéral par le paragraphe 91(24) est restreint par des facteurs qui n'ont rien à voir avec le libellé de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* de 1867, de telle sorte que ce pouvoir est ni exclusif ni totalement discrétionnaire. Cette distinction entre responsabilité et compétence est examinée plus loin de même que l'importante obligation de fiduciaire.

Le Parlement ne s'est jamais prévalu de la pleine mesure de sa compétence apparente pour légiférer quant au territoire visé par l'expression «terres réservées pour les Indiens», au sens large où l'entend la *Proclamation royale de 1763* (comparativement aux réserves visées par la *Loi sur les Indiens*), ou quant à toutes ces personnes qui pourraient être des «Indiens» au sens de la Constitution. En fait, le législateur a plutôt interprété le terme «terres» de façon restrictive et il a créé deux groupes distincts d'Indiens pour répondre à des exigences administratives : ceux reconnus comme des Indiens et inscrits comme tels en vertu de la *Loi sur les Indiens* et ceux qui ne le sont pas. Même si le législateur a régulièrement déplacé la ligne de démarcation qui distingue ces deux groupes en modifiant la définition du terme Indien qui est énoncée dans la *Loi sur les Indiens*, les autorités fédérales ont généralement considéré que seuls les membres du premier groupe sont visés par la compétence législative exclusive conférée au Parlement en matière d'Indiens sous le régime du paragraphe 91(24).

En 1974, le pouvoir du Parlement de distinguer différentes catégories d'Indiens a été traité de manière superficielle par le juge Ritchie dans l'arrêt *P.G. du Canada c. Lavell*<sup>70</sup>. Le juge Beetz a eu l'occasion de se pencher un peu plus longuement sur cette question deux ans plus tard dans l'arrêt *P.G. du Canada c. Canard*<sup>71</sup>. Dans cette

affaire, le tribunal s'est demandé si les dispositions législatives particulières relatives aux biens qui sont prévues par la *Loi sur les Indiens* contrevenaient à la *Déclaration canadienne des droits* parce qu'elles donnent lieu à de la discrimination fondée sur la race. Le juge Beetz a déclaré que cette classification était essentiellement de nature raciale<sup>72</sup> :

En employant le mot «Indien» dans l'art. 91(24), l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* [...] crée une catégorie raciale et il vise un groupe racial pour lequel il envisage la possibilité d'un traitement particulier. Il ne définit pas le terme «Indien», ce que le Parlement peut faire dans les limites de la Constitution en décrétant les normes appropriées. Parmi ces normes, il n'apparaîtrait pas déraisonnable d'inclure le mariage et la filiation et, inévitablement, les mariages entre Indiens et non-Indiens, à la lumière soit des coutumes et des valeurs indiennes [...], soit de l'historique de la législation [...]

Il affirme donc que la compétence en matière d'Indiens énoncée au paragraphe 91(24) «ne pourrait être effectivement exercée sans que le Parlement possède implicitement le pouvoir nécessaire de déterminer qui est un Indien et qui ne l'est pas et de quelle façon le statut d'Indien est acquis ou perdu». Par conséquent, le Parlement peut établir «des distinctions de nature telle qu'elles puissent raisonnablement être considérées avoir été inspirées au législateur par un but législatif légitime» dans la mesure où les normes pertinentes sont «dans les limites de la Constitution<sup>73</sup>». Le juge Beetz n'a toutefois pas donné plus de précisions sur la nature de l'objectif légitime ou des limites constitutionnelles qu'il a mentionnés.

Ces déclarations appellent deux commentaires. Tout d'abord, l'accent mis sur la race doit viser la descendance par le sang. C'est d'ailleurs ainsi que le juge Beetz considère que la compétence visée au paragraphe 91(24) a été conférée au Parlement en premier lieu. En effet, à son avis, les distinctions fondées sur le mariage et la filiation ont par

la suite été adoptées à seule fin d'administrer efficacement cette attribution initiale de compétence législative. Toutefois, ces distinctions ne peuvent servir à déterminer si, à l'origine, il existait une telle compétence puisqu'il s'agit là d'une question qui relève exclusivement des tribunaux. Le juge Beetz laisse entendre que cet exercice doit se fonder sur la race, mais il ne s'arrête pas sur l'autre approche possible voulant que le terme Indiens vise les groupements politiques de personnes distinctes qui sont autonomes. En d'autres termes, lorsqu'il exerce la compétence législative qui lui vient de la Constitution, le Parlement ne peut restreindre sa compétence initiale ni autrement s'en écarter. Il bénéficie uniquement de la liberté de ne pas l'exercer aussi pleinement qu'il le pourrait.

L'anomalie qu'engendre l'existence de deux populations d'Indiens de souche, une relevant du régime fédéral et l'autre probablement pas, n'a jamais été contestée avec succès à cause de l'opinion qui existe au sujet de la nature de la compétence législative du Parlement. Selon ce point de vue, le Parlement a une autorité suprême et n'a donc aucune obligation morale, juridique ou politique de légiférer dans la pleine mesure de sa compétence constitutionnelle, peu importe le domaine visé. C'est un fait bien connu que, eu égard aux questions relatives aux Indiens, les tribunaux ont dû pousser le Parlement à agir même lorsqu'il était tout à fait évident que des mesures législatives ou autres prises en vertu de sa compétence constitutionnelle étaient nécessaires. À ce propos, M. Bryan Schwartz signale que de façon générale, une disposition attributive de compétence prévue dans la *Loi constitutionnelle de 1867* équivaut à une autorisation légale d'exercer un pouvoir; elle permet au Parlement de prendre des mesures à l'égard des personnes, mais elle n'exige pas que ces mesures soient prises *en faveur* de celles-ci<sup>74</sup>

Par exemple, dans l'arrêt *Re Eskimos*<sup>75</sup>, même si les avocats de la Couronne fédérale étaient d'avis que les Inuit (alors appelés Esquimaux) étaient effectivement des «Indiens» pour l'application du paragraphe 91(24), le gouvernement fédéral s'est continuellement opposé aux arguments présentés par le Québec à cet effet jusqu'à ce que la Cour suprême du Canada confirme ce point de vue après plusieurs années de préparation par les parties en cause<sup>76</sup>. Plus récemment, à l'occasion de l'arrêt *Calder c. P.G. de la C.-B.*<sup>77</sup>, le gouvernement fédéral a attendu que la Cour suprême lui signale que les Indiens avaient effectivement des biens susceptibles de faire l'objet de traités pour exercer sa compétence constitutionnelle exclusive et rétablir le processus actuel de négociation des traités (dans le cadre de la politique visant à régler les revendications globales annoncée en août 1973)<sup>78</sup>. Les exemples pourraient se multiplier; le fait est que le gouvernement fédéral s'est rarement prévalu de sa compétence constitutionnelle à l'égard des Indiens à moins d'y être poussé par les événements, les tribunaux ou son propre intérêt.

La tendance générale observée au fil des ans confirme cette constatation : elle montre une série de tentatives visant à restreindre la portée des obligations fédérales à l'égard des Indiens. Cette tendance se révèle de plusieurs façons<sup>79</sup>. En premier lieu, les autorités fédérales ont simplement refusé de reconnaître qu'elles avaient une compétence législative à l'égard de certains groupes d'autochtones. Comme nous l'avons déjà mentionné, ce n'est qu'en 1939 que les Inuit ont été acceptés au nombre des personnes relevant de la compétence fédérale. Malgré la décision rendue par la Cour suprême, et bien que la portée de certains programmes particuliers et de certaines reconnaissances législatives ait été étendue aux Inuit, le Parlement a choisi de ne pas adopter de mesures législatives favorisant ou protégeant les droits et les intérêts de ces derniers.

En deuxième lieu, le gouvernement fédéral a réduit la population d'Indiens visés par le paragraphe 91(24), à l'égard desquels il consent à exercer sa compétence législative. Il y est arrivé de différentes manières dont voici les plus courantes : il a omis de recenser adéquatement tous les Indiens qui devaient être inscrits dans toutes les parties du pays (par exemple, en omettant les Indiens de Terre-Neuve et de certaines régions éloignées de plusieurs provinces), il a fait la promotion de l'émancipation volontaire et involontaire; il a exclu les Indiens qui ont obtenu des certificats d'argent en vertu de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et de la *Loi des terres fédérales*; et il a défini le terme Indien de façon encore plus restrictive dans la *Loi sur les Indiens*<sup>80</sup>. Ces mesures ont non seulement permis de diminuer les dépenses de nature pécuniaire, mais également de réduire l'obligation d'offrir d'autres terres aux Indiens pour qu'ils puissent subvenir aux besoins d'une population croissante vivant sur des terres réservées dont la superficie est limitée.

Une autre méthode utilisée par les autorités gouvernementales a consisté à ignorer ou à différer l'exécution de leur obligation de fournir des terres aux Indiens qui bénéficient de ce statut sous le régime des règles fédérales. Comme nous l'avons signalé, l'obligation légale de régler les revendications territoriales fondées sur un titre ancestral a été ignorée pendant des décennies par le gouvernement fédéral jusqu'à ce que les tribunaux l'obligent à agir en 1973. Le défaut d'attribuer la superficie de terres convenue dans les cas où un traité de cession a été signé (au point où la Couronne pourrait maintenant ne pas avoir suffisamment de terres inoccupées dans les régions du sud des Prairies pour respecter entièrement les revendications territoriales fondées sur des droits issus de traités) est un autre exemple. De même, le gouvernement fédéral a refusé de négocier ou de régler d'une autre façon certaines revendications territoriales précises jusqu'à ce qu'il s'y sente forcé par la pression politique exercée sur lui après la publication

du Livre blanc de 1969. Il faut signaler que le succès mitigé qu'il a connu dans le règlement de ces revendications au cours des 24 dernières années a simplement exacerbé le problème. Même lorsque des traités ou leur variante actuelle, les revendications globales, ont été négociés, des retards considérables ont été occasionnés, en partie à cause de l'insistance du gouvernement fédéral pour que les provinces participent à toutes les étapes du processus<sup>81</sup>

En outre, le gouvernement fédéral a même tenté de transférer aux provinces son obligation de fournir des services aux Indiens inscrits. Par exemple, lorsque des pensionnats ont commencé à fermer leurs portes dans les années 60, le gouvernement fédéral n'a initialement pris aucune mesure pour dédommager les provinces de l'afflux d'un grand nombre d'enfants indiens dans le système scolaire provincial. De même, les provinces ont dû attendre longtemps avant d'être dédommagées pour le fardeau additionnel imposé à leur système de protection de l'enfance. Ce n'est qu'après avoir subi les pressions constantes exercées par les provinces que les autorités gouvernementales fédérales ont enfin consenti à conclure des ententes de partage des coûts pour ces services et d'autres services connexes. La mise sur pied de solutions de rechange — tant à l'ancien système fédéral qu'au système provincial — dont la responsabilité incomberait aux premières nations, n'a même pas été considérée. La position actuelle du gouvernement fédéral consiste à affirmer qu'il n'a aucune obligation et que sa responsabilité, qu'il prétend généralement avoir assumée de façon volontaire, s'arrête en grande partie aux limites des réserves. Par conséquent, on estime que les Indiens inscrits vivant hors des réserves de même que les Indiens non inscrits relèvent essentiellement de la responsabilité des provinces.

La principale tentative du gouvernement fédéral pour restreindre le mandat que lui confère le paragraphe 91(24) a été de se retirer complètement de ce domaine de compétence. S'il avait été mis en

oeuvre, le Livre blanc de 1969 aurait eu exactement le même effet. Dans les faits, les Indiens inscrits auraient été considérés à presque tous les égards comme des résidents provinciaux, au même titre que les Indiens non inscrits et les Métis, et la responsabilité des autorités fédérales se serait limitée aux mesures nécessaires pour faciliter la transition des pouvoirs fédéraux. Il n'y aurait alors plus eu d'Indiens d'aucune sorte assujettis à la compétence législative énoncée au paragraphe 91(24). Cette compétence constitutionnelle aurait donc été «épuisée», de sorte que tous les arguments invoqués pour déterminer si certaines catégories de personnes tombent ou non sous le coup de la compétence constitutionnelle fédérale n'auraient eu d'intérêt que sur le plan théorique, sauf bien sûr pour les personnes directement touchées.

Bref, par la pratique qu'il a adoptée depuis la Confédération, le gouvernement fédéral tend à restreindre ses responsabilités ou à s'y soustraire, même lorsque l'obligation d'assumer ces responsabilités est manifeste. Cette situation est demeurée inchangée même après l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En fait, la volonté de restreindre les paiements de transfert versés aux provinces s'affermirait avec le déficit croissant auquel est confronté le gouvernement fédéral. Et l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'a pas amélioré les choses. Le gouvernement fédéral prétend que cette disposition a même réduit le champ de compétence que lui confère le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* puisqu'il ne peut plus adopter de mesures législatives qui entrent un tant soit peu en conflit avec les droits protégés par l'article 35<sup>82</sup>. De plus, l'accent mis sur la nécessité que les provinces participent aux débats portant sur les Indiens va au-delà du domaine des traités et des revendications territoriales. Aujourd'hui, les négociations relatives à l'autonomie gouvernementale qui se fondent sur la collectivité et se déroulent dans le cadre des réserves, de même que les projets entrepris de concert avec les Premières nations visées par la

*Loi sur les Indiens* concernant la police locale et la justice pénale, sont habituellement tripartites, au moins dans une certaine mesure. Comme elles deviennent formellement parties aux ententes conclues, en particulier lorsque ces ententes prévoient l'adoption de mesures législatives provinciales ou que de telles mesures sont effectivement adoptées après la conclusion de l'entente, les provinces obtiennent l'accès à des domaines de compétence fédérale<sup>83</sup>. Cette approche a pour effet de restreindre les obligations du gouvernement fédéral, à tout le moins sur le plan pécuniaire, en fonction de la mesure dans laquelle on reconnaît l'autorité dévolue à la province ou des obligations que cette dernière assume de son propre chef (par exemple, l'entente relative aux services sociaux intervenue en Alberta en 1991 et qui vise tous les Indiens inscrits de la province peu importe leur lieu de résidence). La façon dont les tribunaux ont interprété le paragraphe 91(24) a contribué à ce transfert d'autorité au même titre que la reconnaissance, par les politiciens provinciaux, de l'ampleur des crises socio-économiques qui existent dans un nombre inquiétant de réserves.

À bien des égards, les pratiques du gouvernement fédéral après la Confédération en ce qui concerne les obligations décrites plus haut envers les Indiens ne sont que la continuation d'une politique adoptée par les autorités coloniales de la Province du Canada seulement quelques années avant la Confédération. À cette époque, les politiques officielles tendaient à restreindre les obligations envers les Indiens en diminuant le nombre de ces derniers et à réduire le territoire qui leur restait. On arrivait ainsi à libérer des terres indiennes pour favoriser la colonisation par les Blancs. Auparavant, bien sûr, la politique britannique officielle appliquée depuis la *Proclamation royale de 1763* consistait à traiter les bandes indiennes essentiellement comme autant de groupes bénéficiant de l'autonomie gouvernementale et faisant partie de «nations ou tribus indiennes» souveraines, alliées à la Couronne, et dont les terres devaient

être protégées des occupants illégaux et des spéculateurs territoriaux de race blanche. Ce changement fondamental de politique s'est traduit par deux mesures : l'instauration du système des réserves, et l'adoption, au début de l'époque coloniale, de divers textes législatifs qui visaient à protéger les terres indiennes des entrées abusives et des saisies pour dettes tout en conservant l'exigence de la doctrine du titre ancestral selon laquelle les terres ne peuvent être vendues ou données qu'à la Couronne<sup>84</sup>

Au début des années 1800, on a quelque peu changé l'objectif initial de sorte qu'il englobe l'idée de préparer les Indiens à participer au système économique occidental qui se faisait jour puisque leurs moyens de subsistance, autres que la pêche, étaient en voie d'être détruits par la colonisation. Généralement, la plupart des collectivités indiennes de la partie sud du Haut-Canada, qui voyaient disparaître leur capacité de maintenir leur économie traditionnelle avec l'arrivée massive des loyalistes et des nouveaux colons européens, ont coopéré volontiers à l'établissement de cette nouvelle orientation. C'était d'ailleurs ce qu'on entendait par «civiliser les Indiens» : leur enseigner à s'adapter aux Européens sans que ces derniers ne fassent aucune concession. Toutefois, peu après, cet objectif a dû céder le pas à une autre idéologie suivant laquelle les Indiens devaient être totalement assimilés à la société dominante. Les partisans de cette opinion étaient notamment motivés par le besoin pressant de trouver des terres dans ces parties du Haut et du Bas-Canada. En effet, il y avait encore des territoires relativement grands qui, selon le système des réserves, ne pouvaient servir qu'aux Indiens<sup>85</sup> Les principales méthodes choisies pour procéder à l'assimilation des Indiens ont été l'émancipation et l'attribution de terres à des individus.

Les dispositions relatives à l'émancipation prévues dans les différents textes législatifs à partir de 1857 représentent un changement

radical des orientations prônées par les autorités coloniales, et plus tard par les autorités fédérales, quant à l'existence des collectivités indiennes qui bénéficient de l'autonomie gouvernementale et qui ont la possession collective de leurs terres. On s'est servi de l'émancipation et du morcellement des terres réservées, détenues collectivement, en parcelles attribuées individuellement à des Indiens émancipés pour tenter délibérément de miner les valeurs qui cimentaient les bandes et les collectivités indiennes et ainsi hâter leur assimilation. Il est bien possible qu'on se soit inspiré des mesures analogues prises aux États-Unis, où l'attribution de terres était utilisée comme une façon de mettre fin à l'existence des tribus<sup>86</sup>

Cette nouvelle stratégie a débuté en 1857 avec le premier des textes législatifs en matière d'émancipation : l'*Acte pour encourager la Civilisation graduelle des Tribus Sauvages en cette Province, et pour amender les Lois relatives aux Sauvages*<sup>87</sup> Jusqu'à tout récemment, les dispositions de ce texte législatif relatives à l'émancipation volontaire sont demeurées pratiquement inchangées d'une loi à l'autre et d'une modification à l'autre<sup>88</sup> Selon la version subséquente de ce texte<sup>89</sup>, les terres attribuées à un Indien émancipé sur le territoire de la réserve étaient assorties de droits successoraux. L'émancipation obligatoire des Indiens qui devenaient médecins, avocats, enseignants ou prêtres a été introduite par l'*Acte des Sauvages, 1876*<sup>90</sup> On a modifié cette loi quatre ans plus tard afin de supprimer l'élément involontaire. En 1884, une autre modification a été apportée afin d'éliminer le droit qu'avait la bande de refuser de consentir à l'émancipation ou de refuser d'attribuer les terres visées. De nouvelles modifications ont été effectuées en 1918 de sorte que les Indiens vivant hors réserve puissent s'émanciper. Toutefois, c'est en 1920 que la modification la plus radicale a été apportée afin de permettre à nouveau l'émancipation obligatoire des Indiens. Cette disposition a été abrogée deux ans plus tard, mais elle a

été réintroduite sous une forme modifiée en 1933. Elle est demeurée en vigueur jusqu'à ce qu'on révisé la loi en profondeur en 1951.

L'émancipation obligatoire des femmes indiennes qui épousaient un homme non autochtone, un Métis ou un Indien non inscrit a été adoptée en 1869. Cette disposition a été maintenue de façon constante jusqu'à son abrogation en 1985 par le projet de loi C-31<sup>91</sup>

Par ailleurs, même le processus de négociation des traités n'a pas échappé à l'accent mis sur la réduction des obligations envers les Indiens. Selon le point de vue officiel formulé par le gouvernement canadien, ce processus lui permettait, particulièrement dans les Prairies, de poursuivre honorablement la politique historique mise de l'avant par la Grande-Bretagne, soit l'acquisition de terres détenues en vertu d'un titre indien, en ayant recours à une mesure constitutionnelle reconnue : les traités de cession de terres. Or, l'histoire de la colonisation montre que, dans les faits, la pression ainsi que la crainte d'actes de violence sont les véritables motifs ayant poussé le gouvernement à entamer le processus de négociation des traités<sup>92</sup> Cette situation est, dans une certaine mesure, à l'origine de la conclusion des traités Robinson-Huron et Robinson-Supérieur<sup>93</sup> et, de façon plus évidente, des traités numérotés signés subséquemment. Pour atteindre les objectifs visés par la politique nationale de sir John A. Macdonald, il était nécessaire de libérer des terres dans l'Ouest de façon à permettre la colonisation par des Européens ainsi que la construction d'un chemin de fer transcontinental. Les Indiens des territoires du Nord-Ouest étaient relativement nombreux et constituaient une force militaire importante. En outre, ils avaient été marqués tant par le processus de négociation des traités engagé entre les États-Unis et les tribus vivant au sud du 49<sup>e</sup> parallèle que par l'expérience des Métis du Manitoba. C'est pourquoi ils étaient bien déterminés à ne pas céder leurs terres à moins d'avoir des garanties

fermes de la part des nouvelles autorités gouvernementales; ils ont donc forcé le gouvernement à négocier avec eux<sup>94</sup>

En résumé, si les véritables politiques et pratiques adoptées par les autorités coloniales, et plus tard par le gouvernement fédéral, nous permettent de tirer une conclusion, c'est bien que les autorités compétentes non autochtones ont manifesté depuis le début une répugnance extrême à remplir leurs obligations envers les Indiens. C'est particulièrement vrai pour le gouvernement fédéral en ce qui concerne le paragraphe 91(24). Il est important d'insister sur ce point compte tenu de l'allégation voulant que 1) l'absence presque totale de mesures législatives ou autres prises par le gouvernement fédéral spécifiquement à l'égard des Métis ou des *half-breeds*, 2) la nature restreinte du petit nombre de mesures effectivement prises ainsi que 3) les refus de responsabilité formulés par certaines figures politiques historiques quant aux obligations du gouvernement fédéral envers les Indiens et les Métis témoignent de l'absence de compétence fédérale à l'égard de ces derniers, qui ne seraient pas des Indiens au sens de la Constitution.

#### *Historique juridique : mention des Métis et des «half-breeds»*

Compte tenu de la réticence historique du gouvernement fédéral à reconnaître, et encore plus à respecter, ses obligations envers l'ensemble des Indiens visés au paragraphe 91(24), le nombre restreint de mesures législatives, notamment, n'est pas surprenant. Il faut se rappeler qu'il n'y avait absolument aucune disposition de fond traitant des Inuit, qui ont toujours relevé de la compétence constitutionnelle fédérale même si le gouvernement canadien a commencé à s'opposer à ce point de vue au cours du XX<sup>e</sup> siècle, jusqu'à ce que la Cour suprême du Canada tranche cette question de manière définitive dans l'arrêt *Re Eskimos*<sup>95</sup>. De même, le gouvernement fédéral s'est toujours montré peu enclin à exercer ses compétences à l'égard des peuples autochtones résidant à Terre-Neuve et

au Labrador depuis que cette colonie s'est jointe à la Confédération en 1949<sup>96</sup>. En réalité, à la lumière de l'ensemble des politiques adoptées par le gouvernement fédéral à cette époque en faveur de l'émancipation et de l'attribution individuelle de terres, le simple fait qu'on mentionne l'existence de droits conférés spécifiquement aux Métis ou aux *half-breeds* est en soi révélateur, tant sur le plan juridique qu'historique. Il semblerait donc approprié de conclure qu'il faut donner plus de poids aux mesures législatives ou autres, prises par le gouvernement fédéral, qui font mention des *half-breeds*, des *mixed-bloods* ou des «Métis». Par exemple, si on avait mentionné les Inuit dans les mesures législatives ou autres prises par les autorités fédérales avant 1939, il ne fait aucun doute que la Cour suprême, dans l'affaire *Re Eskimos*, aurait accordé un grand poids à cet élément de preuve.

De même, l'importance accordée à ces mentions ne doit pas être restreinte par des arguments fondés sur les comptes rendus de débats politiques ou sur la correspondance officielle rédigée au moment de l'entrée du Manitoba dans la Confédération ou, encore, sur les données consignées dans le journal des personnes ayant participé aux discussions relatives aux droits des Métis ou des *half-breeds* qui se sont déroulées à cette même époque. Thomas Flanagan<sup>97</sup> et Bryan Schwartz<sup>98</sup> font tous deux grand cas de ces sources pour tenter de soulever des doutes sur l'exactitude juridique de certains termes, comme «titres des Sauvages», qui apparaissent dans les textes législatifs et les décrets concernant les Métis. Cette approche tente de faire ressortir un degré de clarté et de précision qui était rarement atteint à cette époque. Ce fait est d'ailleurs bien mis en évidence par l'absence totale de comptes rendus des débats tenus par les Pères de la Confédération au moment de la rédaction du paragraphe 91(24) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* de 1867.

Les partisans de cette approche négligent également de reconnaître les facteurs politiques, économiques et militaires sur lesquels s'appuyaient les politiques gouvernementales. Par exemple, les Inuit ne constituaient ni une menace militaire ni une force économique importante. En effet, le territoire occupé par ces derniers n'était pas convoité pour la colonisation et on croyait qu'il offrait très peu de ressources, de sorte que ce peuple n'était pas considéré comme un obstacle à surmonter pour faciliter l'arrivée des Canadiens blancs pendant le XIX<sup>e</sup> siècle et le début du XX<sup>e</sup> siècle. Voilà pourquoi le Parlement et les fonctionnaires fédéraux n'ont prêté pratiquement aucune attention aux Inuit. Même si, en raison de l'absence de mesures législatives ou autres, la Cour suprême a eu plus de difficultés à trancher l'affaire *Re Eskimos*, il ne fait aucun doute que ce facteur n'a pas été déterminant.

Il est donc préférable de considérer les arguments de cette nature comme une illustration des différences qui distinguent la méthodologie appliquée dans le domaine de l'histoire et celle employée dans le domaine du droit plutôt que d'en faire des indices révélateurs de l'intention qui animait le législateur au moment de l'adoption de ces dispositions. Il est tout simplement impossible d'interpréter l'objet des textes législatifs et des décrets en s'appuyant, par exemple, sur les déclarations éventuellement faites par sir John A. Macdonald, dans le feu des débats de la Chambre des communes, à propos de questions politiques litigieuses. La recherche de l'intention du législateur est une question de droit qui ne peut être résolue en tenant compte uniquement de l'intention de politiciens ou de fonctionnaires dont les raisons pour avoir dit ou fait quelque chose sous la pression d'événements qui se sont déroulés il y a longtemps pourraient bien n'avoir aucun lien avec des considérations d'ordre juridique<sup>99</sup>. La Cour suprême du Canada a signalé qu'il existe une distinction entre la signification que les personnes ayant

participé directement à la rédaction du texte voulaient donner aux termes employés, et la signification en droit qu'on leur attribuera en fonction de valeurs plus générales et d'un contexte plus large<sup>100</sup>

Des arguments fondés sur des considérations purement historiques ont été avancés par les partisans des deux côtés du débat visant à établir si les Métis tombent sous le coup de la compétence constitutionnelle exclusive du gouvernement fédéral en vertu du paragraphe 91(24). Afin d'analyser les éléments historiques mentionnés dans l'arrêt *Re Eskimos*, Clem Chartier<sup>101</sup> et Bryan Schwartz<sup>102</sup> ont tous deux adopté une méthode d'analyse qui vise essentiellement à extraire, des témoignages oraux rendus par des représentants de la Compagnie de la Baie d'Hudson et qui ont été consignés, les mentions concernant les Indiens et les Métis qui sont favorables à la thèse avancée par leur camp respectif.

À notre avis, toutefois, il n'est ni nécessaire ni avantageux de faire ce débat pour trois raisons. Premièrement, comme le montrent les conclusions opposées auxquelles sont arrivés MM. Chartier et Schwartz ainsi que les deux juges qui se sont joints au débat, les éléments de preuve à cet égard sont intrinsèquement ambigus et les interprétations possibles sont contradictoires<sup>103</sup>. Par conséquent, les éléments historiques déposés devant le tribunal à ce moment n'étaient simplement d'aucune utilité pour donner une interprétation juridique appropriée du terme Indiens qui apparaît au paragraphe 91(24) et pour déterminer si les Métis sont des Indiens au sens de cette disposition.

Deuxièmement, l'arrêt *Re Eskimos*, qui accorde une légitimité à l'utilisation de ces sources, porte sur l'analyse des mentions à caractère historique faites au sujet des Esquimaux, et non des Métis, qui n'étaient évoqués que de façon accessoire<sup>104</sup>. Par ailleurs, il existe d'autres sources d'information concernant le traitement réservé aux personnes d'ascendance mixte qui n'ont pas été mentionnées dans cet arrêt, comme

le rapport de M. Alexander Morris<sup>105</sup> sur la négociation de traités et les textes législatifs datant d'avant la Confédération, qui jettent une lumière différente sur la question. De toute façon, dans *Re Eskimos*, les documents et les témoignages des représentants de la Compagnie de la Baie d'Hudson qui ont été déposés concernent principalement les Métis et les *half-breeds* de la rivière Rouge et ne traitent pas des personnes de sang mêlé vivant dans les territoires qui relevaient alors directement des autorités britanniques ou coloniales.

Troisième et principal point, ce débat pousse trop loin l'approche historique appliquée dans *Re Eskimos*. En effet, dans cette affaire, le tribunal se demandait si les Inuit, alors désignés par le terme Esquimaux, étaient des Indiens au sens du paragraphe 91(24). Comme il n'y avait aucun exemple de cas où le gouvernement fédéral aurait officiellement porté un intérêt aux Inuit ou exercé sa compétence à leur égard, la Cour suprême a adopté une approche historique visant à établir si les Esquimaux étaient des «Indiens» au moment de la rédaction de la *Loi constitutionnelle de 1867* lors de la Confédération. Compte tenu de l'absence de mesures prises par le gouvernement fédéral, le tribunal a été obligé de se pencher en grande partie sur des éléments parajuridiques et paraconstitutionnels, et les juges en sont venus à se fier abondamment sur des documents préparés par la Compagnie de la Baie d'Hudson. Le tribunal s'est particulièrement appuyé sur un inventaire des biens de cette société qui avait été préparé en vue d'une enquête par un comité parlementaire en 1856 et 1857. Le tribunal a d'ailleurs fait grand cas d'une liste qui énumère les Esquimaux vivant parmi les tribus indiennes.

Ce même inventaire est mentionné à la fois par Chartier et par Schwartz parce qu'il mentionne les *half-breeds* avec les Blancs pour le calcul de la population. À l'aide de certains éléments de preuve,

Chartier tente de faire valoir que cette liste n'était pas définitive tandis que Schwartz prétend le contraire en s'appuyant sur des éléments de preuve analogues. Cependant, la situation à laquelle était confrontée la Cour suprême du Canada en 1939 relativement aux Inuit est bien différente de celle où se trouvent les Métis en 1993. Dans ce dernier cas, contrairement aux Inuit, il existe un assez grand nombre de pratiques et de mesures législatives (adoptées par les Britanniques avant la Confédération et par les autorités fédérales à partir de la Confédération jusqu'à tout récemment) susceptibles d'être consultées.

Un certain nombre de sources déjà mentionnées<sup>106</sup> révèlent les pratiques adoptées à l'égard des Métis relativement aux avantages qui leur sont conférés par des traités et à leurs droits de résidence sur les terres de réserve. Ces pratiques laissent croire que les Métis étaient considérés, autant par les nations ou bandes indiennes que par les législateurs de l'époque coloniale, comme des membres du groupe autochtone qui, tout en bénéficiant de la protection de la Couronne, a le droit de continuer à vivre en marge de la société non autochtone. En effet, une bonne partie des mesures législatives adoptées au début de l'époque coloniale ont été conçues précisément pour veiller à la protection des droits de résidence des personnes d'origine mixte sur les terres de réserve qui, autrement, faisaient l'objet de sérieux empiètements de la part d'intrus et de colons non indiens.

L'exemple auquel on renvoie le plus fréquemment est le texte législatif adopté par les autorités coloniales en 1850, l'*Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des sauvages dans le Bas-Canada*<sup>107</sup>, qui définit ainsi le terme «sauvages» :

Premièrement. — Tous sauvages pur sang, réputés appartenir à la tribu ou peuplade particulière de sauvages intéressée dans la dite terre, et leurs descendants :

Deuxièmement. — Toutes les personnes mariées à des sauvages, et résidant parmi eux, et les descendants des dites personnes:

Troisièmement. — Toutes personnes résidant parmi les sauvages, dont les parents des deux côtés étaient ou sont des sauvages de telle tribu ou peuplade, ou ont droit d'être considérés comme tels:

Quatrièmement. — Toutes personnes adoptées dans leur enfance par des sauvages, et résidant dans le village ou sur les terres de telle tribu ou peuplade de sauvages, et leurs descendants

Bien que ce texte législatif protège manifestement les droits de résidence des personnes d'origine mixte au même titre que ceux des Indiens de sang pur, il a également eu pour effet d'établir un précédent regrettable : ce sont des non-Indiens qui se sont chargés de déterminer qui est un Indien alors que les Indiens eux-mêmes n'ont eu aucune voix au chapitre<sup>108</sup>. Cette situation mérite d'être signalée puisqu'il est évident qu'à cette époque les Indiens savaient effectivement qui était des leurs et que, dans leur esprit, il ne faisait aucun doute que les membres métis de leur collectivité étaient tout aussi indiens que les Indiens de sang pur.

La définition donnée en 1850 a été restreinte considérablement en 1851, sans doute en réponse à la politique qui prenait alors forme et qui visait à encourager l'assimilation. Dans la même optique, on peut expliquer cette mesure par la simple nécessité de réduire le nombre de personnes susceptibles d'avoir droit à des terres selon le système des réserves de façon à réduire l'ensemble du territoire réservé aux Indiens et, par le fait même, augmenter la superficie de terres pouvant servir aux non-Indiens<sup>109</sup>. Par conséquent, on a modifié la définition de sorte que les hommes non indiens qui épousaient une femme indienne cessaient d'obtenir le statut d'Indien, peu importe le lieu de résidence des époux ou la façon dont ils étaient considérés par la collectivité indienne. Cette modification a également eu pour effet d'imposer aux nations indiennes la notion de la domination mâle au moyen de la

filiation paternelle et de la résidence patrilinéaire. Au cours des années subséquentes, et jusqu'en 1860, on est passé de l'une à l'autre version de cette définition en incluant et en excluant alternativement les hommes non indiens mariés à une femme indienne. En 1860, on a adopté l'*Acte concernant les Sauvages et les terres des Sauvages*<sup>110</sup> qui définit le terme Sauvages de façon à exclure les hommes non indiens et leurs descendants (si ces descendants ne résidaient pas dans des collectivités indiennes au sens de la deuxième partie de la définition) :

Premièrement. — Tous Sauvages pur sang, réputés appartenir à la tribu ou peuplade particulière de Sauvages intéressée dans les dites terres ou propriétés immobilières, et leurs descendants;

Secondement. — Toutes personnes résidant parmi les Sauvages, dont les père et mère étaient ou sont descendus, ou dont l'un ou l'autre était ou est descendu, de l'un ou de l'autre côté, de Sauvages, ou d'un Sauvage réputé appartenir à la tribu ou peuplade particulière de Sauvages intéressée dans les dites terres ou propriétés immobilières, ainsi que les descendants de telles personnes; et

Troisièmement. — Toutes femmes légalement mariées à aucune des personnes comprises dans les diverses classes ci-dessus désignées, les enfants issus de tel mariage, et leurs descendants.

À peu près à la même époque, on a adopté des mesures législatives en matière d'émancipation qui étaient applicables dans la province du Canada et dont nous avons déjà traité. Ce texte législatif de 1857<sup>111</sup> reprend simplement la définition du terme Sauvages qui apparaît dans le texte de 1850 concernant les terres et les propriétés des sauvages dans le Bas-Canada auquel on renvoie plus haut. Bien qu'elle ait été modifiée en 1859 dans le cadre de l'*Acte concernant la civilisation et*

*l'émancipation des Indiens*<sup>112</sup>, la définition a continué à viser les Métis :

Dans les dispositions suivantes, le mot «sauvage» ne s'applique qu'aux sauvages ou personnes de sang sauvage, ou mariées avec des sauvages, reconnues comme membres de tribus sauvages, ou

bandes résidant sur des terres qui n'ont jamais été cédées à la couronne [...]

La majeure partie des textes législatifs datant d'avant la Confédération qui portent sur les Indiens et la façon de les définir ont tout simplement été repris sous le régime du nouveau Dominion après 1867. Par exemple, dans l'*Acte pourvoyant à l'organisation du Département du Secrétariat d'État du Canada*<sup>113</sup>, on s'est servi de la définition apparaissant dans le texte législatif de 1860 sur les terres indiennes du Bas-Canada sans la modifier.

En 1869, on a adopté l'*Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages*<sup>114</sup> qui prévoit la nécessité d'avoir une quantité minimale précise de sang indien à certains égards :

4. Lors de la distribution d'annuités, intérêts ou rentes entre les membres d'une nation, tribu ou peuplade de Sauvages, nulle personne ayant moins d'un quart de sang sauvage et née après la passation du présent acte, n'aura droit de partager dans ces annuités, [...]

L'ensemble des divers textes législatifs concernant les Indiens ont finalement été refondus dans l'*Acte des Sauvages, 1867*<sup>115</sup> qui définit le terme Sauvages de la façon suivante :

Premièrement. — Tout individu de sexe masculin et de sang sauvage, réputé appartenir à une bande particulière;

Secondement. — Tout enfant de tel individu;

Troisièmement. — Toute femme qui est ou a été légalement mariée à tel individu :

(e.) Pourvu aussi que tout Métis dans Manitoba qui aura partagé dans la distribution des terres des Métis, ne sera pas compté comme Sauvage; et qu'aucun Métis chef de famille (sauf la veuve d'un Sauvage, ou un Métis qui aura déjà été admis dans un traité,) ne pourra, à moins de circonstances très exceptionnelles, qui seront déterminées dans chaque cas par le

Surintendant-Général ou son agent, être compté comme Sauvage, ou avoir droit à être admis dans un traité avec les Sauvages :

4. L'expression «Sauvage sans traités» signifie tout individu de sang sauvage, qui est réputé appartenir à une bande irrégulière, ou qui vit à la mode des Sauvages, même si cet individu ne réside que temporairement en Canada;

Il est intéressant de signaler la mention qui est faite, dans le texte anglais, des *half-breeds* du Manitoba et leur exclusion expresse. Cette exclusion a subséquentement été étendue à tous les Métis qui avaient obtenu des terres ou des certificats d'argent et à leurs descendants. Cette disposition laissait également présager l'exclusion «de la race d'aborigènes communément appelés Esquimaux» qui serait prévue plus tard à l'article 4 de la version de 1951 de la loi<sup>116</sup>. Évidemment, la différence est qu'en 1951 la Cour suprême du Canada avait reconnu que les Esquimaux relevaient de la compétence fédérale à titre d'«Indiens», d'où la nécessité de les exclure explicitement. Ce même raisonnement pourrait-il s'appliquer aux Métis? Est-ce que leur exclusion expresse en 1876 laisse entendre qu'ils seraient autrement tombés sous le coup de l'*Acte des Sauvages*? Comme nous allons le voir plus loin dans le cadre de la décision *R. v. Howson*<sup>117</sup>, il existe un certain fondement judiciaire pour étayer cette hypothèse.

Jusqu'à présent, le parcours législatif paraît confirmer, à l'égard du droit de résidence sur les réserves et des questions connexes, la pratique historique déjà mentionnée selon laquelle les personnes ayant du sang indien, peu importe dans quelle proportion, sont considérées comme des Indiens visés par un traité. Contrairement aux textes législatifs sur lesquels nous nous sommes penchés jusqu'à maintenant, les difficultés que soulève la *Loi de 1870 sur le Manitoba*<sup>118</sup> viennent du fait qu'on n'y précise pas de façon expresse si les Métis doivent être considérés comme des Sauvages. Le seul lien établi à cet égard se

trouve à l'article 31, où l'on mentionne explicitement qu'il est nécessaire d'accorder des terres aux «Métis résidents» afin «d'éteindre les titres des Sauvages» :

31. Et considérant qu'il importe, dans le but d'éteindre les **titres des Sauvages** aux terres de la province, d'affecter une partie de ces terres non-concédées jusqu'à concurrence de 1,400,000 acres, au bénéfice des familles des **Métis résidents**, il est par le présent décrété que le lieutenant-gouverneur, en vertu de règlements établis de temps à autre par le gouverneur-général en conseil, choisira des lots ou étendues de terre dans les parties de la province qu'il jugera à propos, jusqu'à concurrence du nombre d'acres ci-dessus exprimé, et en fera le partage entre les enfants des chefs de famille **métis** domiciliés dans la province à l'époque à laquelle le transfert sera fait au Canada, et ces lots seront concédés aux dits enfants respectivement, d'après le mode et aux conditions d'établissement et autres conditions que le gouverneur-général en conseil pourra de temps à autre fixer. (Les caractères gras sont de nous.)

Le fait de mentionner les concessions de terres aux Métis comme une méthode d'extinction des titres indiens a par la suite été repris et étendu en 1874 dans le cadre du préambule de l'*Acte relatif à l'affectation de certaines terres fédérales dans la province de Manitoba*<sup>119</sup> :

Considérant qu'['] [...] il est décrété que, dans le but d'éteindre les titres des Sauvages aux terres de la province de Manitoba, il importe d'affecter [...] [d]es terres au bénéfice des enfants des métis chefs de famille domiciliés dans la province à l'époque de son transfert au Canada;

Et considérant qu'aucune disposition n'a été prise pour éteindre le titre des Sauvages à ces terres en ce qui concerne les métis, chefs de famille, habitant la province à l'époque susmentionnée;

La *Loi des terres fédérales*<sup>120</sup>, adoptée cinq ans plus tard, étend ces concessions de terres aux «territoires du Nord-Ouest», selon l'orthographe de l'époque. Ce texte législatif a repris le libellé de ses deux prédécesseurs :

125. (e) De payer toutes les réclamations existantes par suite de l'extinction du titre des Sauvages, produites par des Métis domiciliés dans les territoires du Nord-Ouest en dehors des limites du Manitoba, le quinzième jour de juillet mil huit cent soixante et dix, en concédant des terres à ces personnes, de telles étendues et à tels termes et conditions qui seront jugés à propos :

Subséquemment, deux décrets ont été rendus dans des termes analogues en faisant mention du sang indien des Métis. Le premier décret concernait le Traité n° 6 :

[TRADUCTION] au moment de l'exécution de la cession par les Sauvages relativement aux réclamations de tous Métis qui résident à l'intérieur du territoire ainsi cédé et qui peut avoir droit d'être traité selon les dispositions de la *Loi des terres fédérales*, d'émettre des certificats rachetables au moyen de terres ou de paiements pour les terres auxquelles lesdits Métis pourraient avoir droit en règlement complet et final de toutes revendications qu'ils pourraient avoir en raison de leur sang indien<sup>121</sup>

Le second décret porte sur le Traité n° 8 et reprend le libellé du premier au sujet des droits des Métis qui découlent de leur sang indien :

[TRADUCTION] Quels que soient leurs droits, ils découlent de leur sang indien; et la première ingérence dans de tels droits surviendra au moment de la cession des droits territoriaux des Indiens. Il est évident que, même si ce n'est pas à un degré identique, les droits des Indiens et des Métis dans le territoire non cédé doivent coexister et doivent être éteints en même temps<sup>122</sup> (Les caractères gras sont de nous.)

En 1899, on a modifié la *Loi des terres fédérales* de façon à supprimer l'échéance initiale du 15 juillet 1870, en mentionnant à nouveau les «réclamations des métis par suite de l'extinction des droits des sauvages<sup>123</sup>».

Comme nous l'avons mentionné précédemment, Clem Chartier (dirigeant métis de longue date) et Bryan Schwartz ont donné des interprétations divergentes des documents et des témoignages des représentants de la Compagnie de la Baie d'Hudson visant à déterminer si les Métis de la rivière Rouge étaient perçus comme des Indiens au sens constitutionnel. Pour les raisons que nous avons déjà exposées, il ne semble pas que ce soit la façon la plus pertinente d'aborder la question.

Thomas Flanagan, après avoir examiné les circonstances historiques entourant la promulgation de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et les dispositions législatives subséquentes relatives aux certificats d'argent, conclut que les droits territoriaux des Métis découlent simplement du titre indien<sup>124</sup>. Il semble qu'il en soit arrivé à cette conclusion essentiellement à cause d'un changement de formulation dans les documents officiels. En effet, jusqu'en 1888, on parle exclusivement du titre indien conféré aux Métis<sup>125</sup>, mais, au début de 1889, les termes changent dans les deux décrets cités plus haut, où l'accent est mis sur les terres que les Métis ont la possibilité de revendiquer en vertu de leur sang indien<sup>126</sup>.

Cependant, comme le montrent les textes législatifs antérieurs et postérieurs à la Confédération relatifs au statut des Indiens et à leurs droits sur les terres des réserves, c'est principalement, voire exclusivement, en vertu de leur sang indien (peu importe la proportion) conjugué à leur identité collective à titre de nations ou d'entités politiquement distinctes qui tirent leur statut politique de leurs propres règles de droit préexistantes plutôt que du régime étranger que les nations indiennes ont des droits territoriaux en vertu du droit canadien et britannique. En résumé, leur titre ancestral reposait sur deux éléments

essentiels : leur statut politique et leur sang indien qui montraient qu'ils habitaient le territoire avant l'arrivée des colons européens. C'est principalement cet événement qui a fait d'eux des «Indiens», pour utiliser le terme erroné des colons blancs. En effet, lorsque le législateur a tenté d'exclure certaines personnes des terres réservées et des droits de résidence, ce sont les hommes qui n'avaient aucun sang indien dans quelque proportion que ce soit qui ont été visés. Leurs descendants qui, eux, avaient du sang indien, et qui demeuraient dans les réserves ont été reconnus comme étant des Indiens (jusqu'à ce que des modifications apportées par la suite les émancipent de force de même que leur mère de sang indien)<sup>127</sup>

Pourquoi devrait-on mettre à part les droits des Métis en se basant uniquement sur la quantité de sang indien? Il semble que ce soit une question de distinction plutôt que de différence. Ce n'était pas l'origine du droit ou du titre foncier qui faisait la différence mais la façon dont ce droit était traité par le gouvernement. Dans le cas des Métis issus d'un mariage entre un homme blanc et une Indienne, il s'agissait au départ de leur refuser toute terre réservée et tout droit de résidence s'ils ne vivaient pas parmi les Indiens<sup>128</sup>, alors que les femmes blanches qui épousaient un Indien étaient assimilées à la nation indienne avec leurs enfants. Quant aux Métis, on les dédommageait en leur donnant un certificat en échange de leurs droits sur les terres.

En outre, il est difficile de comprendre de quelle façon les droits sur les terres conférés en vertu du titre indien peuvent être assujettis à d'autres droits, spécialement lorsque les textes législatifs font référence au titre indien comme tel. En common law, depuis un siècle, le titre ancestral ou indien se classe dans la catégorie des droits personnels et seuls les Indiens peuvent en être investis en tant que collectivité. Dans l'arrêt *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen*<sup>129</sup>, le Conseil privé a jugé que le titre indien était un droit ou un intérêt sur

une terre qui ne pouvait être cédée qu'à la Couronne, tout en soulignant que «les Indiens ont un droit personnel de la nature d'un usufruit<sup>130</sup>». Selon le *Dictionnaire de droit privé*<sup>131</sup>, les droits personnels s'opposent aux droits réels et un usufruit confère à son titulaire la jouissance d'un bien appartenant à une autre personne. Alors que dans certains arrêts récents au Canada les tribunaux discutaient de l'utilité d'établir une distinction entre droit personnel et droit de propriété relativement au titre indien<sup>132</sup>, personne ne s'est interrogé sur la nécessité d'avoir au préalable une identité collective pour faire valoir un titre ancestral.

Il semble donc évident que le droit de jouissance (dans le cas présent, le droit de vivre sur la terre et de disposer de ses ressources) ne peut être exercé que par les personnes investies de ce droit. Comme le titre le sous-entend, ces personnes doivent être «indiennes» au sens large du terme. Les Indiens de souche jouissent du titre indien<sup>133</sup>. Les Inuit, qui sont des Indiens au sens constitutionnel, sont aussi investis du titre indien<sup>134</sup>. Enfin, les documents législatifs indiquent que c'est aussi le cas des Métis. Si tous ceux qui jouissent de titres indiens sont des Indiens en vertu du paragraphe 91(24), pourquoi pas les Métis? C'est la conclusion de Douglas Sanders, qui souligne ce qui suit :

[TRADUCTION] L'exclusion des Métis de la catégorie des Indiens au sens constitutionnel irait à l'encontre de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et des anciennes coutumes, et elle ébranlerait les politiques bien établies relatives aux Indiens<sup>135</sup>

Il est inutile, dans le cadre de cette étude, de continuer à défendre le fait que les Métis vivant dans des communautés distinctes ou possédant leur propre identité en tant que nation ne jouissaient pas vraiment du titre indien; cependant, peu importe les opinions des auteurs des décrets cités plus haut, elles n'ont pas été prises en considération dans les textes législatifs promulgués au même moment. Les modifications apportées en 1899 à la *Loi des terres fédérales*, qui permettaient de ne plus tenir

compte de la date d'entrée du Manitoba dans la Confédération (15 juillet 1870) pour fixer arbitrairement la date de démarcation relative à la délivrance des certificats d'argent aux Métis, ne font pas référence à un type distinct de revendications fondées uniquement sur le sang indien. Les nouvelles dispositions parlent de «concéder des terres pour satisfaire aux réclamations des Métis par suite de l'extinction des droits des Sauvages<sup>136</sup>». De fait, c'est la décision prise en 1899 de ne plus tenir compte de la date de démarcation fixée en 1870 qui est déterminante : on mettait en effet sur un pied d'égalité les Métis qui désiraient recevoir des certificats d'argent et les personnes qui tiraient parti des avantages conférés par traité. Dans les deux cas, la date de démarcation correspondrait à la date de signature du traité. En conséquence, de nouveaux certificats d'argent devaient être donnés aux Métis des territoires du Nord-Ouest qui n'avaient pas droit aux certificats d'argent selon l'ancienne date de démarcation. Le Traité n° 11, signé en 1921, permettait aussi de donner des certificats d'argent aux Métis à partir de la date de signature du traité.

Bryan Schwartz emprunte une voie différente lorsqu'il s'oppose à l'entrée des Métis dans la catégorie des Indiens au sens constitutionnel : il conteste le lien établi entre le fait de posséder un titre ancestral et celui d'être indien<sup>137</sup> en se penchant sur l'objectif du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui, selon lui, vise à perpétuer l'autorité législative du Parlement canadien à l'égard des Indiens. Il souligne que l'article 31 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, même s'il prend en considération les «titres des Sauvages», envisage aussi leur extinction immédiate, ce qui est plus important, sans préciser si le gouvernement fédéral a l'intention de préserver sa compétence à l'égard des Métis de vieille souche (du Manitoba) ou de leurs terres. Il poursuit en contestant l'exactitude, sur le plan juridique, de l'expression «titre indien» employée dans l'article 31 de la loi en insistant sur le fait

que les déclarations de sir John A. Macdonald à ce sujet<sup>138</sup> de même que les textes législatifs qui ont suivi appuient la conclusion selon laquelle les Métis ne sont pas des Indiens aux fins du paragraphe 91(24), contrairement aux personnes non indiennes ou d'ascendance mixte qui vivent parmi les Indiens ou de la même façon qu'eux<sup>139</sup>

Son argument se fonde en grande partie sur la preuve historique avancée également par Thomas Flanagan. Toutefois, comme nous l'avons déjà mentionné, cette approche ne permet pas nécessairement de dégager l'intention des textes législatifs. On a pu constater que sir John A. Macdonald n'était pas constant dans la façon dont il caractérisait les concessions de terres aux Métis lorsqu'il s'adressait à la Chambre des communes<sup>140</sup>. De plus, la référence de Schwartz à l'intention du paragraphe 91(24) ne semble pas recevoir l'appui des juges de la Cour suprême des territoires du Nord-Ouest dans l'arrêt *R. v. Howson*<sup>141</sup>, où ils concluent apparemment que la *Loi sur les Indiens* aurait inclus les Métis visés par l'attribution des terres au Manitoba s'il n'y avait pas eu de dispositions expresses précisant qu'ils en étaient exclus. En principe, il n'y a aucune raison pour que la responsabilité fédérale à l'égard des personnes d'ascendance mixte en général de même qu'à l'égard des membres de la nation métisse ne continue de s'appliquer, puisque le paragraphe 91(24) dispose que l'autorité législative s'étend à deux matières distinctes : les «Indiens» et les «terres réservées pour les Indiens», et non pas aux Indiens vivant sur les terres qui leur sont réservées<sup>142</sup>. Noël Lyon souligne que, si les Métis sont visés par le paragraphe 91(24), cela ne signifie pas nécessairement qu'ils ont droit au statut d'Indien ni aux terres réservées, et ce sont là, selon lui, les particularités des règles de droit régissant les Indiens<sup>143</sup>. Il laisse entendre que, dans la mesure où ils choisissent de préserver la culture métisse et non pas de s'assimiler, ils ont la possibilité de revendiquer le

droit d'être protégés par certains textes législatifs fédéraux en matière de biens, de famille ou de droits civils, par exemple<sup>144</sup>

Toutefois, le point de départ de Schwartz, qui soutient que le titre indien empêche l'attribution de terres à des particuliers, mérite davantage d'attention. Si l'on interprète l'article 31 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* dans ce sens, deux possibilités se dégagent : comme le laisse entendre Schwartz, l'expression «titre indien» est juridiquement inexacte, car elle permet simplement d'attribuer des terres individuellement à des Métis de façon beaucoup plus systématique et potentiellement frauduleuse que ce ne fut le cas avec les colons blancs. Bref, sir John A. Macdonald avait raison : les mots d'introduction de l'article sont vides, d'un point de vue juridique, ils sont superflus et peuvent même induire en erreur. Cette hypothèse n'est pas valable puisque les tribunaux doivent présumer que le contenu d'un texte législatif n'est ni futile ni fallacieux : si l'on choisit certains mots dans une disposition législative, ce n'est pas pour rien. On peut raisonnablement supposer que c'est particulièrement vrai pour tous les termes employés dans une loi qui ont une valeur constitutionnelle, comme c'est le cas de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1871*.

La deuxième possibilité, par conséquent, c'est que les mots d'introduction aient vraiment un sens. L'article 31 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et les textes législatifs fédéraux subséquents qui font référence au titre des Sauvages conféré aux Métis signifieraient qu'on reconnaît le titre indien de la nation métisse des Prairies et dans certaines régions des territoires du Nord-Ouest. Cette expression «titre des Sauvages» est restée en vigueur bien après le discours de sir John A. Macdonald (prononcé l'année de l'insurrection dirigée par Louis Riel) alors que ses propos, s'ils visaient des objectifs autres que

politiques, auraient vraisemblablement dû entraîner des modifications dans la terminologie de la *Loi des terres fédérales* et des décrets qui ont suivi. Logiquement, puisque les Indiens ont des titres indiens ou ancestraux, l'article 31, par extension, reconnaît apparemment que les Métis sont des Indiens au sens constitutionnel du fait qu'ils possèdent un tel titre. Ce même article énonce la marche à suivre pour éteindre le titre en question. Cela revient essentiellement à une forme d'émancipation involontaire de la part des Métis qui ont choisi de ne pas s'identifier à une nation indienne mais qui ont insisté pour être des Métis. Il a fallu en conséquence qu'ils acceptent une forme d'émancipation en même temps qu'on éteignait leur titre ancestral, même s'ils ont reçu en échange un droit issu d'un traité protégé par les textes législatifs fédéraux, exactement comme cela s'est passé avec les membres des nations indiennes assujettis aux dispositions sur l'émancipation que nous avons déjà décrites<sup>145</sup>

Toutes les personnes de sang mixte auraient dès le départ relevé de la compétence législative fédérale en vertu du paragraphe 91(24). Certaines auraient choisi d'adhérer à un traité à titre de membres des nations indiennes et les Métis de la rivière Rouge n'auraient pas eu d'autre choix que de se conformer à la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et par la suite à la *Loi des terres fédérales*, c'est-à-dire de recevoir des terres à titre personnel et, en conséquence, de ne plus relever de la compétence législative fédérale (mais non constitutionnelle). Les dispositions de la *Loi sur les Indiens* autorisant les Métis assujettis à un traité d'abandonner ce dernier en faveur des certificats d'argent n'auraient été qu'une simple extrapolation de la politique initiale, ce qui aurait été tout à fait conforme au courant de l'époque qui préconisait de limiter l'accès au statut d'Indien afin de réduire le plus possible les obligations financières à long terme du gouvernement fédéral. Convient-il d'affirmer que cette stratégie a porté fruit? C'est là une autre histoire.

L'historique des textes législatifs et des traités dont on a déjà parlé étayerait cette interprétation. Les personnes d'ascendance mixte bénéficiaient des traités Robinson et, par la suite, des traités numérotés; dans au moins un cas, elles ont adhéré à un traité indien à titre de groupe distinct désigné par le terme Métis. Leur droit de résider sur les terres réservées aux Indiens et occupées par eux, antérieur et postérieur à la Confédération, était reconnu dans les textes législatifs. Les lois et décrets promulgués en vue de régler la question des Métis de l'Ouest faisaient référence à ce droit comme à un droit découlant du titre indien ou de leur origine indienne. L'extinction du titre ancestral s'est effectuée par la délivrance de certificats d'argent au même moment et au même endroit où se déroulait le recensement des signataires des traités, et souvent dans le cadre du même processus. Plus tard, on a encouragé les bénéficiaires d'un traité à abandonner ce dernier en échange de certificats d'argent, de la même façon qu'on avait poussé les Indiens à s'émanciper et à quitter les réserves pour accepter de vivre sur une terre qui leur était attribuée et qui n'était pas assujettie aux dispositions réglementaires ni aux restrictions fédérales relatives à la cessibilité.

Ensuite, et là nous sautons quelques décennies, le gouvernement fédéral a reconnu, sans qu'aucune distinction ne soit établie sur le plan des avantages, que les Métis pouvaient prendre part aux derniers règlements des revendications territoriales comme la *Convention de la Baie James et du Nord québécois*, le *Règlement de la revendication territoriale Gwich'in* et ceux qui, dans les deux territoires du Nord<sup>146</sup>, font actuellement l'objet de négociations ou qui sont en attente d'une sanction législative. De fait, un grand nombre de Métis visés par les règlements des revendications territoriales globales dans le Nord descendent des personnes qui ont reçu des certificats d'argent en vertu des traités n<sup>os</sup> 8 ou 11. Il semblerait donc logique qu'on puisse en tirer une conclusion contraire à celle de Schwartz : l'intention des textes

législatifs, des pratiques et des politiques du gouvernement fédéral montre que les Métis en général et la nation métisse de l'Ouest ont toujours été traités en définitive non pas comme des Européens, mais plutôt comme des personnes qui possédaient un titre indien du fait qu'ils étaient, d'une part, des indigènes et, d'autre part, des Indiens au sens constitutionnel.

Thomas Flanagan et Bryan Schwartz ont tous deux soulevé un autre argument à l'encontre de l'hypothèse selon laquelle les Métis sont des Indiens au sens constitutionnel. Ils distinguent les Métis de la rivière Rouge et ceux qui sont membres des nations indiennes, et considèrent que les premiers sont en quelque sorte moins «indiens» parce que bon nombre d'entre eux vivaient et travaillaient en relation avec la Compagnie de la Baie d'Hudson, plus ou moins comme les Européens, et aussi parce qu'ils chassaient le bison à des fins lucratives et non pas pour leur subsistance. Certains documents historiques cités par Lussier<sup>147</sup> viennent étayer cet argument. Les observateurs du XIX<sup>e</sup> siècle ont fait remarquer qu'un grand nombre de Métis de la rivière Rouge étaient très bien instruits et que leurs us et coutumes se rapprochaient souvent davantage de ceux des Européens que des nations indiennes environnantes. Cuthbert Grant et Louis Riel, par exemple, étaient des hommes très instruits et de grands voyageurs pour leur époque.

Cette vision de l'identité indienne correspond à l'image utilisée par Sally Weaver, qui compare un Indien à un cylindre : l'Indien est rempli d'une culture indienne à l'état pur qui, avec le temps, s'échappe par une ouverture au fur et à mesure qu'il s'adapte à des valeurs non indiennes jusqu'à ce qu'il n'y en ait plus assez pour justifier l'identité indienne<sup>148</sup>. Catherine Bell aborde comme suit les arguments de Flanagan et Schwartz :

[TRADUCTION] Le problème avec de tels arguments est qu'on part du principe qu'il n'existe qu'un seul mode de vie aborigène

et qu'on parle de la culture des Métis de la rivière Rouge sans tenir compte de leurs origines autochtones. On obtient une image extrêmement différente de la culture métisse si on souligne leur ascendance autochtone : leur artisanat, les langues propres à leur culture telles que le patois, le michif et le bungi, le pain sans levain qu'ils ont créé (pain de bannock), leurs moyens de subsistance comme la chasse au bison, la pêche et la chasse en général, et enfin, les danses des Indiens des Plaines qu'ils ont reprises sous forme d'une gigue. Comme d'autres groupes autochtones, les Métis ont conjugué la culture de leurs ancêtres à celle des colons européens afin de s'adapter aux changements économiques, sociaux et politiques introduits par les Blancs. La principale différence entre la culture métisse et les autres cultures aborigènes est que les Métis ont acquis les valeurs européennes et autochtones par hérédité<sup>149</sup>

L'image employée par Sally Weaver ne tient pas compte du phénomène d'adaptation des nations indiennes à la société non indienne qui les entourait. Catherine Bell cite en exemple la nation cherokee de Georgie (plus tard, de l'Oklahoma) qui a établi des institutions judiciaires et gouvernementales très analogues à celles des États-Unis, un alphabet et une économie basée sur l'agriculture plutôt que sur la cueillette et la chasse traditionnelles. Néanmoins, les Cherokees sont et ont toujours été indiens malgré les nouvelles valeurs qui se sont greffées aux leurs au fil des ans<sup>150</sup>. De fait, le droit américain et le droit canadien sur les autochtones reconnaissent tous deux que la culture indienne ne doit pas nécessairement rester figée pour être légitimement considérée comme telle. Personne ne peut réfuter le fait que les tribus indiennes aux États-Unis ont adopté de vraies lois fiscales (même si les richesses étaient redistribuées), par exemple, comme c'est souvent le cas aujourd'hui, ou qu'elles avaient des entreprises commerciales ou des institutions fondées sur la doctrine de la séparation des pouvoirs. Pourtant, cette évolution n'a pas rendu les nations moins indiennes — tout comme l'influence fondamentale que le système gouvernemental de la Confédération des Six-Nations a exercée sur les penseurs américains,

y compris Benjamin Franklin, et sur l'essor des États-Unis, n'a pas rendu les Américains plus indiens. En résumé, les peuples autochtones ont le droit d'évoluer sans perdre leur identité<sup>151</sup>

On peut dans l'ensemble appliquer directement cette théorie aux Métis des Prairies, qui ont acquis une culture distincte inspirée des Européens et des Indiens mais différente des deux et dotée d'éléments qui lui sont propres. Le concept de l'Indien et du cylindre ne tient pas compte du fait que les Métis étaient culturellement à part et avaient leur propre perception d'eux-mêmes, se considérant ni comme indiens ni comme blancs mais comme métis.

Dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, la Cour suprême du Canada souligne clairement que les droits ancestraux et issus des traités visés par la Constitution pourront évoluer avec le temps<sup>152</sup>. On peut donc présumer que le peuple qui exerce des droits qui lui sont propres pourra aussi se transformer avec le temps.

### *Commentaires des tribunaux*

Jusqu'à présent, aucune cour supérieure n'a rendu de décision où il était question de déterminer si les Métis sont des Indiens aux fins du paragraphe 91(24). En 1981, une décision rendue par un tribunal inférieur de la Saskatchewan, *R. v. Genereaux*<sup>153</sup>, que nous examinerons plus loin, aborde le sujet de façon peu convaincante. Un certain nombre d'arrêts où le tribunal cherche à savoir s'il faut définir un Indien dans le contexte de la *Loi sur les Indiens* plutôt qu'à la lumière du paragraphe 91(24) sont en général pertinents parce qu'ils apportent un éclairage particulier sur l'ensemble de la question; ils serviront donc de point de départ à notre étude.

Une série d'affaires touchent les anciennes dispositions, abrogées en 1985, qu'on trouve dans les différentes versions de la *Loi sur les*

*Indiens* et en vertu desquelles il est interdit de vendre de l'alcool aux Indiens. Dans la décision *R. v. Howson*<sup>154</sup> datant de 1894, la Cour suprême des territoires du Nord-Ouest, qui a rendu sa décision à l'audience, n'a eu qu'une question à débattre : un Métis membre d'une bande à qui on avait vendu de l'alcool était-il un Indien aux fins des dispositions de l'*Acte des Sauvages, 1886* relatives à la vente d'alcool<sup>155</sup>? Au nom de la Cour, le juge Wetmore a affirmé qu'un Métis membre d'une bande était effectivement un Indien. En soutenant que, dans l'article qui définit un Indien, «toute personne de sang indien» s'entend de «toute personne qui a du sang indien qui coule dans ses veines, que ce sang vienne du père ou de la mère<sup>156</sup>», le juge Wetmore s'est lancé dans une longue discussion à savoir si les Métis étaient en général inclus dans la définition de la *Loi sur les Indiens*. D'un côté, il estime que l'intention du Parlement en promulguant la *Loi sur les Indiens* vise à confirmer l'interprétation selon laquelle un Métis doit être membre d'une nation indienne ou d'une bande pour être considéré comme indien :

[TRADUCTION] La loi s'applique à un groupe d'hommes descendants des habitants autochtones du pays qui se rassemblent en tribus ou en bandes, dont certains habitent dans les réserves et reçoivent des sommes d'argent du gouvernement et d'autres pas. Tout le monde sait bien que tous n'ont pas 100 % de sang indien, que certains ont du sang «blanc» et que, pour bon nombre d'entre eux, leur sang non indien domine largement, mais que leurs connaissances, leurs habitudes, leurs modes de vie et tout ce qui les entoure en général est essentiellement indien. L'intention du Parlement est d'inclure ces personnes dans les dispositions et l'objectif de la loi, et la définition donnée au mot «indien» comme nous l'avons mentionné plus haut correspond à cet objectif<sup>157</sup>

D'un autre côté, le juge Wetmore semble aussi inclure d'autres personnes de sang mêlé en soulignant que la loi va sans doute plus loin qu'il ne l'a dit et que certaines des dispositions s'appliquent aux

Métis<sup>158</sup>. Il fait référence à l'article 111 selon lequel «inciter les Sauvages, les Sauvages non compris dans les traités ou des Métis, à commettre une infraction aux lois» constitue une infraction et conclut que cette précision est nécessaire pour compter les personnes d'ascendance mixte qui ne seraient pas désignées dans la définition d'«Indien» ou d'«Indien non visé par un traité» mais à qui la loi doit aussi s'appliquer. Il s'agirait des personnes d'ascendance mixte qui ne sont pas «réputées appartenir à une bande régulière» ou qui «n'appartiennent pas à une bande irrégulière», ou encore, qui vivent «à la façon des Sauvages» selon les différentes définitions de la *Loi sur les Indiens*.

Ainsi, pour que le Parlement promulgue une disposition en vertu de la *Loi sur les Indiens* qui s'applique aux Métis, ces derniers doivent relever du même chef de compétence en vertu duquel la loi a été adoptée, à moins que la compétence ne découle d'une autre disposition constitutionnelle. Aucune disposition autre que le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne semble convenir<sup>159</sup>. Dans le même ordre d'idées, le juge Wetmore poursuit en soulignant que les Métis du Manitoba qui ont reçu des terres en vertu de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* doivent aussi tomber sous le coup de la *Loi sur les Indiens*, sinon il n'y aurait pas besoin de les exclure :

[TRADUCTION] Ainsi, en vertu de l'article 13 de la loi, «nul Métis dans le Manitoba, qui aura eu part à la distribution des terres des Métis, ne sera compté comme sauvage». Les chefs de famille métis non plus, toujours selon le même article, à moins de certaines circonstances très exceptionnelles. Les dispositions mêmes de cet article que j'ai mentionné montrent qu'il était dans l'intention du Parlement de compter certains Métis comme des Indiens au sens de la loi; car si l'expression «de sang sauvage» à l'alinéa *h*) de l'article 2 signifiait «de "pur" sang indien», les dispositions de l'article 13 étaient complètement inutiles<sup>160</sup>

L'affaire *Howson* a été suivie par la décision *R. v. Mellon*<sup>161</sup>, où une question similaire a été soulevée; il s'agit d'un homme connu comme métis, qui parlait couramment l'anglais, qui était bien habillé à la manière des Blancs et qui travaillait en dehors de la communauté autochtone. Le juge a soutenu néanmoins qu'il était indien au sens de la *Loi sur les Indiens* parce qu'il avait adhéré à un traité 15 ans plus tôt. En d'autres termes, même si elle ne suit pas le mode de vie indien traditionnel, une personne d'ascendance mixte, indienne et blanche, qui a déjà été reconnue indienne au sens de la loi, demeure indienne. Dans l'arrêt *R. v. Verdi*<sup>162</sup>, la même question s'est à nouveau posée concernant une personne d'ascendance mixte qui avait été élevée dans une réserve micmaque, n'avait par la suite reçu aucune somme d'argent de la bande et avait vécu et travaillé dans une collectivité non indienne pendant deux ans. Le juge aussi a soutenu que cette personne était indienne en vertu de la loi aux fins des dispositions sur l'alcool.

On a adopté une façon beaucoup plus étroite de définir le terme Indien dans une série d'arrêts portant sur le traité garantissant les droits de chasse des Indiens de l'Alberta, de la Saskatchewan et du Manitoba. Ces droits ont été refondus par l'Accord de transfert des ressources naturelles de 1930<sup>163</sup>. Le libellé des textes législatifs pour la Saskatchewan, par exemple, se lit comme suit :

12. Pour assurer aux Indiens de la province la continuation de l'approvisionnement de gibiers et de poissons destinés à leurs support et subsistance, le Canada consent à ce que les lois relatives aux gibiers et qui sont en vigueur de temps à autre dans la province; toutefois, lesdits Indiens auront le droit que la province leur assure par les présentes de chasser et de prendre le gibier au piège et de pêcher le poisson, pour se nourrir en toute saison de l'année sur toutes les terres inoccupées de la Couronne et sur toutes les autres terres auxquelles lesdits Indiens peuvent avoir un droit d'accès<sup>164</sup>

Les autres lois de mise en oeuvre ont un libellé similaire et disposent que les Indiens sont au moins partiellement soustraits aux restrictions visées par les lois provinciales sur le gibier ou la faune.

La première décision intéressante, *R. v. Pritchard*<sup>165</sup>, rendue par une cour de magistrat de la Saskatchewan, portait sur un Indien non inscrit accusé d'avoir chassé sans permis provincial et qui voulait bénéficier de la dispense accordée aux Indiens selon la loi sur le gibier de la province<sup>166</sup>. Dans son témoignage, le père de l'accusé a précisé qu'il était cri, que sa femme était aussi crie de même que ses parents et son fils, né dans une réserve indienne, et que lui et sa famille ont toujours été connus comme indiens<sup>167</sup>. En examinant l'arrêt *Re Eskimos*, le juge Policha s'est penché sur la question à partir de la définition d'un Indien en 1867, puis a rejeté la définition de la *Loi sur les Indiens* et déclaré l'accusé non coupable parce qu'il était indien au sens du paragraphe 91(24).

[TRADUCTION] La *Loi sur les Indiens*, pour des raisons administratives et en vue d'exercer un certain contrôle sur les groupes, donne une définition restreinte au mot «Indien».

Selon moi, cette restriction ne s'applique pas à toutes les personnes et à leurs descendants de la race et de la catégorie de gens connus comme étant des Indiens à l'époque de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*<sup>168</sup>

En appel, la Cour de district de la Saskatchewan a mentionné que la définition de la *Loi sur les Indiens* devait avoir préséance, mais a confirmé l'acquittement parce qu'elle estimait que l'accusé avait le droit d'être inscrit en vertu de la loi et, par conséquent, était un Indien en droit<sup>169</sup>.

La Cour d'appel de la Saskatchewan, dans l'affaire *R. v. Laprise*<sup>170</sup>, a dû décider si l'accusé, un autochtone d'origine chipewyan qui vivait dans une communauté essentiellement chipewyan<sup>171</sup> (mais non

pas dans une réserve), pouvait bénéficier de la même dispense énoncée dans la loi provinciale sur le gibier. L'accusé était un Indien qui n'était ni inscrit ni admissible à l'être selon la *Loi sur les Indiens*. Au nom de la Cour, le juge Woods a statué que l'intention des rédacteurs de l'Accord de transfert des ressources naturelles était de donner au terme Indien le même sens que la *Loi sur les Indiens*<sup>172</sup> de l'époque, et cette interprétation excluait toutes les personnes qui n'avaient pas le droit de s'inscrire en tant qu'Indiens<sup>173</sup>. Cette conclusion est singulière parce que le texte de la *Loi sur les Indiens* au moment de la signature de l'Accord contenait une définition qui ne mentionnait aucunement les Indiens inscrits. En outre, cette interprétation revient à dire que le Parlement choisit de définir un terme constitutionnel, ce qui, d'une part, est la prérogative des tribunaux et, d'autre part, ne relève pas de la compétence parlementaire, tout en ayant pour conséquence de figer le terme au sens où l'entendait la *Loi sur les Indiens* en 1927 alors que la jurisprudence marquante soutient qu'il faut toujours donner une interprétation moderne à la Constitution. Bien qu'elle ait fait l'objet de critiques justifiées, cette décision a été retenue en Saskatchewan<sup>174</sup>.

La même question a été soulevée dans l'arrêt *R. v. Genereaux*<sup>175</sup> à l'égard d'une personne de sang mêlé dont la famille était métisse mais avait vécu dans la réserve et adhéré au même mode de vie que les Indiens visés par le traité qui habitaient là depuis trois générations<sup>176</sup>. L'accusé n'avait pas le droit d'être inscrit en vertu de la *Loi sur les Indiens* et le juge le désignait comme métis. L'arrêt a fait l'objet d'une discussion complexe (et parfois confuse) sur le sens du mot Indien. Il semble qu'on ait invoqué comme moyen de défense que le Parlement ne peut pas s'écarter de la compétence qui lui est conférée par le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* en donnant une définition qui restreint la portée de ce mot dans la *Loi sur les Indiens* de

manière à soustraire l'accusé aux dispositions législatives sur la chasse adoptées en vertu des textes législatifs de la Saskatchewan mettant en oeuvre l'Accord de transfert des ressources naturelles.

Le juge Ferris de la Cour provinciale de la Saskatchewan s'est donc demandé si, en 1867, le terme Indien employé au paragraphe 91(24) désignait aussi les Métis. Il s'appuie sur les documents de la Compagnie de la Baie d'Hudson dont il était question dans *Re Eskimos* de même que sur l'article de Clem Chartier<sup>177</sup> et les textes législatifs fédéraux de 1868 décrits plus haut<sup>178</sup>; il conclut que le mot Indien dans l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* de 1867 désigne fort probablement ceux qui ont 100 % de sang autochtone de même que leurs descendants<sup>179</sup>. Tous les descendants en question doivent donc également avoir du «pur sang» indien selon l'expression du juge Ferris. La logique est quelque peu difficile à suivre mais semble se résumer à la thèse suivante : le Parlement a pris une décision stratégique qui n'était pas liée à la compétence que lui confère le paragraphe 91(24) d'investir certaines personnes d'ascendance mixte de droits spéciaux. La source constitutionnelle d'une telle autorité n'est décrite nulle part. Le passage qui suit donne un aperçu du raisonnement suivi :

[TRADUCTION] En tout cas, il est évident que le gouvernement, et cela remonte à 1868, établit une distinction dans ses lois entre les Indiens et les personnes qu'il choisit d'investir de certains droits, en l'occurrence des droits territoriaux. Manifestement, même en 1868, le gouvernement fédéral a senti le besoin d'expliquer que ces personnes, qui, sinon, n'auraient sans doute jamais été perçues comme des Indiens, devaient être traitées comme telles. Ceux qui ont bénéficié de cette politique n'étaient par pour autant devenus des Indiens au sens de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* de 1867, ou des autres définitions contenues dans les différentes versions de la *Loi sur les Indiens* qui ont suivi<sup>180</sup>

Une politique visant à inclure les non-Indiens dans un régime législatif réservé aux Indiens doit découler d'une autorité, quelle qu'elle soit. Si

le Parlement, en 1867, limitait sa compétence aux aborigènes de «sang pur» comme le conclut le juge Ferris, on est porté naturellement à se demander comment les personnes d'ascendance mixte pouvaient être visées par les différentes définitions des versions ultérieures de *Loi sur les Indiens* auxquelles il fait référence. On peut au mieux imaginer que, si le Parlement a choisi de considérer que les personnes de sang mêlé étaient aussi des Indiens visés par les textes législatifs fédéraux, il a dû les faire entrer dans le champ de compétence qui lui est conféré par le paragraphe 91(24) à l'égard des Indiens, sinon, il n'avait aucun pouvoir constitutionnel pour déclarer que ces personnes faisaient partie de la catégorie des Indiens. D'après ce raisonnement, si le Parlement n'avait pas pu recourir à son pouvoir fondé sur la quantité de sang (et par extension, la filiation par suite de l'adoption ou du mariage dans le cas d'une femme blanche mariée à un homme indien), il n'aurait pas pu faire ce qu'il a fait au fil des ans dans les différentes versions de la *Loi sur les Indiens* sauf peut-être en s'appuyant sur la doctrine des dispositions accessoires. La seule autre explication possible serait que le Parlement fasse appel à une autre compétence pour légiférer, comme la prérogative royale ou le pouvoir qu'il a de promouvoir la paix, l'ordre public et le bon gouvernement. De toute façon, si la pureté du sang est le critère déterminant, un grand nombre d'Indiens inscrits actuels ne relèveraient pas de l'autorité législative du Parlement, et les modifications apportées par le projet de loi C-85 seraient probablement inconstitutionnelles, tout comme le seraient les anciennes dispositions visant à déterminer l'admissibilité aux fins de l'inscription.

Une affaire portant sur les droits relatifs à la pêche dans les territoires du Nord-Ouest soulevait une question similaire. Dans l'affaire *R. v. Rocher*<sup>181</sup>, le règlement de la *Loi sur les pêches*<sup>182</sup>, qui permettait à un Indien, un Inuk ou une personne de sang mêlé<sup>183</sup> de pêcher sans

permis, a été contesté du fait qu'il contrevenait à la *Déclaration canadienne des droits* en raison d'une discrimination fondée sur la race. En confirmant la validité du règlement, le juge Ayotte, de la Cour territoriale, a tenu compte du pouvoir qui a permis au Parlement de prendre le règlement et a finalement jugé que la dispense visait à préserver certains droits historiques spéciaux qui reviennent aux autochtones. Il a conclu qu'il s'agissait de la compétence conférée par le paragraphe 91(24) à l'égard des Indiens. Les faits sur lesquels s'appuie Chartier dans son analyse des documents de la Compagnie de la Baie d'Hudson ont convaincu le juge Ayotte que les Métis étaient vraiment considérés comme des Indiens en 1867 et que, par conséquent, le gouvernement fédéral était de fait en mesure de leur accorder un traitement spécial tout comme aux Inuit et aux Indiens de souche<sup>184</sup>

Récemment, la Cour de district de l'Ontario s'est aussi penchée sur cette question. Dans *The Queen v. Thomas Chevrier*<sup>185</sup>, un Indien non inscrit, descendant d'un Indien signataire du traité Robinson-Supérieur, cherchait à se soustraire aux dispositions provinciales sur la chasse en vertu des garanties conférées par traité à ses ancêtres qui protègent le droit de chasse. L'accusé était membre d'une communauté indienne non inscrite, la bande Blackwater, et n'était pas inscrit conformément à la *Loi sur les Indiens*. Rien n'indiquait s'il était admissible à l'inscription en vertu de la loi. Il a été acquitté par le juge Wright parce que la province n'avait aucune compétence pour porter atteinte aux droits conférés par traité et garantis à l'origine par la Couronne. Il n'est pas évident que le juge considérait que Chevrier lui-même était indien, mais la conclusion ci-dessous nous permet en toute logique de le penser :

[TRADUCTION] L'accusé a hérité du droit de chasse accordé à ses ancêtres.

Il est inutile de préciser si l'accusé est ou non un Indien au sens du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

L'accusé revendique un droit de naissance cédé par la Couronne dans l'exercice de sa compétence à l'égard des Indiens, et la province, n'ayant aucune compétence à cet égard, ne peut pas le priver d'un droit qui était accordé à l'origine aux Indiens même si la personne qui revendique ce droit n'est peut-être pas indienne<sup>186</sup>

Dans la dernière phrase, le juge Wright a peut-être utilisé l'adjectif «indienne» dans le sens d'une personne admissible ou non à l'inscription en vertu de la *Loi sur les Indiens*.

On trouve aussi l'arrêt récent de la Cour provinciale du Manitoba, *R. v. McPherson*<sup>187</sup>, où il est question de déterminer si les chasseurs métis ont un droit de chasse ancestral protégé comme tel par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* :

[TRADUCTION] Les deux accusés ont du sang autochtone dans leurs veines mais ne sont pas admissibles au statut d'Indien visé par un traité. Ils affirment être métis et prétendent qu'en raison de leur ascendance ils ont un droit de chasse issu de la common law à l'égard des autochtones. Ils allèguent ensuite que les dispositions de la *Wildlife Act*, L.R.M. 1987, ch. W130 en question ne s'appliquent pas à eux<sup>188</sup>

Les éléments de preuve montrent que les deux accusés se trouvent dans la même situation que des Indiens inscrits visés par traité qui vivent dans la même région du Manitoba. Le juge Gregoire les qualifie de Métis «marginiaux», c'est-à-dire de personnes d'ascendance mixte qui vivent dans des régions proches des réserves indiennes éloignées et qui, dans une large mesure, ont conservé un mode de vie traditionnel<sup>189</sup>

Tous deux ont le cri comme langue maternelle, ont été élevés avec des Indiens visés par un traité et l'un d'eux a été à l'école pendant une certaine période avec les enfants de ces Indiens. On a montré que leur subsistance dépendait en grande partie de leur talent et de celle de leur famille étendue pour la chasse, la pêche et la cueillette<sup>190</sup>

Après avoir examiné les éléments de preuve sur les origines des Métis, le juge a conclu qu'aujourd'hui un Métis pourrait être quelqu'un qui a du sang autochtone nord-américain et qui tient à être reconnu comme tel<sup>191</sup>. Il a souligné que les agents préposés à la conservation avaient le pouvoir discrétionnaire de traiter sur un pied d'égalité les Métis et les Indiens visés par un traité en matière de chasse. Selon le juge Gregoire, même si les Métis ne peuvent pas satisfaire entièrement aux critères permettant d'établir les droits ancestraux auxquels le tribunal a fait référence<sup>192</sup>, il est prêt à conclure à l'existence de droits ancestraux métis, en grande partie, semble-t-il, à cause du mode de vie adopté par les Métis d'aujourd'hui et de leur ascendance indienne. Tout au long de son analyse, il parle d'un mode de vie très semblable à celui de leur voisin Indien visé par un traité<sup>193</sup>, des ententes qui énoncent clairement que certains peuples métis chassaient dans des endroits réservés exclusivement à la population indienne visée par les traités<sup>194</sup>, des terres qu'ils possèdent en commun avec les autres groupes autochtones<sup>195</sup> et du fait que certains de leurs ascendants, soit leurs ancêtres indiens, occupaient en réalité certains des territoires en question depuis la nuit des temps<sup>196</sup>. Ainsi, le juge Gregoire a conclu ce qui suit :

[TRADUCTION] Je suis prêt à soutenir que les accusés jouissaient en réalité d'un droit ancestral malgré les lacunes qu'une analyse classique de leurs droits ancestraux fait ressortir. J'en arrive à cette conclusion en me fondant sur le fait que leur situation était quelque peu conforme du moins aux anciens critères et que le droit revendiqué dans cette affaire constitue un droit d'usufruit des plus fondamentaux. Je pense que, dans de telles circonstances, si les Métis peuvent montrer que leurs ancêtres ont disposé de la terre sans interruption pendant une période raisonnable, les motifs sont suffisants pour faire valoir leur droit<sup>197</sup>.

Finalement, on trouve les récentes décisions de la Cour provinciale de l'Alberta, soit l'arrêt *Ferguson*<sup>198</sup>, et de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick, soit l'affaire *Fowler*<sup>199</sup>. Dans le premier cas, il s'agissait

d'une accusation portée contre un Métis qui chassait pour sa subsistance sans permis et était en possession illégale d'un animal sauvage (orignal), ce qui était contraire à la *Wildlife Act*<sup>200</sup>; dans la deuxième affaire, M. Fowler était un Indien non inscrit accusé d'être en possession d'une arme à feu dans une réserve faunique sans permis de chasse provincial. Il est intéressant de souligner que ce dernier était accompagné de deux Indiens inscrits qui participaient à la même activité, mais qui n'ont pas été accusés, même si la province s'était déjà opposée à respecter les droits ancestraux et issus des traités des Malécites.

Le juge Goodson, dans l'arrêt *Ferguson*, a conclu que la principale question qui était posée au tribunal était de savoir si l'accusé était en droit de recourir à des moyens de défense réservés aux Indiens visés par l'article 12 de l'Accord de transfert des ressources naturelles (ATRN). Même si Ferguson ne parlait que le cri jusqu'à ce qu'il aille à l'école, qu'il vivait dans une communauté de langue crie du nord de l'Alberta et se considérait lui-même comme un Cri<sup>201</sup>, il n'avait pas le droit d'être inscrit selon la *Loi sur les Indiens* actuelle ni selon la version de 1951 puisque ses arrière-grands-parents paternels étaient des Métis qui avaient accepté les certificats d'argent et que ses grands-parents maternels étaient des Indiens visés par un traité qui avaient par la suite accepté un certificat d'argent. Il s'agissait alors de déterminer si les dispositions de l'ATRN ne faisaient que confirmer les droits d'exploitation des ressources fauniques conférés aux Indiens inscrits, ou s'il fallait leur donner une interprétation plus large de façon à inclure les Métis et les Indiens non visés par un traité, expression qui, pour la Cour, désignait à la fois les Indiens d'aujourd'hui non inscrits et ceux visés par la *Loi sur les Indiens* au moment de l'entrée en vigueur de l'ATRN jusqu'à la révision de la loi en 1951. Le juge Goodson a expressément rejeté les conclusions des tribunaux de la Saskatchewan formulées dans les années 70 en jugeant la décision erronée<sup>202</sup>. Il a

décidé au contraire que l'ATRNL devait employer le terme Indiens dans le sens des Indiens à la fois visés et non visés par un traité qui exploitent les ressources fauniques pour leur subsistance à l'intérieur des frontières de la province. Après avoir cité des passages de l'arrêt *Sparrow*, le juge Goodson a insisté sur le point de vue de la Cour suprême : selon le paragraphe 35(1), la Couronne est tenue par une véritable promesse<sup>203</sup> Il termine ensuite en s'interrogeant sur la signification de cette «véritable promesse» dans le cas des Métis, et déclare ce qui suit :

[TRADUCTION] Il est difficile d'imaginer un droit ancestral plus fondamental que celui de ne pas mourir de faim en se nourrissant au moyen des méthodes traditionnelles utilisées dans la communauté<sup>204</sup>

Le juge Clendening, dans la décision *R. v. Fowler* rendue un mois auparavant et publiée à la suite de l'arrêt *Ferguson*, a été saisi d'un ensemble de circonstances assez semblables, hormis l'application de l'ATRNL. Il devait aussi déterminer si un individu qui n'était pas apte à s'inscrire en tant qu'Indien mais qui se définissait comme tel et était reconnu comme tel par les autres avait le droit de faire valoir le droit à l'exploitation des ressources fauniques aux mêmes conditions que les Indiens inscrits. Le juge Clendening a examiné l'arrêt *Re Eskimos* et déterminé que les tribunaux devaient se montrer justes et souples dans l'interprétation des droits issus des traités et ne pas imposer un fardeau impossible aux autochtones en leur demandant de prouver leur identité. La Cour était convaincue, à la lumière des nombreuses preuves orales et documentaires, que l'intimé était un descendant des Malécites et qu'il était étroitement lié à cette nation, dont les membres bénéficiaient des traités antérieurs à la Confédération protégeant le droit de chasse. Le juge Clendening a conclu que le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* accordait une protection constitutionnelle contre l'exercice restreint des pouvoirs législatifs à l'égard de tous les

autochtones et pas simplement des Indiens inscrits. On a demandé si ce n'était pas là ouvrir la porte à toutes sortes de revendications, mais le tribunal a conclu, au regard de l'arrêt *Chevrier*<sup>205</sup>, que ce ne serait pas un problème puisque toute personne qui peut prouver qu'elle est étroitement liée à un signataire du traité en question<sup>206</sup> a droit aux avantages conférés par ce traité.

On constate aisément d'après les arrêts précédemment cités que les tribunaux se sont heurtés à plus d'un problème en débattant la question suivante : quand et dans quelles circonstances faut-il considérer les membres de la nation métisse et les autres personnes de sang mêlé comme des Indiens au sens étroit de la *Loi sur les Indiens* ou aux termes de la Constitution? Il y aurait lieu de souligner à cet égard que les tribunaux se sont surtout attachés à faire entrer les personnes d'ascendance mixte dans la catégorie des «Indiens» en vue d'appliquer l'ensemble des règles de droit positif visant les Indiens inscrits.

S'il existe un élément commun aux examens judiciaires de ces questions, c'est l'ambiguïté apparente des analyses. Parfois et pour certaines raisons, les Métis seront considérés comme indiens s'ils sont véritablement liés d'une façon ou d'une autre avec un signataire d'un traité, une bande ou une nation indienne. À d'autres moments, on se contentera de la définition légale stricte. Toutefois, une chose semble claire : lorsque le requérant possède du sang non indien, les tribunaux n'ont jamais mis en doute, d'une part, la validité de l'origine indienne comme point de départ pour leur analyse ni, d'autre part, la compétence constitutionnelle du Parlement de faire valoir sa propre compétence à l'égard de telles personnes. La question, lorsqu'elle est soulevée, ce qui n'est pas toujours le cas, revient en général à se demander dans quelle mesure certaines dispositions législatives, comme la *Loi sur les Indiens*, tiennent compte de cette compétence.

Soulignons également que les tribunaux canadiens devront encore débattre directement des questions relatives aux droits ancestraux et issus des traités, y compris les droits relatifs aux terres, aux ressources naturelles et à l'auto-détermination qui surgissent dans le contexte du peuple métis et de ses droits juridiques uniques.

## **LA LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1982 ET L'AVENIR**

### *Participation des Métis à l'élaboration des politiques fédérales*

Après la distribution des terres en vertu de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et de la *Loi des terres fédérales* et à la lumière de la définition de plus en plus restrictive du terme Indien contenue dans les versions successives de la *Loi sur les Indiens*, les autorités fédérales ont décidé que les Indiens non inscrits et les Métis relevaient de la compétence provinciale et non pas fédérale. Cette position a commencé à s'effriter dans les années 70 à la suite du désastreux Livre blanc de 1969<sup>207</sup>, lorsque le gouvernement fédéral a entrepris d'assurer un financement de base à la principale organisation nationale représentant les Indiens inscrits, la Fraternité des Indiens du Canada (FIC). Rapidement, ce financement a été accordé aussi à l'organisation représentant les Indiens non inscrits et les Métis, le Conseil national des autochtones du Canada (CNAC). Des fonds supplémentaires ont été ensuite octroyés par les autorités fédérales au CNAC à des fins de recherches relatives au logement et aux revendications territoriales; de 1978 à 1980, le CNAC a fait partie d'un comité mixte avec le Cabinet fédéral dont la structure s'inspirait dans une certaine mesure de celle du comité FIC-Cabinet fédéral qui avait effectué ses travaux entre 1974 et 1978. Comme nous l'avons déjà mentionné, les Indiens non inscrits et les Métis ont participé, en qualité de bénéficiaires, au règlement des revendications territoriales qui a été concrétisé dans la *Convention de la*

*Baie James et du Nord québécois* en 1975. Plus récemment, ils ont participé à la négociation du règlement des revendications territoriales au Yukon et dans la région de la vallée du Mackenzie (Territoires du Nord-Ouest) avec les premières nations.

Selon le rapport du Groupe de travail Pépin-Robarts sur l'unité canadienne, *Se retrouver*, publié en 1979, les Métis avaient aussi droit à une forme quelconque d'équivalence avec ceux qui faisaient clairement partie de la catégorie des Indiens visés au paragraphe 91(24) et qui étaient représentés par des Indiens et des Inuit de souche. Les auteurs préconisaient la participation des peuples autochtones au processus de renouvellement constitutionnel : les autorités fédérales et provinciales devaient poursuivre les discussions directes avec les représentants des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada afin d'en arriver à des dispositions constitutionnelles acceptables pour les deux parties qui garantiraient aux peuples autochtones la place qui leur revient dans la société canadienne<sup>208</sup>

Les trois organisations politiques nationales représentant alors les autochtones (le FIC pour les Indiens inscrits, le CNAC pour les Indiens non inscrits et les Métis, ainsi que le Comité inuit sur les questions nationales [CIQN] pour les Inuit) ont été invités par les autorités fédérales à participer à titre d'observatrices aux deux réunions des premiers ministres en octobre 1978 et en février 1979. C'est avec succès qu'elles ont exercé des pressions afin d'obtenir une participation plus directe, de sorte qu'en 1979 et en 1980, le FIC s'est vu promettre un rôle clé et entier dans le processus de réforme constitutionnelle sur les questions qui touchaient ses membres. Les trois partis politiques nationaux ont décidé de respecter ces promesses, qui ont été par la suite élargies pour englober les Inuit, les Indiens non inscrits et les Métis. Les trois organisations ont siégé à la table des quatre conférences des premiers ministres en 1983, 1984, 1985 et 1987, ainsi qu'à des

douzaines de rencontres de ministres et de hauts fonctionnaires dont l'objectif était de régler bon nombre de questions autochtones qui avaient surgi au cours du long processus de renouvellement de la Constitution.

Avant la conférence de 1983, le Ralliement national des Métis a été formé lorsque les membres affiliés des trois provinces des Prairies se sont retirés du CNAC (de nouveaux groupes ont été par la suite constitués pour l'ouest de l'Ontario et la Colombie-Britannique) afin de créer un véhicule distinct s'inspirant des Métis de la rivière Rouge pour représenter les intérêts des Métis des Prairies<sup>209</sup>. Aux réunions des premiers ministres, les Métis étaient donc représentés par deux organismes, le CNAC et le RNM, divisés en fonction de frontières géographiques. Il y avait toutefois une différence fondamentale entre la philosophie du RNM et celle du CNAC qui dépassait les simples considérations géographiques. En effet, le RNM affirmait que les Métis de la rivière Rouge ne se composaient pas simplement de gens d'ascendance mixte qui avaient acquis une identité propre mais qu'ils étaient devenus un peuple distinct formant la nouvelle nation métisse et jouissaient donc d'un droit indépendant aux terres et à l'auto-détermination qui n'était pas rattaché à leur ascendance indienne.

Après la première conférence, l'autonomie gouvernementale constituait la principale question en instance. Les participants aux conférences suivantes de 1984, 1985 et 1987 n'ont pu parvenir à un accord sur la question, qui est demeurée irrésolue à la fois sur le plan constitutionnel et politique.

L'Accord du lac Meech ne portait pas directement sur les questions autochtones, sauf concernant la clause de non-dérogation (même si les autochtones exigeaient depuis trois ans que des modifications en profondeur soient apportées à la Constitution). C'est en partie parce que les autochtones avaient été déçus des conférences

constitutionnelles que cet accord a échoué en 1990<sup>210</sup> En effet, une proposition commune formulée en 1990 par trois des quatre grandes organisations nationales politiques des autochtones (l'APN, le CNAC et l'Inuit Tapirisat du Canada [ITC]) à l'intention du Comité spécial de la Chambre des communes pour examiner un projet de résolution d'accompagnement à l'Accord constitutionnel de 1987 (le comité Charest) exigeait clairement un rôle entier et permanent sur un pied d'égalité avec les provinces dans les pourparlers futurs sur la Constitution. Le mémoire énonçait clairement que, de l'avis des organisations autochtones nationales, toute modification constitutionnelle était importante aux yeux des autochtones, non pas seulement celles qui mentionnent expressément les peuples autochtones, car toute modification pouvait toucher leurs intérêts économiques, leurs droits juridiques ou leur influence politique. Le RNM n'a pas participé à la rédaction de ce mémoire, car il a choisi d'adhérer à l'Accord du lac Meech sur la foi de l'engagement du premier ministre Mulroney, qui avait promis de procéder à la réforme constitutionnelle du point de vue des autochtones dès la proclamation de l'Accord et de répondre sérieusement aux exigences de la nation métisse concernant les terres et l'autonomie gouvernementale. Le RNM appuyait bien entendu le principe sous-tendant la position prise par les autres organisations, puisqu'il voulait aussi une participation pleine et entière dans toute négociation constitutionnelle future et qu'il cherchait à apporter des modifications notables à la Constitution du Canada.

Comme nous le savons maintenant, par suite des pressions intenses exercées par l'APN, l'ITC, le RNM et le CNAC, ces quatre organismes ont été invités le 12 mars 1992 à participer au processus entourant l'Accord de Charlottetown, sur un pied d'égalité avec les autorités fédérales et provinciales. La Native Women's Association of Canada a voulu obtenir un droit de participation semblable, qui lui a été

refusé par le gouvernement fédéral; c'est alors que plusieurs affaires ont été portées devant les tribunaux et que les femmes autochtones ont pu obtenir une déclaration selon laquelle elles avaient été victimes de discrimination en raison de cette exclusion<sup>211</sup>, mais cette victoire judiciaire n'a été remportée qu'après la conclusion des négociations.

Le projet d'accord politique accompagnant le texte intégral de l'accord officiel de Charlottetown prévoyait le maintien de la condition énoncée à l'article 37.1, soit que les peuples autochtones doivent participer aux pourparlers constitutionnels portant sur les questions qui les touchent (Partie 5, 5.1); il établissait aussi un forum des ministres et des dirigeants auquel participeraient les dirigeants des quatre organisations autochtones, chargé dans les mois suivants de mettre en place un cadre de négociation (Partie 9, 9.1-9.4) ainsi qu'un mécanisme de règlement des différends qui remplacerait les tribunaux.

Le projet de texte juridique fondé sur l'accord proprement dit aurait créé une clause Canada reconnaissant les Métis comme un des premiers peuples canadiens. En outre, l'accord aurait abrogé et adopté à nouveau le paragraphe 35(2) en ajoutant la lettre majuscule au mot «aboriginal» dans la version anglaise, ce qui confirmerait encore une fois l'énumération distincte «des Indiens, des Inuit et des Métis» (clause 28(2)). Le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale des Métis ainsi que des Indiens et des Inuit aurait également été reconnu (clause 29). L'accord aurait ajouté une modification (article 91A de la *Loi constitutionnelle de 1867*) visant à fournir une plus grande certitude quant au paragraphe 91(24), c'est-à-dire en confirmant que cette disposition s'applique à tous les peuples autochtones du Canada.

De plus, le Ralliement national des Métis a négocié un autre document dans le cadre de ce processus, qu'on a appelé l'Accord relatif à la nation métisse. Cet accord a été proposé en guise d'entente formelle intervenue entre la nation métisse du Canada, représentée par le RNM et

ses affiliés, et Sa Majesté la Reine du chef du Canada et des cinq provinces de l'Ouest ainsi que le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest. Il visait à compléter, à la lumière des désirs de la nation métisse, les dispositions acceptées par tous les premiers ministres et les dirigeants autochtones dans le groupe de modifications constitutionnelles et d'engagements politiques. L'accord comprenait un engagement de ressources visant à permettre le recensement des membres de la nation métisse et de mettre au point un registre contrôlé par les Métis. Il exigeait aussi que les parties négocient une entente d'autonomie gouvernementale tripartite qui porterait sur des questions relatives à la compétence ainsi qu'aux dispositions économiques et budgétaires (clause 3a)). Les parties gouvernementales ont convenu de donner accès, au besoin, aux terres et aux ressources (clause 4a)) de même qu'aux paiements de transfert aux institutions métisses responsables du gouvernement (clause 9).

L'accord était censé représenter une entente légalement exécutoire entre les parties et être ratifié au moyen de textes législatifs adoptés par le Parlement et les assemblées législatives respectives une fois que la Constitution aurait été amendée conformément aux ententes contenues dans l'Accord de Charlottetown. Même si ce dernier a été rejeté par voie de référendum, le RNM a continué de demander à ce que les gouvernements participant aux négociations de l'Accord relatif à la nation métisse le signent officiellement et prennent les mesures nécessaires pour mettre en oeuvre toutes les dispositions qui ne dépendaient pas de l'acceptation de la réforme constitutionnelle. Au moment où nous rédigeons le présent document, les gouvernements continuaient de refuser d'accéder à cette demande. Toutefois, le premier ministre John Savage, de la Nouvelle-Écosse, en qualité de président de la conférence annuelle des premiers ministres, a promis au RNM le 26

août 1993 qu'il écrivait aux gouvernements concernés pour les inciter à répondre à l'organisation sur cette question.

Le droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale a fait l'objet de pourparlers tant dans le cadre du processus de Charlottetown qu'à l'extérieur. Bien que les quatre organisations politiques nationales des autochtones aient cherché à faire adopter une modification constitutionnelle afin d'éliminer toute incertitude quant à l'inclusion de ce droit inhérent dans l'expression «droits existants — ancestraux ou issus de traités», utilisée au paragraphe 35(1), ils prétendent sans fléchir depuis 1982 que ce droit est néanmoins «reconnu et confirmé» par cette disposition. C'est aussi l'avis d'un certain nombre de gouvernements provinciaux et de la Commission royale sur les peuples autochtones<sup>212</sup>, mais la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est parvenue à une conclusion différente dans l'affaire *Delgamuukw*<sup>213</sup>

Il est important de comprendre que la présence d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale — et non pas un simple droit à ce titre — signifie que le droit existe en tant qu'attribut ou qualité de nature permanente, et qu'il s'agit d'un élément qui appartient à un être, d'un caractère qui lui est joint inséparablement<sup>214</sup>. En d'autres termes, le droit est un legs des générations antérieures qui le possédaient aussi. Il est inhérent en raison du statut extraconstitutionnel d'un peuple dont les pouvoirs en matière d'autonomie gouvernementale proviennent de leur existence en tant qu'organisation sociale structurée comme une entité souveraine distincte. Le cas échéant, ce droit est antérieur à la Constitution dans le sens où il provient d'une source qui existait avant la Confédération en 1867 et qu'il n'a pas été créé par la loi suprême canadienne. En conséquence, le concept du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale désigne une forme particulière d'autonomie gouvernementale puisque son origine est distincte du droit positif. À cet égard, la position autochtone peut être comparée à celle de peuples en

général qui, en droit international, jouissent d'un droit à l'autodétermination<sup>215</sup>, lequel ne possède pas de caractère inhérent.

Si l'on reconnaît un droit inhérent aux Métis, ce serait seulement parce qu'ils étaient aussi organisés à l'extérieur de la Constitution canadienne et avant 1867. Dans son préambule, l'Accord relatif à la nation métisse sous-entend cette position : [TRADUCTION] «Dans le nord-ouest du Canada, la nation métisse a pris naissance comme nation unique possédant une langue, une culture et des formes de gouvernement qui lui étaient propres». De façon plus générale, le fait que le RNM souligne la naissance de la nation métisse dans la vallée de la rivière Rouge avant 1867 montre l'existence d'une entité sociale et politique distincte antérieure à la Constitution canadienne. Les Métis de l'est et du centre du Canada ont eu tendance à souligner plutôt leur ascendance indienne et leur existence subséquente comme collectivités distinctes puisque les entités politiques indiennes et inuit jouissaient clairement d'un droit inhérent.

Tous les Métis représentent bien entendu un peuple autochtone visé au paragraphe 35(2). Il devient difficile de prétendre en toute logique que la reconnaissance des droits inhérents des Métis est différente de la reconnaissance du même droit pour les deux autres groupes, lorsque la seule distinction est attribuable à une politique fédérale élaborée après la Confédération et avant 1982 qui a eu pour résultat de refuser d'accorder aux Métis le même statut constitutionnel. Cette situation explique sans doute pourquoi le gouvernement fédéral était prêt finalement en 1992 à faire preuve de logique et à modifier le paragraphe 91(24) en vue d'inclure tous les peuples autochtones. L'État fédéral semble avoir redéfini sa position à cet égard après le rejet de l'Accord de Charlottetown par la population canadienne, ainsi qu'à l'égard de l'Accord relatif à la nation métisse, en indiquant que sa volonté de poursuivre les négociations sur cette question était

intégralement liée aux mesures de réforme constitutionnelle, de sorte que l'échec de celle-ci signifiait que le gouvernement retournait à sa position antérieure, c'est-à-dire qu'il refusait de reconnaître que les Métis étaient visés par le paragraphe 91(24) et affirmait que le droit inhérent était déjà protégé par le paragraphe 35(1).

La question du statut constitutionnel des Métis n'est pas disparue avec le rejet de l'Accord de Charlottetown le 26 octobre 1992. Le RNM a continué de promouvoir l'adoption de son Accord relatif à la nation métisse tout en cherchant à obtenir un renvoi constitutionnel sur l'inclusion des Métis au paragraphe 91(24). Le RNM a aussi rédigé sa propre Constitution régissant le gouvernement et les membres de la nation métisse; elle est actuellement examinée par les Métis.

Que penser de l'évolution politique et des ententes intervenues en 1992? Représentent-elles une simple décision politique de la part du gouvernement fédéral visant à traiter les Métis comme s'ils étaient l'équivalent des Indiens visés par la Constitution parce que l'État souhaitait, sans y être tenu par une loi, donner l'impression qu'il faisait preuve d'équité? Était-ce uniquement le prix que le premier ministre Mulroney et ses collègues du Cabinet étaient prêts à payer pour obtenir l'appui des autochtones à l'égard de la réforme constitutionnelle qui comportait d'autres questions importantes pour le gouvernement fédéral? Peut-on en conclure que le gouvernement fédéral acceptait au moins dans une certaine mesure qu'il n'y avait réellement aucune différence, aux fins constitutionnelles, entre les Métis et les deux groupes représentant les Indiens déjà reconnus officiellement par la Constitution? Ce débat ne peut être résolu ici : nous pouvons simplement observer qu'il serait bien étrange après tout que le gouvernement fédéral déclare les Métis différents des Indiens et des Inuit en ce qui concerne le paragraphe 91(24) alors qu'il a traité les trois peuples autochtones sur un pied d'égalité en vue d'établir un troisième ordre de gouvernement

au sein de la fédération canadienne, cette question étant tout aussi importante sur le plan constitutionnel.

*Le paragraphe 35(2) : Les Indiens, les Inuit et les Métis*

Le 17 avril 1982, l'article 35 a été promulgué :

DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES DU CANADA

35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.  
(2) Dans la présente loi, «peuples autochtones du Canada» s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada.

Cet article a été modifié en 1984 par suite d'une entente intervenue à la conférence des premiers ministres de 1983 en vue d'ajouter les paragraphes (3) relatif aux règlements des revendications territoriales et (4) concernant l'égalité des sexes à l'égard des droits ancestraux et issus de traités mentionnés au paragraphe (1). Comme nous l'avons précisé ci-dessus, le gouvernement fédéral était prêt à abroger l'article 35 et à le promulguer à nouveau immédiatement en ajoutant la majuscule au mot «aboriginal» en anglais. Il est important de souligner que l'inclusion du terme Metis dans la version anglaise du paragraphe (2) constitue la première utilisation du mot dans un contexte juridique national<sup>216</sup>

La *Loi constitutionnelle de 1982* n'existe pas dans un vide politique et social : elle n'est isolée ni des événements qui ont mené à sa création ni des autres textes constitutionnels qui composent la Constitution du Canada, dont bien évidemment la *Loi constitutionnelle de 1867*. Même si les antécédents politiques ou constitutionnels ne peuvent être déterminants dans l'interprétation de certaines dispositions, ils ne peuvent non plus être laissés de côté.

Il semble donc qu'il existe trois méthodes logiques d'interpréter le paragraphe 35(2) et l'expression «les Indiens, les Inuit et les Métis du Canada» :

1. Il n'a aucun rapport nécessaire avec ses prédécesseurs constitutionnels et devrait être compris seulement à la lumière des forces politiques qui ont mené à son adoption;
2. Bien qu'il soit rattaché à ses prédécesseurs constitutionnels, il désigne des catégories de gens tout à fait différentes de celles qui sont visées au paragraphe 91(24) en qualité d'Indiens;
3. Il énonce simplement en détail les catégories de gens visés au paragraphe 91(24) en qualité d'Indiens au moyen de termes plus modernes, précis et respectueux.

Étant donné le caractère récent des événements qui ont conduit à la *Loi constitutionnelle de 1982* et les retombées politiques que nous continuons de vivre, nous serions tentés d'interpréter l'article 35 tout à fait séparément des autres textes composant la Constitution. On ne manque pas d'ouvrages et d'articles rédigés par des journalistes, des historiens et des politologues expliquant l'échange de «poissons pour des droits», pour utiliser la célèbre expression de l'ancien premier ministre Trudeau, et la poursuite des négociations à ce jour. Face à la déception causée par l'échec de l'Accord de Charlottetown chez les 17 parties qui avaient pris part aux négociations et chez ceux qui avaient appuyé les modifications, d'aucuns pourraient trouver cette approche fort attrayante. Toutefois, dans notre mémoire, nous considérons qu'elle représente un point de vue cynique du droit constitutionnel et n'aurait pour résultat que de saper encore plus la confiance des Canadiens dans l'intégrité et l'indépendance du droit face aux influences politiques.

En outre, cette approche atténuerait la distinction entre les méthodes juridiques et socio-historiques. La Constitution canadienne, bien qu'elle soit composée de documents séparés et rédigés à des

époques différentes, représente un cadre juridique qui sert de jalon national. Il s'agit d'un tout bien articulé et non pas d'un ensemble hétéroclite. L'article 52, après tout, fait référence à la Constitution du Canada au singulier. Aller au-delà de la Constitution en vue d'accorder un poids considérable à l'intention du législateur, dans les débats, les réunions et les consultations publiques, revient à réduire le droit constitutionnel à une science sociale. Or, cette démarche est particulièrement peu indiquée lorsqu'une Constitution a été rédigée en guise de document durable et permanent capable d'évoluer. L'approche socio-historique exigerait que les juges se concentrent sur les événements politiques reflétés dans le document lorsque ces événements ont eu lieu : la perspective historique serait donc figée. Or, tout comme il n'existe pas de droits figés, il ne peut y avoir d'interprétation figée des dispositions constitutionnelles. Les juges seraient aussi tenus de réagir de la même manière qu'une assemblée législative en se demandant quelle devrait être l'interprétation politiquement correcte compte tenu des circonstances politiques et historiques entourant les événements en question.

Selon une perspective politique, il serait logique de croire que les termes «les Indiens, les Inuit et les Métis» désignent purement et simplement les organisations politiques nationales des autochtones qui ont poussé le législateur à établir ces catégories. Le terme Indiens, par exemple, s'entendrait simplement des membres du FIC, c'est-à-dire les Indiens inscrits, tout comme la catégorie Métis viserait les membres du CNAC, soit aussi les Indiens non inscrits. Le terme Métis désignerait donc ce qui constituait deux catégories distinctes avant 1982, soit les Indiens non inscrits et les Métis. Par conséquent, les Indiens non inscrits sont-ils des Métis aux fins des droits ancestraux et des droits issus de traités? Par ailleurs, si les Métis représentent des personnes d'ascendance mixte, qu'advient-il des Indiens non inscrits? Puisqu'ils n'étaient pas

représentés politiquement par le FIC, sont-ils exclus alors de toutes les catégories? Dépendent-ils de modifications semblables à celles contenues dans le projet de loi C-31 de 1985 pour pouvoir se prévaloir de droits protégés par la Constitution? Le cas échéant, l'approche purement politique entraîne la modification des catégories constitutionnelles au moyen de simples modifications législatives. C'est pour cette raison, notamment, que nous estimons l'approche politique inadéquate et inacceptable sur le plan juridique.

En supposant alors que le paragraphe 35(2) fait partie du cadre constitutionnel plus large qui comprend le paragraphe 91(24), ajoutons-nous une nouvelle catégorie juridique non reliée à la catégorie des Indiens visée au paragraphe 91(24)? Cette conclusion est étayée par les objectifs différents des deux dispositions. La première accorde la protection constitutionnelle à des droits uniques, tandis que la dernière traite du partage des compétences législatives entre le pouvoir fédéral et le pouvoir provincial, cherchant à centraliser les compétences concernant les relations avec un groupe racial<sup>27</sup> et politique dans une des deux branches. Des droits peuvent être octroyés par la Constitution à de multiples catégories de gens. On pourrait prétendre que les autochtones représentent tout bonnement un sous-groupe de titulaires de ces droits possédant une longue histoire et un statut constitutionnel différent en raison de cette histoire même.

Cet argument soulève toutefois plus de questions qu'il ne donne de réponses. Tout d'abord, la distinction entre les objectifs différents des deux dispositions n'est pas nécessairement valable. En effet, le paragraphe 91(24) accorde des pouvoirs à un groupe relativement distinct de gens pour des motifs raciaux et politiques. Ce groupe a toujours été largement défini par son sang indien. En d'autres termes, une personne était indienne seulement en raison de sa filiation avec des gens dont l'organisation politique et économique était antérieure à

l'organisation politique et économique représentée par la Couronne britannique. C'est notamment pour des raisons de protection et de contrôle qu'il a été décidé d'investir les autorités fédérales plutôt que les provinces de compétences à l'égard de ce groupe racial puisque sa forme d'organisation politique et économique avait été sciemment déplacée ou détruite par les nouvelles structures mises en place sous l'égide du souverain britannique. Les textes législatifs adoptés par les gouvernements coloniaux avant 1867 montrent clairement le désir de protéger les terres des réserves indiennes contre les ravages des Blancs, tout en encourageant la mise en place de petites collectivités agricoles indiennes de manière à préserver le plus de terres possible pour la colonisation non autochtone. De la même manière, l'article 35 vise plus ou moins à protéger de façon permanente (par voie constitutionnelle) les vestiges de l'organisation politique et économique qui constitue encore des droits ancestraux et issus de traités existants exercés par les personnes mentionnées au paragraphe 35(2). Il s'agit des peuples autochtones présentant des formes d'organisation politique et économique qui non seulement existaient avant l'arrivée de la Couronne britannique mais qui, dans certains cas, avaient évolué pendant des milliers d'années avant l'établissement de la monarchie. La seule catégorie de personnes qui répondent à cette description est désignée par le terme Indiens au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

L'utilisation du terme Métis justifie que les paragraphes 35(2) et 91(24) soient interprétés séparément. Comme nous l'avons mentionné auparavant, c'est dans les modifications de 1982 qu'on utilise pour la première fois le terme «Metis» dans la Constitution. Selon cette perspective, c'est le terme *half-breed*, expression utilisée dans l'histoire et dans les textes législatifs antérieurs, aussi mentionnée dans la *Loi de*

1870 sur le Manitoba, qui aurait dû être utilisée si on avait voulu rapprocher le paragraphe 35(2) du paragraphe 91(24). Si le législateur voulait simplement énumérer les catégories comprises dans la désignation «Indiens» utilisée au paragraphe 91(24) et les distinguer des autres peuples autochtones non mentionnés à ce même paragraphe, il aurait dû utiliser la terminologie habituelle pour plus de clarté, même si les termes avaient acquis une connotation raciste inacceptable, qu'ils n'avaient pas été choisis par les intéressés (pas plus que les Inuit du Canada avaient choisi le terme «Esquimaux» pour se décrire eux-mêmes) et avaient largement disparu du discours public et gouvernemental. Cet argument présente toutefois un problème, puisque le paragraphe 35(2) énumère aussi les sous-catégories d'Inuit, qui sont déjà des Indiens reconnus par la Constitution au paragraphe 91(24). Il ne s'agit pas d'une nouvelle catégorie, et l'appellation utilisée dans l'histoire et les textes législatifs n'est pas utilisée. Si c'est le cas, ne peut-on pas conclure que le terme «Metis» a été substitué à *half-breed* dans la version anglaise pour répondre à l'usage moderne? Il est important de souligner que le Parlement a modifié le paragraphe 4(1) de la *Loi sur les Indiens* pour remplacer Esquimaux par Inuit afin de tenir compte des sensibilités culturelles et politiques.

On a suggéré qu'il est plus logique de conclure que le paragraphe 35(2) vise les mêmes catégories de personnes comprises auparavant dans le terme Indiens utilisé au paragraphe 91(24). L'expression utilisée, soit les «Indiens, les Inuit et les Métis», représente simplement une façon plus respectueuse de désigner les peuples autochtones au moyen de termes que ceux-ci emploient pour se désigner eux-mêmes plutôt que les termes parfois péjoratifs que des tiers utilisent à leur endroit. En outre, l'énumération des peuples autochtones du Canada sert aux fins des droits ancestraux et issus de traités mentionnés au paragraphe 35(1). Historiquement, seuls les Indiens visés par la

Constitution possédaient des terres sur lesquelles ils pouvaient exercer les activités qu'on appelle désormais des droits ancestraux. Par ailleurs, seuls les Indiens visés au paragraphe 91(24) pouvaient conclure des traités avec la Couronne. Si les Métis n'étaient pas des Indiens dans ce sens, comment auraient-ils pu acquérir les droits ancestraux ou issus de traités que leur inclusion au paragraphe 35(2) est censée leur garantir? La référence à ces droits à l'article 35 ne peut être anodine parce que les tribunaux sont tenus de présumer que les textes législatifs, particulièrement en matière constitutionnelle, ne parlent pas pour ne rien dire<sup>218</sup>. Une autre explication est possible : le paragraphe 91(24) ne serait pas rattaché aux pouvoirs fédéraux en matière de traités ni aux obligations de l'État relativement au titre ancestral qui permettent aux Métis et à la Couronne de conclure des traités et de régler des revendications territoriales, comme ils l'ont fait depuis la Confédération, même si les Métis ne relèvent pas de la compétence fédérale à l'égard des Indiens visés par la Constitution. Il s'agit d'une interprétation beaucoup moins probable ou logique que pourrait adopter un tribunal canadien.

#### **SI LES MÉTIS ÉTAIENT DES «INDIENS», QUELLES SERAIENT LES CONSÉQUENCES?**

*Les Métis sont-ils des «Indiens» au sens du paragraphe 91(24)?*

Bien que plus de 125 ans se soient écoulés depuis la Confédération, on se demande toujours si les Métis relèvent de la compétence attribuée expressément au gouvernement fédéral en vertu du paragraphe 91(24) ou s'ils sont du ressort des provinces. On ne manque toutefois pas d'indices montrant clairement qu'ils sont compris dans la catégorie créée par le paragraphe 91(24) et qu'ils sont des Indiens au sens constitutionnel du terme. Tout d'abord, il est manifeste que le processus d'élaboration des

traités a englobé les Métis tout au long de notre histoire. La pratique qui consiste à inclure dans les traités les peuples autochtones qui ne sont ni des Inuit ni des Indiens inscrits et d'y reconnaître leurs droits territoriaux s'est prolongée jusqu'à l'époque moderne sous la forme de règlements de revendications territoriales globales dans le Nord québécois et les deux territoires (exemple qui pourrait être suivi, dans un avenir relativement proche, en Colombie-Britannique et au Labrador, où les associations de Métis insistent pour faire reconnaître leurs droits territoriaux distincts). Les Métis sont également visés en tant que tels, de façon expresse, dans les deux accords récents concernant la vallée du Mackenzie.

On pourrait cependant prétendre qu'une telle pratique ne prouve pas, en soi, qu'aux termes du processus d'élaboration des traités, le critère déterminant quant au statut d'Indien ait été le fait d'être métis, mais que ce statut reposait plutôt sur l'adhésion à une tribu ou à une bande indienne et sur l'adoption du mode de vie des Indiens. Pour répondre à cette prétention, il convient de souligner l'adhésion des Métis au Traité n° 3, la promesse de droits issus de traités faite aux Métis de Moose Factory, en Ontario, ainsi que la question des «certificats des Métis» en vertu de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et plus tard en vertu de plusieurs lois des terres fédérales. Ces certificats étaient clairement émis par la Couronne «dans le but d'éteindre les titres des Sauvages<sup>219</sup>»; dans les Territoires du Nord-Ouest, les commissaires aux certificats voyageaient avec les commissaires aux traités et la date d'admissibilité aux certificats était la même que celle donnant droit aux avantages découlant des traités. La différence, bien entendu, était que le certificat constituerait une méthode d'attribution individuelle des terres en fief simple, par opposition aux réserves communales de terres allouées en vertu de traités. Toutefois, même les terres communales protégées par les traités pouvaient être attribuées en fief simple en vertu de

dispositions d'émancipation applicables aux Indiens faisant partie de tribus ou de bandes. En outre, le Traité n° 8 contenait également une option d'attributions individuelles pour les Indiens bénéficiaires par opposition à la mise en commun des droits afin de former des réserves.

Un autre argument à l'appui de la compétence fédérale réside dans l'histoire législative qui a commencé en 1850 pour se poursuivre jusqu'à assez récemment, et qui a connu diverses versions de la *Loi sur les Indiens* aux termes desquels les personnes qui avaient du sang indien et qui étaient associées à des tribus ou à des bandes indiennes ont été inscrites sur les listes de membres en tant qu'Indiens. Quelques-unes de ces personnes seulement, c'est-à-dire celles nées après 1868 d'un père non indien et d'une mère indienne qui étaient mariées en vertu d'une loi provinciale, se trouvaient automatiquement exclues du statut d'Indien et ne pouvaient pas bénéficier des avantages des réserves. Même cette règle a été modifiée par le projet de loi C-31, et des dizaines de milliers de personnes, autrefois exclues du statut d'Indien et dont les ascendants étaient métis ou non indiens ont maintenant retrouvé ce statut, mais pas nécessairement le statut de membres d'une bande. Ainsi la tradition législative semble indiquer que la présence d'ancêtres indiens ou inuit constitue le critère déterminant qui permet de conclure à la compétence fédérale en vertu du paragraphe 91(24). Certains soutiendront, non sans raison, qu'on peut tout simplement constater, encore une fois, que les personnes métisses doivent faire partie d'une nation ou d'une bande d'Indiens afin de pouvoir bénéficier de l'autorité fédérale. La réponse est évidemment que la compétence fédérale doit tout d'abord être fondée sur l'ascendance; s'il en était autrement, le projet de loi C-31 serait inconstitutionnel. De nombreuses personnes à qui on a rendu leur statut en vertu de la *Loi sur les Indiens*, y compris certaines qui ont le droit d'être membres d'une bande, n'ont jamais été associées au cours de leur vie à une nation ou à une bande indienne et n'ont pas l'intention de

l'être dans l'avenir. Par conséquent, la portée de la *Loi sur les Indiens* n'a pas été restreinte aux seules collectivités avec qui le gouvernement fédéral a eu des rapports politiques.

Les termes de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, des lois des terres fédérales et d'autres lois et décrets mettant en oeuvre le plan d'attribution des terres fournissent un troisième argument en faveur de la compétence fédérale à l'égard des Métis. La plupart de ces lois mentionnent l'extinction du titre d'Indien. Cependant, deux d'entre elles ne le font pas et parlent plutôt du sang indien, mais puisque le titre indien est détenu par des Indiens, et que ceux-ci sont des personnes de sang indien, cela semble appuyer le troisième argument en question au lieu de l'amoindrir.

Certains soutiennent cependant que le titre indien va de pair avec le fait d'être un Indien et ils appuient leur thèse, jusqu'à un certain point, sur les comptes rendus des débats et des assemblées politiques des époques pertinentes de l'histoire canadienne. Cependant, si l'attitude des politiciens et des fonctionnaires en matière de responsabilités constitutionnelles était déterminante, il n'existerait aucun traité numéroté dans l'ouest du Canada, aucune reconnaissance des titres ancestraux, aucune entente moderne sur les revendications territoriales; en outre, si un certain groupe de politiciens avait pu faire les choses à sa manière en 1969, il n'y aurait plus d'Indiens du tout en droit canadien.

La pratique fédérale contemporaine qui consiste à traiter les Métis tout comme si leur statut constitutionnel équivalait à celui des autres peuples autochtones justifie aussi d'affirmer que les Métis sont des Indiens au sens constitutionnel en vertu du paragraphe 91(24). Bien que cette pratique soit ambiguë et ne soit en rien définitive, elle est tout de même renforcée par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui reconnaît l'équivalence mentionnée ci-dessus en stipulant que les Métis forment un des «peuples autochtones du Canada» dont les droits

ancestraux ou issus de traités sont reconnus et confirmés. On peut ajouter que la tradition, suivie depuis 1982 par trois premiers ministres successifs, d'inviter les représentants autochtones à participer officiellement aux discussions sur la modification de la Constitution, cette participation remontant même à 1979 sous le gouvernement Clark, s'est cristallisée en une coutume constitutionnelle. Il se peut que la pratique fédérale en question ne soit pas créatrice de droit proprement dit, mais elle fournit, avec les indications historiques et législatives, la preuve permettant de croire que les tribunaux canadiens pourraient vraisemblablement bientôt conclure à la compétence constitutionnelle fédérale à l'égard des Métis.

En 1867, le Parlement fédéral s'est vu confier la compétence à l'égard de la race des «aborigènes», pour reprendre le terme de la Cour suprême du Canada dans *Re Eskimos*, désignés sous le nom d'Indiens. Le Parlement a assumé cette compétence fondée sur la race afin d'entretenir des rapports politiques avec une population qui détient un statut unique dans ce pays maintenant appelé Canada et dont la race se définit d'abord par la possession d'un certain degré de sang indien remontant aux habitants indigènes de ce territoire. Certaines personnes qui ne possèdent pas de sang indien ont également été assujetties à cette compétence du Parlement, soit par la voie du mariage, soit par une adoption qui les liait à des Indiens inscrits descendant d'une lignée indienne associée à une nation indienne reconnue historiquement. Comme le montre le projet de loi C-31, la compétence fédérale continue de se fonder sur le degré de sang indien. Il en est ainsi même si les personnes visées par cette compétence se disent indiennes, métisses ou utilisent le nom de leur nation d'origine ou de leur communauté locale pour se décrire. Catherine Bell exprime clairement cette idée, dans le contexte de l'adaptation culturelle des groupes autochtones, en ces termes :

[TRADUCTION] Considérant la diversité des groupes historiques autochtones et l'inévitable mélange de la culture autochtone et de celle des peuples colonisateurs, il est difficile d'identifier un facteur commun unique qui rassemblerait tous les autochtones en un seul groupe, exception faite du facteur suivant : la capacité de retracer les origines du noyau du groupe en remontant les lignes maternelle ou paternelle jusqu'aux habitants indigènes du Canada<sup>220</sup>

En dernière analyse, la tâche des tribunaux consistera à donner une interprétation raisonnable de l'histoire enchevêtrée et parfois désagréable des relations entre la Couronne et les peuples autochtones. À la lumière des faits présentés ici, il semble plus logique, raisonnable et efficace de considérer que les personnes métisses, de toutes ascendances, relèvent de la compétence conférée par le paragraphe 91(24). En outre, il est plus facile pour la Couronne fédérale d'exercer le pouvoir de conclure des traités et de remettre aux Métis certaines obligations constitutionnelles, puisque c'est elle qui détient ces pouvoirs en vertu des arrangements constitutionnels actuels. D'un point de vue historique, pratique et logique tant sous l'angle juridique que constitutionnel, et afin de préserver l'honneur de la Couronne, il semble qu'une conclusion raisonnable s'impose : le terme «Indiens» du paragraphe 91(24) englobe les Métis, que ceux-ci soient désignés à d'autres fins comme «Indiens», «Inuit» ou «Métis». Cette conclusion est d'ailleurs en accord avec l'opinion constamment exprimée par les Métis, tant par la voie du RNM que du CNAC qui les représentent à l'échelle nationale. Cependant, il ne faut pas en conclure que les Métis veulent que la *Loi sur les Indiens* leur soit applicable ou que le gouvernement fédéral réglemente leur vie et leurs droits aux termes de dispositions législatives particulières, analogues à celles contenues dans cette loi. Au contraire, il est certain que les Métis souhaitent se définir eux-mêmes et obtenir la reconnaissance de la compétence de leurs propres gouvernements, que ce soit dans le contexte d'une nation regroupant

tous les Métis, tel que le propose le RNM, ou dans le cadre de gouvernements locaux autonomes. Le rôle des tribunaux canadiens à cet égard n'est pas de définir les Métis en tant que peuple, mais d'interpréter la Constitution du Canada de manière à confirmer la primauté de la responsabilité et de la compétence fédérales en ce qui concerne l'avancement des droits de tous les peuples autochtones au sens des paragraphes 35(2) et 91(24).

*Les conséquences, en 1993, de l'application du paragraphe 91(24) aux Métis*

Ayant conclu que les Métis sont visés par le paragraphe 91(24), il nous faut maintenant examiner les conséquences de l'adoption éventuelle de cette même conclusion par les tribunaux canadiens ou le gouvernement fédéral.

Tout d'abord, il appert que l'adoption d'une telle conclusion par ces derniers établirait clairement la compétence constitutionnelle du Parlement de légiférer à l'égard des Métis, soit de façon particulière, soit dans le cadre de dispositions applicables à une partie ou à la totalité des membres des deux autres principaux regroupements de peuples autochtones. Il serait alors tout aussi impossible de contester une loi particulière aux Métis, pour le motif qu'elle outrepassse la souveraineté du Parlement, que de remettre en question, de nos jours, la validité de la *Loi sur les Indiens*. Autrement dit, le Parlement détiendrait l'autorité exclusive, par rapport aux législatures provinciales, d'adopter des lois applicables concrètement aux Métis et aux terres qui leur sont réservées. La modification constitutionnelle proposée par l'Accord de Charlottetown aurait, d'un autre angle, entraîné le même résultat en confirmant que le paragraphe 91(24) s'appliquait à tous les peuples autochtones. Ainsi, ce paragraphe aurait été rédigé de façon à être

interprété dans le sens global de «peuples autochtones et les terres réservées aux peuples autochtones».

Bien que les paramètres exacts du paragraphe 91(24) dépassent le cadre du présent document, et qu'ils n'aient pas encore été établis de façon définitive par les tribunaux canadiens<sup>221</sup>, on peut soutenir qu'une telle modification signifierait sans équivoque que le Parlement peut légiférer à l'égard des Métis. En outre, elle confirmerait le pouvoir des représentants de la Couronne du chef du Canada de traiter avec les Métis en tant que collectivité et de conclure avec eux des accords quant à leurs revendications territoriales; ces représentants n'auraient plus, pour ce faire, à se fonder sur la compétence imprécise que leur confère peut-être la clause portant sur la paix, l'ordre et le bon gouvernement, ni sur le pouvoir exécutif général du gouvernement fédéral en matière de négociation des traités. Bien entendu, la négociation d'autres accords sectoriels, tels que des ententes sur les pêches dans le cadre de la *Loi sur les pêches* fédérale<sup>222</sup>, serait également visée.

On ne peut conclure, à partir de ces commentaires sur l'étendue de la compétence fédérale en vertu du paragraphe 91(24), que cette compétence pourrait être illimitée, ou que les législatures provinciales pourraient ne détenir aucun pouvoir quel qu'il soit. Qu'il suffise de mentionner ici que toute règle de droit fédérale devrait quand même être compatible avec toutes les autres dispositions de la «Constitution du Canada» au sens de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ces autres dispositions comprennent évidemment la *Charte canadienne des droits et libertés* et le paragraphe 35(1), tous deux applicables en l'espèce afin de restreindre la portée de tout principe formulé par Dicey quant à la souveraineté pure du Parlement. En outre, celui-ci ne peut légiférer en vertu du paragraphe 91(24) que s'il le fait précisément, c'est-à-dire qu'il ne peut tout simplement invoquer sa compétence dans

ce domaine afin de justifier une disposition législative qui ne relève aucunement de la substance de cette compétence.

Les provinces détiendraient également une autorité législative considérable à l'égard des Métis (tout comme celle qu'elles possèdent à l'heure actuelle à l'égard des autres «Indiens» visés par le paragraphe 91(24) et des «Indiens» au sens de la *Loi sur les Indiens*). Toutefois, cette autorité n'est pas seulement soumise à la Charte et à l'article 35, mais également à la suprématie parlementaire en vertu de la règle de la prépondérance fédérale. Nous nous pencherons brièvement, plus ou moins, sur l'ampleur de la législation provinciale, actuelle et éventuelle, mais il semble d'abord approprié d'étudier plus à fond le domaine fédéral.

L'adoption de l'opinion juridique exprimée ci-dessus aurait en outre une incidence immédiate sur le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (MAINC). Celui-ci perdrait en effet une de ses principales excuses pour s'abstenir de traiter avec les Métis, ne pouvant plus prétendre qu'ils ne sont pas compris dans son mandat d'origine constitutionnelle. Cependant, une telle situation en soi ne signifierait pas nécessairement que le MAINC entame subitement des négociations avec les Métis. À l'heure actuelle, le MAINC refuse de traiter directement avec les Indiens hors réserve et les Inuit pour toute question de quelque importance, sauf s'ils résident au Yukon ou dans les Territoires du Nord-Ouest (auquel cas le Ministère s'appuie sur son pouvoir général à l'égard des territoires, qu'il étend dans une certaine mesure aux Métis de la région, et non sur sa compétence en matière autochtone). Toutefois, il serait évidemment plus difficile pour le MAINC de résister aux ouvertures des Métis voulant entrer en relation avec lui, d'autant plus que le CNAC a tout de même eu un minimum de succès au cours des dernières années en obtenant des subventions et en entamant des négociations sur un ensemble limité de questions. Le MAINC justifie

toutefois ces relations en invoquant la présence d'Indiens inscrits au sein du CNAC. Ni le RNM ni le CNAC n'ont réussi à établir des relations avec le MAINC quant aux questions concernant les Métis puisque le Ministère considère qu'elles relèvent de la responsabilité des provinces et de celle du ministre fédéral nommé par le Premier ministre à titre d'interlocuteur des Métis et des Indiens non inscrits, ainsi que de celle de ses fonctionnaires du Bureau du Conseil privé (BCP). Certains milieux laisseraient même entendre qu'on devrait modifier le paragraphe 4(1) de la *Loi sur les Indiens* pour ajouter les Métis à la mention qui exclut les Inuit de la catégorie des «Indiens» créée par cette loi.

Une autre remarque de moindre importance sur les rouages du gouvernement fédéral mérite d'être faite relativement au ministre qui assume devant le Cabinet la responsabilité supplémentaire d'agir à titre d'«interlocuteur fédéral des Métis et des Indiens non inscrits». Le premier ministre Mulroney a créé cette fonction, si on peut vraiment l'appeler ainsi, en 1985, en réponse aux plaintes du RNM et du CNAC selon lesquelles le MAINC et son ministre ne tenaient aucun compte de leurs droits. À l'époque, aucun membre du Cabinet ne détenait de mandat exprès à l'égard du RNM, du CNAC ou de leurs membres. Cette décision s'opposait à la position que défendaient l'AFN et l'ITC devant le ministre des Affaires indiennes et elle a été prise malgré les négociations constitutionnelles auxquelles participaient les quatre regroupements, les onze gouvernements et les deux territoires. Au départ, le mandat d'interlocuteur fut confié à John Crosbie, qui était alors ministre de la Justice et qui a joué un rôle central dans les pourparlers constitutionnels de l'époque. Puisque certains croyaient voir un conflit d'intérêts entre, d'une part, le rôle de ministre de la Justice et de Procureur général<sup>223</sup> et, d'autre part, celui d'interlocuteur des Métis et des Indiens non inscrits, ce dernier poste a été attribué en mai 1992 à Jake Epp, alors ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources. Ce

changement avait pour but d'éliminer le conflit d'intérêts apparent et de confier le mandat en question à un membre chevronné du Cabinet, désireux de consacrer une bonne partie de ses énergies à cette fonction tout en s'appuyant sur les ressources administratives et logistiques du Bureau des relations fédérales-provinciales (BRFP), avant que celui-ci soit aboli plus tôt cette année et que le mandat soit assigné de façon générale au BCP. À son départ du Cabinet, M. Epp a été remplacé par Jim Edwards. Bien qu'on puisse, à première vue, concevoir que le rôle en question soit tenu par un ministre distinct et par le BCP, on peut également imaginer que des considérations d'efficacité favoriseraient le transfert de ce rôle à un nouveau ministre des Affaires autochtones et à un MAINC qu'on renommerait en conséquence.

Une question beaucoup plus importante, du moins du point de vue juridique, doit être posée : en vertu du paragraphe 91(24), le Parlement a-t-il seulement le pouvoir de légiférer pour l'avancement des droits des peuples qui y sont mentionnés ou a-t-il également l'obligation de le faire? Les avocats du gouvernement fédéral répondraient sans doute à cette question par un non clair et ferme, fondé sur les points de vue traditionnels de Dicey et d'autres concernant la théorie de la souveraineté du Parlement et sur les hésitations historiques des tribunaux à ordonner à la Couronne ou au Parlement d'agir ou de s'abstenir. Puisqu'une telle obligation de légiférer, qu'elle découle du rapport fiduciaire ou d'autre chose, s'appliquerait tant aux Inuit et aux Indiens hors réserve inscrits qu'aux Métis et aux Indiens non reconnus, cette question dépasse dans une certaine mesure le cadre du présent document. L'hypothèse d'une telle obligation a également été soulevée par les Premières nations lorsqu'elles se sont heurtées à la résistance bureaucratique ou politique du gouvernement fédéral face à leurs propositions visant à faire progresser leurs droits au moyen de lois

adoptées par le Parlement (p. ex. une loi nationale concernant la protection de l'enfance et l'éducation).

Cette question se révèle fort complexe et mérite, à elle seule, une attention minutieuse<sup>224</sup>. Toutefois, nous pouvons à tout le moins prétendre qu'elle ne peut plus être écartée aussi facilement que par le passé. Un argument de poids vient appuyer cette prétention : le droit et, avec lui, la notion du partage des compétences en vertu des articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de même que la nature discrétionnaire de l'élaboration des lois par les deux autorités gouvernementales souveraines du Canada, se sont déjà fondamentalement transformés du moins en ce qui concerne les relations entre les peuples autochtones et la Couronne. Cette transformation du droit et de notre perception du partage des compétences découle de deux sources fondamentales, soit l'effet de l'inscription, en 1982, au paragraphe 35(1) de la Constitution, des droits ancestraux ou issus de traités, et la formulation judiciaire, en 1984 dans l'arrêt *Guerin c. La Reine*<sup>226</sup>, de l'obligation fiduciaire de la Couronne.

Cette obligation fiduciaire a par la suite été précisée dans le contexte constitutionnel et développée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Sparrow*<sup>227</sup> en 1990. Dans un jugement unanime rendu conjointement par le juge en chef Dickson et le juge La Forest, la Cour a déclaré clairement que non seulement l'obligation fiduciaire existait au profit des «peuples autochtones» (par opposition au seul profit des Indiens inscrits en vertu de la *Loi sur les Indiens*), mais faisait aussi partie des droits «reconnus et confirmés» par le paragraphe 35(1). Le critère établi par la Cour relativement à la violation des droits ancestraux ou issus de traités comporte des éléments particulièrement pertinents quant à cette obligation fiduciaire, notamment l'importance de transiger honorablement, de tenir des consultations adéquates, d'éviter les conflits d'intérêts et de donner comme il se doit la priorité aux droits

des peuples autochtones avant de considérer les intérêts d'autrui. Une interprétation large, mais tout de même réaliste, de cet arrêt porterait à croire que dans ses rapports avec les peuples autochtones la Couronne a l'obligation, en sa qualité de fiduciaire, d'exercer son pouvoir pour adopter des lois conçues dans le but de faire progresser les droits des bénéficiaires. Les comparaisons avec le droit privé des fiducies, que la Cour suprême du Canada tolère tout en conseillant la prudence en cette matière vu la nature unique des rapports entre la Couronne et les peuples autochtones, permettent de conclure à l'existence de l'obligation de promouvoir le bien-être des bénéficiaires et ce, même aux dépens des intérêts du fiduciaire. Non seulement les fiduciaires doivent éviter les conflits d'intérêts lorsqu'ils font passer les intérêts des bénéficiaires avant les leurs, mais certains fiduciaires particuliers ont été tenus de puiser dans leurs propres fonds lorsque les biens en fiducie se révélaient insuffisants pour subvenir aux besoins primordiaux des bénéficiaires. On pourrait étendre cette façon de faire au contexte, tout de même assez différent, des relations entre la Couronne et les peuples autochtones afin de laisser entendre que le gouvernement fédéral ne remplit pas ses obligations fiduciaires lorsqu'il refuse d'adopter les lois nécessaires pour reconnaître l'existence de certains peuples autochtones ou pour combler certains besoins économiques et sociaux fondamentaux.

On doit cependant admettre que, pour les tribunaux, laisser entendre que le pouvoir exécutif contrevient à une obligation juridique reconnue est une chose, mais qu'il en est une autre de déclarer que l'absence de dispositions législatives constitue un manquement à une obligation, sans parler de l'ordonnance de légiférer qu'ils devraient alors émettre afin de faire cesser la violation. Une telle ordonnance créerait pour le moins un précédent. Une autre distinction essentielle doit être faite entre le gouvernement fédéral et le Parlement. À vrai dire, il est fort improbable que les tribunaux canadiens ordonnent au Parlement

d'utiliser son pouvoir législatif souverain pour adopter une loi en particulier. Il est cependant un peu plus concevable que le pouvoir judiciaire déclare le pouvoir exécutif tenu, en tant que réel représentant de la Couronne du chef du Canada, de respecter ses obligations et que, le cas échéant, il lui suggère pour ce faire d'adopter les dispositions législatives appropriées. L'examen judiciaire approfondi d'un tel argument peut devenir plus acceptable si on insiste sur les exigences de la Charte en matière d'égalité de traitement et d'accès, compte tenu de l'existence de lois fédérales qui ne font progresser les intérêts que d'une partie de la population autochtone. Toutefois, la possibilité que le gouvernement dépose une loi visant le respect de ses obligations, et que la Chambre des communes et le Sénat la ratifient, serait fort probablement laissée au plein pouvoir du Parlement lui-même.

Une question plus pertinente, aux fins du présent document, consiste à se demander quel serait l'impact, sur le pouvoir législatif des provinces, d'une modification du paragraphe 91(24) afin d'y inclure les Métis de façon définitive. En termes concrets, cette question comporte deux aspects. Le premier concerne l'effet général de la compétence fédérale en vertu du paragraphe 91(24) sur l'autorité législative des provinces aux termes de la Constitution. Ce sujet suscite l'intérêt depuis 1867 et continue d'être d'actualité en ce qui concerne tous les Indiens visés par le paragraphe 91(24). Autrement dit, le problème soulevé par la compétence fédérale relative aux personnes qui résident dans les provinces n'est pas exclusif aux Métis. Le deuxième aspect de la modification en question du paragraphe 91(24) porte sur la législation de l'Alberta relative aux peuplements métis (ou «colonies», comme on les a déjà appelés si ironiquement) qui a existé sous diverses formes depuis 1938 et qui découle de la Commission Ewing mise sur pied en 1934 pour étudier les problèmes socio-économiques des Métis de la province.

Le premier aspect, c'est-à-dire l'effet général du paragraphe 91(24) sur l'autorité législative des provinces, donne lieu à un borbier constitutionnel d'où peu de directives jurisprudentielles permettent de sortir. Cette question a rarement été étudiée sous sa forme pure. L'article 88 de la *Loi sur les Indiens* a joué un rôle décisif dans de nombreux cas et sa simple existence a beaucoup influé sur d'autres, même lorsque son application était injustifiée. Si on écarte les causes reliées à l'article 88, il reste peu de directives jurisprudentielles permettant d'évaluer dans quelle mesure le paragraphe 91(24) rend inopérantes les dispositions législatives provinciales qui n'entrent pas directement en conflit avec la législation fédérale sur les Indiens. En d'autres mots, peu d'éléments indiquent dans quelle mesure la règle classique de la prépondérance des lois fédérales justifierait une incursion fédérale dans ce qui a traditionnellement été perçu comme un champ de compétence provinciale. L'arrêt *Parents naturels*<sup>228</sup>, dans lequel la Cour suprême du Canada a statué qu'aucune disposition législative provinciale ne pouvait porter atteinte au statut des Indiens inscrits en vertu de la *Loi sur les Indiens*, contient probablement les meilleurs commentaires sur ce sujet, même s'il est loin d'être clair ou complet. La Cour est même allée plus loin qu'il n'était nécessaire en signalant l'invalidité d'une disposition qui avait été ajoutée à la loi et adoptée par l'assemblée législative de la Colombie-Britannique, et qui visait à confirmer que l'adoption en vertu de la loi provinciale en question ne pouvait déterminer ou modifier le statut d'Indien.

À notre avis, le point de vue exprimé dans l'affaire *Parents naturels* et l'état général du droit indiquent qu'aucune condition législative provinciale ne peut expressément porter atteinte aux droits ou aux intérêts des peuples autochtones. Les dispositions législatives en général peuvent s'appliquer lorsqu'elles ne sont pas explicitement ou

implicitement destinées à produire un effet négatif sur les peuples autochtones et qu'elles ne contredisent pas d'autres droits reconnus, y compris ceux du paragraphe 35(1). La clé de l'application de la législation provinciale réside dans la question de l'atteinte aux droits ou au statut conférés par l'ascendance autochtone ou l'appartenance à une collectivité ou une nation autochtone. Nous alléguons que les dispositions législatives provinciales ne peuvent pas porter une telle atteinte, ni directe, ni indirecte<sup>229</sup>

Par contre, une loi à l'avantage des autochtones peut se révéler parfaitement valide si elle n'est pas uniquement ou principalement reliée à des questions qui relèvent normalement du paragraphe 91(24). De nombreuses lois provinciales adoptées au cours des deux dernières décennies mentionnent les «Indiens», les «aborigènes» ou les «peuples autochtones». Les lois sur les services à l'enfance et à la famille adoptées dans diverses provinces en sont des exemples tout indiqués. Ces mentions sont généralement conçues pour tenir compte des divers intérêts des peuples autochtones et les encourager à participer à certains processus (conseils scolaires, poursuites judiciaires, etc.), pour montrer qu'on respecte leurs valeurs (soit l'importance de la continuité culturelle ou de la famille, au sens large du terme, relativement au bien-être des enfants), ou encore pour cerner les limites d'application de lois par ailleurs valides du point de vue constitutionnel (ainsi, la *Charte de la langue française* stipule qu'elle ne s'applique pas de manière générale aux réserves et elle prévoit un régime particulier pour les communautés criées et inuit qui découle de négociations et de la *Convention de la Baie James et du Nord québécois*). Il est difficile d'imaginer que les tribunaux réduiraient à néant, dans tout le pays, tant de dispositions qui ont été si bien reçues par les peuples autochtones concernés, et qui ont souvent été instaurées avec leur collaboration.

Nous devons également souligner la longue tradition provinciale qui consiste à adopter des lois complémentaires aux lois fédérales conçues pour l'application d'ententes fédérales-provinciales concernant d'une façon ou d'une autre les peuples autochtones<sup>230</sup>. Plus récemment, cette tradition s'est élargie pour englober tant les négociations relatives aux terres des réserves indiennes que la ratification d'accords sur les revendications territoriales. Il y a probablement peu de doutes sur la constitutionnalité du contenu législatif provincial de ces ententes complémentaires.

Quant à la position de la législation albertaine particulière aux Métis par rapport au paragraphe 91(24), elle soulève la question suivante : en admettant que le critère fondamental consiste à déterminer si les lois provinciales sont discriminatoires à l'égard de la position et des droits juridiques uniques des peuples autochtones ou si elles y portent atteinte, quel sera le résultat si on applique ce critère à l'ensemble de la législation albertaine sur les peuples autochtones<sup>231</sup>? Nous prétendons qu'une réponse adéquate à cette question comporte deux éléments. D'abord, le critère ne s'applique pas à la législation sur les peuplements métis de l'Alberta; ensuite, cette législation ne respecterait vraisemblablement pas le critère en question s'il s'appliquait.

Le critère ne s'applique pas parce que la refonte des lois de l'Alberta en la matière constitue maintenant un arrangement législatif unique au Canada. Cet arrangement est non seulement le seul exemple de législation particulière aux peuples autochtones adoptée par une province, mais il constitue également la seule loi canadienne portant sur les Métis. Même si son ampleur est maintenant analogue à celle de la *Loi sur les Indiens*, ses sources sont fort différentes tant en ce qui concerne sa justification initiale en 1938 que la raison de sa refonte complète en 1990. Sa structure actuelle a été adoptée aux termes d'une

entente visant à résoudre les litiges entre les regroupements métis et la province quant aux droits d'exploitation du sous-sol et à accorder la franche tenure à chaque regroupement et des pouvoirs délégués accrus aux gouvernements locaux. La législation albertaine sur les Métis constitue le seul exemple d'une loi provinciale qui est destinée exclusivement aux peuples autochtones en général, ou à certains d'entre eux, et qui ne s'inscrit pas dans un effort complémentaire à celui du Parlement canadien ou qui ne découle pas directement d'un accord sur les revendications territoriales<sup>232</sup>

On peut difficilement imaginer un empiétement plus explicite sur ce qui constitue une compétence exclusive du Parlement aux termes du début de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il est impossible de soutenir qu'il s'agit d'une simple question nécessairement accessoire à un autre domaine de compétence provinciale et ce, même si la nature de cet ensemble législatif, ou de son prédécesseur sous la forme de la *Metis Betterment Act* qui date de 1938, s'inscrit dans «la propriété et les droits civils dans la province» en vertu du paragraphe 92(13). De même, si on alléguait que l'ensemble des ententes entre l'Alberta Federated Metis Settlements Association (AFMSA) et la province ainsi que les dispositions législatives de mise en oeuvre qui ont suivi formaient un traité, les mêmes contestations constitutionnelles surgiraient.

En fait, la seule manière acceptable de qualifier cet ensemble de lois est de les renvoyer à leur essence même qui est directement reliée aux «Métis et aux terres réservées aux Métis». Tant que les Métis restent du ressort du Parlement et de la Couronne fédérale en vertu du paragraphe 91(24), il semble impossible de percevoir cet arrangement particulier comme relevant de la compétence de la province d'Alberta. Cette impossibilité ne sous-entend toutefois pas qu'une province n'a pas le droit de réserver des terres à l'usage exclusif des peuples autochtones

ou de leur en transférer la pleine propriété. Il se peut même que le gouvernement provincial apporte des restrictions, qui n'existeraient pas normalement, aux droits juridiques de la province. Le point crucial ici est que l'assemblée législative de l'Alberta n'a d'aucune façon procédé en vertu du droit privé : elle a plutôt invoqué son pouvoir constitutionnel de légiférer pour modifier l'état prépondérant du droit et aller au-delà de la common law afin de créer un régime gouvernemental particulier sous l'administration locale des Métis et de réglementer la gestion des terres.

En outre, la province a fait beaucoup plus que créer un régime de possession particulier à l'égard des vastes morceaux de territoire en question. Elle a tenté de définir qui sont les Métis afin de déterminer qui peut profiter de ces terres ou y résider. Il est difficile d'imaginer ce qui pourrait toucher plus le « caractère indien » que le fait de déterminer les personnes qui font partie ou qui sont exclues de ce groupe reconnu du point de vue constitutionnel. Les dispositions législatives réglementent par ailleurs la vie des Métis dans les peuplements, notamment en établissant des gouvernements locaux, en définissant leur compétence législative minimale, en autorisant une surveillance étendue des affaires quotidiennes par le ministre du moment, en délimitant les droits agricoles et en définissant la nature des rapports entre la Couronne du chef de l'Alberta et les peuplements métis.

Il semble donc évident que la législation albertaine sur les Métis peut facilement faire l'objet de contestations constitutionnelles, surtout pour la raison suivante : l'AFMSA et le gouvernement provincial tentent depuis quelques années d'obtenir une participation fédérale réelle quant à la protection de cet ensemble de lois et de ses conventions accessoires. L'assemblée législative a adopté une résolution constitutionnelle en 1990 afin de modifier l'*Alberta Act*<sup>233</sup> en vue d'inscrire les titres des Métis relativement aux terres des peuplements et de confirmer que l'ensemble

des dispositions législatives constitue un exercice valide du pouvoir législatif provincial<sup>234</sup>. Le gouvernement fédéral a refusé de déposer la résolution devant le Parlement pour qu'elle y soit étudiée, prétendant qu'elle ne peut être adoptée qu'au moyen de la procédure de modification de l'article 38 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, à titre de modification générale, plutôt qu'en vertu de l'article 43, à titre de question ne touchant que l'Alberta. L'opinion du ministère fédéral de la Justice est fondée sur une interprétation restrictive des termes de ce dernier article qui le limite uniquement aux éléments qui y sont mentionnés (soit «aux changements du tracé des frontières interprovinciales» et «aux modifications des dispositions relatives à l'usage de l'anglais ou du français dans une province»). Bien que ce point de vue puisse être contesté par l'Alberta, qui prétend que l'article 43 suffit amplement à ses fins, surtout qu'il a déjà servi à apporter une modification relative aux écoles confessionnelles de Terre-Neuve, nous tenons à souligner que le Cabinet fédéral a refusé de demander à six autres provinces, comptant ensemble plus de 50 % de la population en incluant les Albertains, d'adopter cette résolution afin de dissiper tout doute à cet égard. L'Accord de Charlottetown aurait résolu la question puisqu'il aurait intégré les modifications de l'*Alberta Act* à l'ensemble des modifications devant être adoptées par les dix législatures provinciales et le Parlement.

D'ailleurs, l'Accord de Charlottetown répondait directement à la question de la situation des Métis puisque ceux-ci auraient été visés par le paragraphe 91(24). Comme nous l'avons déjà mentionné, l'Accord proposait une modification «pour plus de certitude», en guise d'article 91A, afin d'indiquer de manière explicite que le paragraphe 91(24) vise tous les peuples autochtones. Étant donné cette nouvelle disposition, l'Alberta et l'AFMSA étaient toutes deux d'avis qu'il s'avérait essentiel d'obtenir une modification supplémentaire pour que le gouvernement et

l'assemblée législative de l'Alberta aient une certaine compétence reconnue du point de vue constitutionnel à l'égard des Métis. Elles ont allégué la nécessité de refléter l'histoire unique dans cette province d'une relation active entre les deux groupes qui dure depuis plus de 50 ans. Dans l'immédiat, elles désiraient s'assurer de l'applicabilité de la refonte albertaine de 1990 dans un avenir prévisible. Elles ont finalement opté pour la modalité suivante : accorder à la seule province d'Alberta une autorité équivalente à celle du Parlement, sous réserve de la résolution des lois conflictuelles par la règle normale de la prépondérance fédérale. Le seul fait de considérer comme vitale l'insertion d'une telle disposition montre l'opinion de la plupart des avocats, sinon des 17 parties aux négociations de Charlottetown, selon laquelle la législation albertaine était gravement compromise ou ne pouvait être maintenue face à la compétence fédérale à l'égard des Métis en vertu du paragraphe 91(24).

## CONCLUSION

Dans les pages qui précèdent, nous avons tenté de passer les ouvrages et la jurisprudence en revue ainsi que de nous concentrer sur certains motifs historiques et politiques qui sous-tendent les rapports singulièrement tragiques entre les Métis et les deux autres ordres souverains de gouvernement dans ce qui est devenu le Canada.

Les Métis ont passé la majeure partie du siècle dernier largement ignorés par la société où ils vivaient. Après avoir été manipulés dans le cadre du processus des certificats d'argent, qui les a laissés sans terre et sans assise économique leur permettant de remplacer leur mode de vie axé sur le négoce et la chasse au bison disparu presque du jour au lendemain, les Métis ont été repoussés en marge de la société canadienne. À bien des endroits dans les Prairies, on les appelait le

peuple des «réserves routières», puisque les seules terres où ils pouvaient vivre étaient souvent situées le long des routes rurales, sur les terrains mis de côté par la Couronne dans l'éventualité d'une expansion du réseau routier. Ils étaient donc devenus en pratique des occupants illégaux sur leur propre territoire.

Seul le gouvernement albertain, aux pires moments de la Grande Crise, a réagi aux tragiques conditions sociales et économiques des Métis en chargeant une commission royale d'enquêter sur l'ampleur du problème et de proposer des solutions concrètes. Sous l'influence d'excellents dirigeants métis<sup>235</sup>, cette commission a recommandé la création de peuplements métis semblables aux réserves et au régime de la *Loi sur les Indiens* par le truchement de la *Metis Population Betterment Act* de 1938<sup>236</sup>, ce à quoi le gouvernement a rapidement donné suite.

Toutes les autres provinces de l'époque ont préféré ignorer les privations auxquelles les Métis étaient soumis sur leur propre territoire, tout en passant complètement outre aux droits ancestraux ou issus de traités qu'ils pouvaient posséder. Les autorités fédérales ont adopté la même position en déclarant que les Métis ne tombaient pas sous le coup du paragraphe 91(24) et qu'elles n'avaient pas la compétence pour leur porter assistance. L'État fédéral semblait trouver bien pratique d'oublier le rôle qu'il avait joué dans la distribution des certificats d'argent. Les provinces autres que l'Alberta ont préféré accuser Ottawa et rendre le pouvoir central responsable de toute mesure à prendre.

Ce refus des responsabilités s'est poursuivi jusqu'à aujourd'hui et se porte mieux que jamais après le rejet de l'Accord de Charlottetown. Il reste à espérer que l'État fédéral adhérera à l'esprit de cet accord et adoptera la même conclusion juridique que nous, soit que les Métis sont déjà visés au paragraphe 91(24), de sorte que les autorités centrales ont le pouvoir d'intervenir législativement ou en vertu de son autorité administrative s'il le désire. Comme le montre le dernier recensement

effectué par Statistique Canada, les Métis demeurent désavantagés et dépouillés dans la plupart des régions de notre riche pays; des mesures concrètes et véritables s'imposent absolument.

Nous avons aussi conclu que les Métis sont visés par l'obligation fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones. À ce jour, la Cour suprême du Canada n'a établi que certains aspects de ce rapport de fiduciaire et seulement dans le contexte de la Couronne du chef du Canada. Soulignons également que la Cour suprême n'a pas laissé entendre que cette obligation se limitait uniquement au champ de compétence fédéral<sup>237</sup>. Le juge en chef de la Colombie-Britannique a de fait déclaré que ce rapport s'étend aussi à la Couronne provinciale<sup>238</sup>.

Les ramifications et applications précises d'obligations particulières ne sont pas plus claires si l'on conclut que les Métis peuvent bénéficier de ce rapport fiduciaire. Étant donné l'absence de directives judiciaires jusqu'à maintenant, il n'est tout simplement pas encore possible de déterminer si l'obligation générale de la Couronne se traduit par des obligations spécifiques. Cette lacune revêt une importance particulière à l'égard des Métis, puisque la Couronne ne détient actuellement aucun bien en leur nom, contrairement aux terres de réserve et aux comptes en fiducie des premières nations. Le gouvernement albertain se trouvait dans cette situation avant l'accord de 1990, mais ce n'est plus le cas, puisque les titres francs sur les terres des peuplements métis ont désormais été cédés directement aux communautés métisses.

Nous avons également conclu que les provinces ne peuvent pas adopter de lois expressément restrictives ou négatives à l'égard des Métis. Les textes législatifs provinciaux de nature générale s'appliqueraient toutefois, sous réserve des limites constitutionnelles, y compris le paragraphe 35(1) et tout droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, si un tel droit est protégé par cette disposition. Cette

conclusion présente une conséquence : la loi albertaine relative aux peuplements métis est sans doute inconstitutionnelle. Bien qu'il soit possible de prétendre que l'accord et la législation s'assimilent à un traité, ou encore que les textes législatifs provinciaux devraient être maintenus comme initiative favorable plutôt qu'à titre d'intrusion négative dans le champ de compétence fédérale établi par le paragraphe 91(24), le futur est à tout le moins incertain. Par conséquent, nous recommandons que des mesures immédiates soient prises par le gouvernement fédéral pour adopter les textes législatifs habilitants qui permettraient de maintenir les lois albertaines ou encore d'obtenir une modification constitutionnelle validant ces lois provinciales, comme le proposait l'Accord de Charlottetown, par l'inclusion dans l'article 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Sans parvenir à une conclusion ferme et finale, nous avons également soulevé l'existence possible d'une obligation positive de la Couronne en raison de son obligation de fiduciaire de favoriser les intérêts des Métis par des moyens appropriés, y compris l'adoption de textes législatifs spéciaux si un groupe important de Métis le désirait. Nous croyons que ce point sera examiné par les tribunaux dans un avenir proche de manière à ce que la loi soit clairement interprétée. De prime abord, nous croyons qu'il existe une obligation positive de la Couronne d'agir de façon à atténuer les graves désavantages imposés au peuple métis.

Dans la présente étude, nous n'avons pas cherché à déterminer si les Métis possèdent un titre ancestral en général ou d'autres droits ancestraux et issus de traités. Les données examinées afin de circonscrire les compétences et les responsabilités fédérales et provinciales nous portent toutefois à croire que les Métis pourraient formuler une revendication très convaincante lorsque les preuves répondent au critère normal établi en vertu de la doctrine du titre

ancestral et s'il n'y a eu aucune cession ou extinction valide de leurs droits sur les terres en question. Les affaires les plus récentes traitant des Métis et des Indiens non inscrits, notamment les causes *Ferguson* et *Fowler*, montrent que les tribunaux ont emprunté une voie très différente et plus ouverte que par le passé en ce qui concerne les droits ancestraux et les droits issus de traités.

Pour terminer, voyons quelles sont les avenues de recherche futures. Nous croyons fermement qu'il n'est pas nécessaire de consacrer davantage d'énergie à la question de la compétence et de la responsabilité constitutionnelles, car elle a déjà été examinée en long et en large. Il revient maintenant au Cabinet fédéral de décider s'il respectera ses obligations. Par ailleurs, il faut sans plus tarder demander aux tribunaux de confirmer clairement que les Métis sont de fait des Indiens aux termes du paragraphe 91(24). Le RNM a mentionné régulièrement qu'il voudrait obtenir un renvoi constitutionnel sur cette question. Nous espérons que le gouvernement fédéral prendra l'initiative et déclarera qu'il possède la compétence voulue en vertu du paragraphe 91(24) pour régler les questions des Métis. Sinon, il est au moins nécessaire que le renvoi soit transmis par l'État fédéral à la Cour suprême du Canada ou par une province à sa Cour d'appel afin que la question soit réglée une fois pour toutes et que cet obstacle soit éliminé. Il est clair que toute possibilité de parvenir à des réalisations importantes dans les négociations tripartites en matière d'autonomie gouvernementale ou de conclure un accord avec la nation métisse dépend du règlement de cette question de compétence ainsi que des conséquences financières qui en découleront.

La Commission royale sur les peuples autochtones doit consacrer ses recherches à l'établissement des paramètres qui serviront à définir le terme Métis au sens des paragraphes 91(24) et 35(2). En pratique, c'est la méconnaissance des limites extrêmes de ce mandat et des retombées

pécuniaires possibles qui explique la réticence du gouvernement fédéral à reconnaître sa compétence en la matière. Les propos ridicules tenus par des fonctionnaires anonymes du MAINC au printemps 1992 durant les négociations constitutionnelles, selon lesquelles l'inclusion des Métis au paragraphe 91(24) entraînerait des dépenses fédérales de 5 milliards de dollars par an<sup>239</sup> a eu certainement une influence en l'absence de toute autre analyse sérieuse. Même si le simple fait de doubler le budget actuel du MAINC est absurde, il est important de s'attaquer à la crainte qui sous-tend ces allégations. L'établissement de paramètres appropriés aux fins de la création de programmes ne doit pas nécessairement et ne devrait pas entraîner la création de limites rigides. Après l'expérience vécue avec la *Loi sur les Indiens*, il ne semble pas souhaitable d'établir de nouvelles catégories de Métis inscrits et non inscrits. Par ailleurs, la mise en oeuvre d'importantes initiatives fédérales pouvant avoir des conséquences financières considérables est très peu probable si l'on ne possède pas de données suffisantes qui permettent d'établir des prévisions raisonnablement réalistes et d'évaluer la viabilité de ces programmes avant leur lancement. En outre, on pourrait supposer que le gouvernement fédéral chercherait à obtenir l'appui des provinces, voire qu'il insisterait à cet égard, et que les gouvernements provinciaux exigeraient aussi de solides données et des prévisions convaincantes au chapitre des coûts.

Il serait également utile de procéder à des recherches plus poussées sur la capacité des tribunaux canadiens, à la lumière de la jurisprudence en vigueur, de ne pas se borner à déclarer que les Métis relèvent du paragraphe 91(24) s'il est nécessaire de faire appel à l'appareil judiciaire. D'autres questions afférentes méritent considération : le recours judiciaire sous forme d'une ordonnance enjoignant au gouvernement de prendre des mesures précises de nature positive ou de s'abstenir de prendre certaines mesures. Nos tribunaux ne

se sont pas montrés enclins à adopter cette position, puisque l'organe judiciaire impose alors son point de vue au souverain, lequel a toujours été investi d'une immunité totale envers ses propres tribunaux, sauf s'il y a renonciation expresse par voie législative. Néanmoins, les limites des possibilités offertes aux tribunaux se sont étendues considérablement aux États-Unis au cours des trois dernières décennies, particulièrement grâce à l'injonction structurelle, tandis que les tribunaux canadiens ont exprimé une certaine volonté de réviser au moins une gamme plus vaste de mesures gouvernementales que par le passé<sup>240</sup>

Il n'est cependant pas nécessaire d'étudier plus en profondeur le sujet fondamental du présent document. Le gouvernement fédéral aurait dû depuis longtemps reconnaître expressément que son autorité et sa responsabilité s'étendent aux Métis. Une telle position ne créera pas un seul emploi, ne permettra pas de bâtir une maison ou de garantir un meilleur niveau de vie pour les Métis. En revanche, il éliminera un obstacle important qui empêche toute évolution, que ce soit dans le cadre des négociations tripartites sur l'autonomie gouvernementale mettant en cause les Métis et les Indiens qui n'habitent pas sur les réserves et qui sont en cours depuis 1985 sans toutefois laisser présager de résultats prochains, ou dans la mise au point de nouveaux programmes visant à promouvoir les intérêts des Métis et de leurs collectivités. Il nous reste à espérer que, dans l'avenir, les Métis ne seront plus considérés d'abord et avant tout comme le peuple oublié, dépossédé ou vivant sur les réserves routières.

## RECOMMANDATIONS

D'après ce qui précède, il est manifeste que nous formulerons quelques recommandations spécifiques à l'intention des commissaires et que,

selon nous, plusieurs sujets méritent d'être étudiés en profondeur. Voici nos recommandations :

1. La Commission royale sur les peuples autochtones devrait officiellement conclure que les Métis sont visés par le terme «Indiens» du paragraphe 91(24), de sorte que le gouvernement fédéral ait le mandat ainsi que la capacité de conclure des traités et d'entretenir d'autres relations avec la nation métisse et les autres groupes de Métis au Canada.
2. Les commissaires devraient recommander au gouvernement du Canada de renouveler ses efforts en vue de mettre en oeuvre une réforme constitutionnelle permettant d'améliorer les dispositions relatives aux autochtones contenues dans l'Accord de Charlottetown. Par conséquent, il devrait confirmer clairement et sans hésitation que le paragraphe 91(24) s'applique à tous les peuples autochtones. Il est plus important encore qu'il reconnaisse et confirme le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale pour les Indiens, les Inuit et les Métis.
3. La Commission royale devrait conclure que les Métis sont les bénéficiaires des rapports fiduciaires avec la Couronne. En outre, elle devrait recommander que le gouvernement fédéral respecte son obligation de fiduciaire et entame donc immédiatement de vastes négociations avec les représentants du peuple métis.
4. Les commissaires devraient recommander au gouvernement fédéral de prendre des mesures immédiates pour mettre en oeuvre des modifications proposées par le gouvernement albertain et l'Alberta Federated Metis Settlements Association à l'*Alberta Act*. Non seulement ces mesures devraient fournir une protection constitutionnelle concrète aux droits territoriaux des peuplements métis, mais elles élimineraient tout risque d'invalidité des textes législatifs provinciaux. Ces mesures

doivent bien entendu jouir de l'appui clair et du consentement exprès des peuplements métis de l'Alberta.

## NOTES

- \* Nous utiliserons le terme «paragraphe» pour désigner la disposition 91(24). Le but est de faciliter la lecture et de privilégier une expression plus commune.
- 1. Nous avons choisi le terme Métis parce qu'il semble être le plus généralement accepté par les intéressés au Canada. Plusieurs graphies sont possibles, toutefois, mais le choix de l'une ou de l'autre ne devrait pas être interprété comme l'adhésion, par les auteurs, à une interprétation politique quelconque. Nous n'utiliserons que rarement le terme sang-mêlé puisqu'il possède souvent une connotation négative dans l'histoire canadienne.
- 2. La Labrador Metis Association utilise aussi le terme Metis pour englober les personnes dont l'ascendance est en partie inuit mais qui se sont affiliées avec d'autres Métis de souche indienne et non indienne.
- 3. L.R.C. 1985, ch. I-5. Pendant bien des années, la loi empêchait expressément quiconque s'était prévalu des certificats d'argent ou leurs descendants de s'inscrire, mais n'excluait pas les enfants des mariages mixtes pour autant que le père était indien et inscrit et que les parents étaient légalement mariés. Cet obstacle a été éliminé par les modifications apportées en 1985 au moyen du projet de loi C-31, ainsi que la discrimination sexuelle antérieure. Par conséquent, bon nombre de Métis ne peuvent obtenir le statut d'Indien inscrit, mais un certain nombre le sont déjà.
- 4. Antoine Lussier, «The Questions of Identity and the Constitution: The Metis of Canada in 1984», *Aspects of Canadian Metis History*, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord canadien, 1985, 1, p. 1.
- 5. *Ibid.*, pp. 1 et 2. Les définitions sont les suivantes :
  - a) Une personne d'origine indienne et européenne;
  - b) Une personne qui se considère comme métisse;
  - c) Un Indien émancipé;
  - d) Une personne qui a reçu un certificat d'argent dans les années 1870 et 1880;

- e) Une personne qui s'identifie à un groupe qui se dit métis;
- f) Un autochtone qui n'est pas un Indien inscrit;
- g) Dans certaines sections de la Manitoba Metis Federation, un non-autochtone peut appartenir à la Fédération s'il est marié à un Métis. Dans les registres administratifs de l'organisation, cette personne est alors comptée comme une métisse.

6. L'Union nationale métisse de Saint-Joseph du Manitoba, *ibid.*, pp. 2 et 3.
7. *Ibid.* M. Lussier a témoigné dans une affaire entendue récemment au Manitoba qui concernait les droits ancestraux de chasse, *R. v. McPherson*, [1992] 4 C.N.L.R. 144, soulignant que 93 000 personnes s'identifiaient comme métisses dans l'ouest du Canada selon le recensement de 1982. Il estimait que le nombre réel atteignait près de 300 000 personnes. Il a déclaré (à la page 150) qu'il est impossible de s'entendre sur la définition d'un Métis.
8. Voir Conseil national des autochtones du Canada, «A Statement of Claim Based on Aboriginal Title of Metis and Non-Status Indians» (Ottawa, CNAC, 1979), pp. 1-8. On y fait état de revendications métisses allant du Québec à la Colombie-Britannique et jusqu'aux deux territoires.
9. Bryan Schwartz examine le départ des organisations métisses des Prairies dans son ouvrage intitulé *First Principles, Second Thoughts: Aboriginal Peoples, Constitutional Reform and Canadian Statecraft* (Montréal, Institut de recherche en politiques publiques, 1986), pp. 91-93. Il aborde le problème de la définition à la page 92, en précisant que bon nombre de Métis de l'ouest du Canada adoptent une définition nationaliste plutôt que raciale fondée sur la nation métisse ayant vu le jour dans l'ouest du Canada au XIX<sup>e</sup> siècle.  
Antoine Lussier traite aussi de cette question dans «The Metis and the Non-Status Indians, 1967-1984», et dans «Metis and the Indians, 1960-1984», *Aspects of Canadian Metis History, supra*, note 4, p. 54. Il mentionne que les dirigeants du Ralliement national des Métis faisaient aussi partie des anciens organismes provinciaux qui représentaient alors toujours les Indiens non inscrits. Par conséquent, les membres de l'organisme national, le Conseil national des autochtones du Canada, étaient divisés sur une question qui n'avait pas encore été résolue par les organismes provinciaux affiliés.

10. Donald Purich, *The Metis* (Toronto, James Lorimer and Co., 1988), p. 13.
11. Metis Nation Accord, le 6 octobre 1992, article 1.
12. «Draft Constitution of the Government and People of the Metis Nation», partie I, article 6, Constitutional Session Briefing Book, le 1<sup>er</sup> février 1993, discuté par le RNM du 5 au 7 février 1993, à Vancouver.
13. Lussier, *supra*, note 4, p. 4.
14. Alexander Morris, *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the Northwest Territories* (Toronto, Belsford Clarke and Co., 1880; réimpression Coles, 1979). L'auteur fait référence aux traités Robinson-Supérieur et Robinson-Huron à cet égard, pp. 16-21.
15. *Indian Treaties and Surrenders from 1680 to 1890 in Two Volumes* (Ottawa, Queen's Printer, 1891, réimprimé en 1905), vol. 1, p. 308.
16. David McNab, «Métis and the Treaty-Making Process in Ontario», communication inédite destinée au colloque sur les Métis tenu à l'Université de la Saskatchewan le 5 mai 1984. Une version modifiée de ce document a été par la suite publiée sous le titre de «Metis Participation in the Treaty-Making Process in Ontario: A Reconnaissance» (1985), 1 *Native Studies Review* No. 2.
17. *Ibid*, McNab décrit les négociations et les circonstances entourant le Traité n° 3 dans un article intitulé «Hearty Co-operation and Efficient Aid, the Metis and Treaty #3», (1983) 3 *Can. J. Native Studies*, p. 131.
18. Morris, *supra*, note 14, pp. 294 et 295.
19. Décrit dans l'ouvrage d'Olive Patricia Dickason, *Canada's First Peoples* (Toronto, McClelland & Stewart, 1992), pp. 316-319.
20. *Ibid*, pp. 317 et 318.

21. Richard Daniel, *A History of Native Claims Processes in Canada 1867-1979*, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord canadien, 1980, p. 25.
22. L'histoire de la Commission Ewing est décrite dans Dickason, *supra*, note 19, pp. 359-365, et dans Fred Martin, «Federal and Provincial Responsibility in the Metis Settlements of Alberta», dans *Aboriginal Peoples and Government Responsibility: Exploring Federal and Provincial Roles*, sous la direction de D. Hawkes (Ottawa, Carleton University Press, 1989), pp. 258-263.
23. Martin, *ibid.*, p. 260.
24. L.A. 1938, ch. 6, al. 2a).
25. L.A. 1940, ch. 6.
26. T. Pocklington, «Our Land — Our Culture — Our Future: The Government and Politics of Alberta Metis Settlements», manuscrit inédit, Université de l'Alberta, 1988, p. 11, cité dans Martin, *supra*, note 18, pp. 260 et 261. Une version de ce document a été publiée sous le titre *The Government and Politics of the Alberta Metis Settlements* (Regina, Canadian Plains Research Centre, Université de Regina, 1991).
27. *Le Petit Robert 1, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* (Paris, Le Robert, 1983), p. 1192.
28. *Harrap's Shorter Dictionnaire anglais-français / French-English Dictionary* (Londres, Harrap Ltd., 1982), p. 471.
29. On retrouvera dans Lussier, précité à la note 4, pp. 6-12, certaines descriptions des gens désignés par le terme «Métis». Émanant principalement des colons, ces descriptions ne sont pas toujours flatteuses.
30. Voir Lussier, *ibid.* Voir également Alan D. McMillan, *Native Peoples and Cultures of Canada* (Toronto, Douglas and McIntyre, 1988), p. 273 et J.R. Miller, *Skyscrapers Hide the Heavens* (Toronto, University of Toronto Press, 1989), p. 126. Les trois auteurs soulignent la distinction entre les Métis, d'une part, et les gens nés au pays, d'autre part, tout en précisant que la première catégorie englobe désormais les membres de la

dernière. L'exemple est donné par Purich, précité à la note 10, et Catherine Bell dans l'article intitulé «Who Are the Metis People in Section 35(2)?» [1991] 29 *Alta. L. Rev.* 351. Ces deux derniers auteurs discutent de la question métisse d'une façon relativement vaste sans utiliser la distinction qu'on faisait à l'origine entre les Métis francophones et les *half-breeds* anglophones.

31. Purich, *supra*, note 10, décrit ce qui suit à cet égard (p. 15) :  
[TRADUCTION] La naissance d'une population mixte n'est pas un phénomène particulier au Canada. En effet, dans bon nombre de pays de l'Amérique du Sud et de l'Amérique centrale, le peuple mixte forme une partie importante de la population. Ainsi, en Équateur, les Mestizo, terme hispano-américain désignant les personnes d'origine mixte, constituent le groupe racial le plus important du pays, représentant 45 % des 8 millions d'habitants. La population mixte canadienne est unique en son genre dans le sens où elle a acquis une identité culturelle et politique bien distincte. Les membres de cette population n'ont pas cherché à être indiens et, contrairement à ce qui se passait dans bon nombre de pays sud-américains, ils n'aspiraient pas non plus à devenir blancs.

Les populations mixtes distinctes ont vu le jour dans nombre de régions d'Afrique et d'Asie visées par l'exploration et la colonisation des Blancs. Le terme «eurasien», par exemple, témoigne des rapports entre les Européens et les Asiatiques. À cet égard, voir également Bradford W. Morse et Robert K. Groves, «Canada's Forgotten Peoples: The Aboriginal Rights of Metis and Non-Status Indians» (1987) 2 *Law & Anthropology* 139.

32. De nombreux chefs des tribus qui ont eu une importance historique n'étaient pas des Indiens «pur sang», notamment William McIntosh, des Cris, John Ross, des Cherokees, Osceola, des Seminoles, Quanah Parker, des Comanches, etc. Murial H. Wright, dans *A Guide to the Indian Tribes of Oklahoma* (Norman, University of Oklahoma Press, 1986) mentionne aux pages 61 et 62 le fait que nombre de membres influents de la nation cherokee étaient de sang mêlé :

[TRADUCTION] L'évolution remarquable des Cherokees en tant que peuple a été rendue possible principalement

grâce à l'influence de familles d'origine mixte irlandaise, allemande, anglaise, galloise ou écossaise dont les ancêtres s'étaient installés dans les régions occupées par la nation cherokee et avaient épousé des femmes cherokees au XVIII<sup>e</sup> siècle. Il s'agissait notamment des Adair, Vann, Chisholm, Ward, Hicks, Reese, Wickett. Fields, Ross, Lowry et Rogers ainsi que de familles tribales bien connues dont les descendants ont joué un rôle de premier plan dans l'histoire des Cherokees. Nombre d'entre eux étaient agriculteurs et négociants, et ils étaient aussi propriétaires de demeures imposantes, possédaient des esclaves noirs et d'importants troupeaux de bestiaux en 1800.

Aux États-Unis, la question des *half-bloods* en tant que catégorie distincte des unités tribales n'a pas été soulevée comme au Canada, parce que les tribus sont des entités politiques distinctes assimilées par le législateur à des nations internes dépendantes qui pouvaient définir leurs effectifs. Les codes tribaux ne permettent pas nécessairement de conclure à l'existence d'une définition uniforme, mais celle-ci s'appuyait généralement sur la pureté du sang ou les liens de parenté. Il était important que la tribu accepte une personne comme un de ses membres, que cette personne soit ou non inscrite en bonne et due forme sur la liste de la tribu et peu importe qu'elle soit indienne à 100 % ou non. Une personne qui serait probablement classée comme Métis ou Indien non inscrit au Canada serait souvent acceptée comme membre d'une tribu aux États-Unis.

Pour la plupart des services fédéraux, jusqu'au Bureau of Indian Affairs, le terme Indien désigne quiconque possède au moins un quart de sang indien, est membre d'une tribu reconnue par les autorités fédérales et vit dans une réserve ou près d'une réserve. D'autres textes législatifs fédéraux s'appuient parfois sur la pratique de la tribu, suivent la pratique du BIA et imposent une quantité plus ou moins élevée de sang indien ou, comme ci-dessous, imposent l'appartenance à un groupe désigné.

L'*Indian Reorganization Act* de 1934 [25 U.S.C., art. 479] définit le terme Indien d'une manière qui s'appuie sur la pratique de la tribu, l'adhésion à un groupe d'Indiens désigné à une date donnée et une pureté simple :

[TRADUCTION] Le terme Indien utilisé dans la présente loi inclut toute personne d'ascendance indienne qui est membre d'une tribu indienne reconnue relevant de l'autorité fédérale ainsi que toutes les personnes qui sont

les descendants des membres d'une telle tribu qui, au 1<sup>er</sup> juin 1934, résidaient dans les limites actuelles d'une réserve indienne; il englobe toute autre personne qui possède au moins 50 % de sang indien. Aux fins de la présente loi, les Inuit et autres peuples autochtones de l'Alaska sont considérés comme des Indiens.

Les programmes offerts aux Indiens par certains États utilisent généralement une règle de pureté établie à un quart, mais cette proportion est fixée par l'État concerné.

33. Alvin Kienetz, «The Rise and Decline of Hybrid (Métis) Societies on the Frontier of Western Canada and Southern Africa», (1983) 3 *Can. J. Native Studies* 3.
34. S.C. 1870, ch. 3. Pour un examen approfondi d'excellente qualité sur ce texte législatif, son contexte, la façon désastreuse dont il a été mis en oeuvre, ainsi que les nombreuses contraventions dont il a été l'objet, voir Paul L.A.H. Chartrand, *Manitoba's Metis Settlement Scheme of 1870* (Saskatoon, Native Law Centre, Université de la Saskatchewan, 1991).
35. S.C. 1879, ch. 31.
36. Voir par exemple Duke Redbird, *We Are Metis* (Toronto, Ontario Metis and Non-Status Indian Association, 1980), qui souligne à cet égard à la page 1 qu'il y avait des gens d'origine mixte depuis au moins le milieu du XVII<sup>e</sup> siècle, soit neuf mois avant que le premier homme blanc débarque en Amérique du Nord.
37. Nicholas Denys, *The Description and Natural History of the Coasts of North America (Acadia)*. La traduction en question a été effectuée en 1908 par la Champlain Society. Le dernier chapitre de cette traduction est reproduit dans H.F. McGee, dir., *The Native Peoples of Atlantic Canada* (Ottawa, Carleton University Press, 1983), pp. 38-44. L'auteur note à la page 43 que les enfants issus de l'union de Français et d'Indiennes étaient adoptés par la famille d'un homme micmac qui mariait la mère une fois qu'elle n'avait plus aucun rapport avec l'homme blanc.
38. R.E. Gaffney, G.P. Gould, A.J. Semple, *Broken Promises: The Aboriginal Constitutional Conferences* (Fredericton, New Brunswick Association of Metis and Non-Status Indians, 1984), p. 62.

39. Morris, *supra*, note 14.
40. Purich, *supra*, note 10, pp. 9-11.
41. Thomas Flanagan, «The Case Against Metis Aboriginal Rights», (1983) IX:3 *Canadian Public Policy* 314. Dans un article subséquent, l'auteur précise son point de vue, reconnaissant certains droits territoriaux aux Métis en raison du titre indien, mais sans qu'il y ait apparemment équivalence. Voir Thomas Flanagan, «The History of Metis Aboriginal Rights: Politics, Principle, and Policy», (1990) 5 *Can. J. Law & Soc.* 71.
42. Schwartz, *supra*, note 9.
43. L.R.A. 1970, ch. 233 (modifiée en 1982, ch. 26), art. 2. Cette loi a été abrogée en 1990 dans le cadre des textes législatifs connus sous le titre de «Alberta Metis Settlements Accord». Voir la note 56, ci-dessous.
44. Douglas Sanders, «Prior Claims: Aboriginal People in the Constitution of Canada» dans S.M. Beck et I. Bernier, dir., *Canada and the New Constitution: The Unfinished Agenda*, vol. 1 (Montréal, Institut de recherche en politiques publiques, 1983) 227, p. 254.
45. William Pentney, *The Aboriginal Provisions in the Constitution Act, 1982* (Saskatoon, Université de la Saskatchewan, 1987), p. 100.
46. Bell, *supra*, note 30, p. 352. L'auteur énumère divers termes désignant les peuples autochtones : Indiens, Indiens inscrits, Indiens non inscrits, Indiens visés par un traité, Indiens non visés par un traité, Inuit, Métis, sang-mêlé, nation métisse et Indiens citadins.
47. *Ibid.*, p. 376.
48. *Ibid.*, p. 379.
49. Lussier, *supra*, note 4, p. 12. À cet égard, il mentionne ce qui suit :
- [TRADUCTION] Si les propos de Stanley sont valables, ces liens auraient dû garder les nombreux groupes culturels métis unis dans l'adversité. Or, les événements de 1870 et

1885 ont montré que ce n'était pas le cas : de nombreux Métis n'ont pas pris part aux deux insurrections aux côtés de Riel. En 1910, les Métis de White Horse Plains, de Saint-Laurent et ceux de Kildonan n'ont pas soutenu Riel. En 1885, Fr. Morice a prétendu que les Métis avaient été obligés de combattre sans quoi ils risquaient d'être immédiatement abattus par les soldats de Riel.

Les témoignages parlementaires et judiciaires associés aux troubles survenus à rivière Rouge en 1812-1819 appuient les deux côtés du débat visant à déterminer si les Métis se voyaient comme une entité distincte. Le témoignage de trois commentateurs est cité brièvement dans Jennifer Brown, «Woman as Centre and Symbol in the Emergence of Metis Communities», (1983) 3 *Can. J. Native Studies* 39, p. 43. Voir également l'introduction qu'elle a rédigée avec Jacqueline Peterson dans l'ouvrage qu'elles ont dirigé, *The New Peoples, Being and Becoming Metis in North America* (Winnipeg, University of Manitoba Press, 1985).

50. Sanders, *supra*, note 44, p. 255.
51. Par exemple, *R. v. Laprise*, [1978] 6 W.W.R. 85 (C.A. Sask.) décision suivie de *R. v. Budd*; *R. v. Crane*, [1979] 6 W.W.R. 450 (C.B.R. Sask.).
52. Par exemple, *The Queen v. Thomas Chevrier*, [1989] 1 C.N.L.R. 128 (C.D. Ont.).
53. *Supra*, note 43.
54. L.A. 1990, ch. M-14.3.
55. *Ibid.*, al. 1j).
56. La *Metis Settlements Act* fournit le cadre nécessaire à l'exercice de pouvoirs vastes mais délégués en matière d'autonomie gouvernementale visant les peuplements métis. Elle a fait partie d'un ensemble de textes législatifs conçus pour régler certains problèmes de longue date. Les autres lois étaient la *Metis Settlements Land Protection Act*, L.A. 1990, ch. M-14.8; la *Metis Settlements Accord Implementation Act*, L.A. 1990, ch. M-14.5; et la *Constitution of Alberta Amendment Act*, 1990, L.A. 1990, ch. C-22.2. Cette dernière ne sera pas promulguée tant que le

Parlement du Canada n'adoptera pas une résolution parallèle afin de mettre en oeuvre la modification constitutionnelle.

57. Certaines des approches sont énoncées brièvement dans Bradford W. Morse, «The Aboriginal Peoples in Canada», dans *Aboriginal Peoples and The Law: Indian, Metis and Inuit Rights in Canada*, sous la direction de B. Morse (Ottawa, Carleton University Press, 1986, nouvelle édition 1989), p. 3. Brian Slattery traite de la question dans «Understanding Aboriginal Rights», (1987) 66 *R. du B. can.* 727, p. 757 :
- [TRADUCTION] Afin de déterminer si un certain groupe est constitué d'autochtones, il faut prendre en considération divers facteurs, notamment : a) l'identité que se donnent les membres, dont témoignent leurs gestes et leurs déclarations; b) la culture et le mode de vie du groupe; c) l'existence de normes ou de coutumes semblables à celles d'autres peuples autochtones; c) la composition génétique du groupe.
58. Voir *supra*, note 32.
59. S.C. 1869, ch. 6, art. 4 (31-32 Vict.).
60. S.C. 1876, ch. 18.
61. S.R.C. 1970, ch. 1-16, art. 12.
62. Morris, *supra*, note 14.
63. S.C. 1951, ch. 29, art. 11.
64. Dickason, *supra*, note 19.
65. Le propre rapport du gouvernement fédéral fait état de certains problèmes : Affaires indiennes et du Nord canadien, *Examen du Secteur des revenus et de la fiducie : Rapport de la Phase II* (Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services, 1990), pp. 134 et 135.
- [TRADUCTION] Bon nombre des collectivités visitées soulignent que le projet de loi C-31 n'a pas réussi à éliminer la discrimination contenue dans la *Loi sur les Indiens*. De fait, certaines dispositions discriminatoires demeurent ou ont été créées par suite de ce projet de loi.

Selon la nouvelle loi, les enfants de femmes indiennes réinscrites doivent se marier avec un Indien inscrit ou avoir un enfant d'un Indien inscrit afin de transmettre leur statut à leurs propres enfants. Ce n'est pas le cas des hommes indiens, même s'ils ont épousé une femme non indienne. En effet, les enfants de ce mariage peuvent transmettre leur statut, peu importe qui ils épousent. En outre, les enfants illégitimes des hommes indiens inscrits sont traités différemment par la Loi selon leur sexe. Ainsi, les garçons illégitimes peuvent transmettre leur statut à leurs propres enfants issus d'un mariage avec une femme non inscrite, mais les filles illégitimes ne peuvent le faire si elles épousent un homme non inscrit ou si elles ont un enfant de cet homme. Certaines collectivités indiennes ont maintenu que, par suite de cette disposition, les enfants non indiens adoptés par des Indiens inscrits peuvent jouir davantage de droits que les enfants d'origine indienne réinscrits ou inscrits en vertu du projet de loi C-31.

66. *R. v. McPherson*, *supra*, note 7, p. 149; juge Gregoire.
67. Pour un examen plus détaillé, voir Bradford W. Morse, *Aboriginal Self-Government in Australia and Canada* (Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, Université Queen, 1985).
68. Une telle démarche correspondrait aussi à la politique fondamentale adoptée aux États-Unis pour définir un Indien en droit :
- [TRADUCTION] Malgré la diversité dont on doit tenir compte dans la définition d'un Indien, il est quand même pratique aux fins juridiques de considérer comme indienne toute personne qui satisfait à deux critères : a) certains de ses ancêtres ont vécu sur le territoire qui constitue maintenant les États-Unis avant sa découverte par les Européens, et b) elle est reconnue comme indienne par sa tribu ou sa communauté. (Rennard Strickland *et al.*, dir., *Felix Cohen's Handbook of Federal Indian Law*, Charlottesville, The Michie Company Law Publishers, 1982, p. 20)
69. À cet égard, William Pentney soulève les difficultés suivantes :

[TRADUCTION] Il est bien connu que le processus de qualification de mesures législatives en vue d'effectuer un partage de pouvoirs est une tâche difficile. Les compétences législatives provinciales et fédérales qui, en plus d'être concomitantes, se chevauchent occasionnellement et qui étayent le système fédéral donnent naissance à un cadre complexe dont les paramètres évoluent et s'adaptent avec le temps. En ce qui a trait au paragraphe 91(24), ces problèmes sont amplifiés par la confusion qu'entraînent le double aspect du paragraphe 24 (les «Indiens» et les «terres réservées pour les Indiens»), la composition et la distribution changeante du groupe concerné ainsi que la pertinence, à l'égard de cette disposition attributive de compétences, de la relation qui existait antérieurement entre les peuples autochtones et la Couronne britannique. (William Pentney, «Aboriginal Peoples and Section 91(24) of the Constitution Act, 1867», document préliminaire inédit préparé pour le comité spécial sur le droit des autochtones de l'Association du Barreau canadien, avril 1988, pp. 19 et 20.

70. [1974] R.C.S. 1349, p. 1359 :  
 À mon avis, la compétence législative exclusive assignée au Parlement en vertu du par. (24) de l'art. 91 n'aurait pu efficacement être exercée sans que soient adoptées des lois prescrivant les qualités requises pour qu'une personne ait droit au statut d'Indien et à l'usage et aux avantages des «terres (de la Couronne) réservées pour les Indiens».
71. [1976] 1 R.C.S. 170.
72. *Ibid.*, p. 207.
73. *Ibid.*, pp. 206 et 207.
74. Schwartz, *supra*, note 9, p. 177.
75. *In the Matter of a Reference as to Whether the Term "Indians" in Head 24 of section 91 of the British North America Act, 1867, includes Eskimo Inhabitants of the Province of Québec*, [1939] S.C.R. 104. Cet arrêt est couramment appelé *Re Eskimos*.

76. Cet arrêt est examiné par Richard Diubaldo dans l'article intitulé «The Absurd Little Mouse: When Eskimos Became Indians», (1981) 16 *J. Can. Studies* 34. L'auteur signale, à la page 36, que le ministère de la Justice, et plus particulièrement les avocats de pratique privée dont il avait retenu les services, étaient d'avis que la preuve du gouvernement fédéral n'était pas très convaincante et qu'il ne paraissait pas avisé d'engager les dépenses requises pour renvoyer cette question devant la Cour suprême du Canada.
77. [1973] R.C.S. 313.
78. Le pourvoi interjeté dans l'affaire *Calder* a finalement été rejeté, mais pour des motifs relevant de la procédure. Parmi les juges de la Cour suprême, six ont reconnu que le titre ancestral était toujours une notion importante en droit canadien. Toutefois, le point sur lequel ils étaient en désaccord portait sur l'origine de cette notion et sur son extinction éventuelle en raison des mesures législatives adoptées en Colombie-Britannique avant la Confédération. Par la suite, dans l'arrêt *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, sept juges de la Cour suprême du Canada ont affirmé qu'il s'agissait d'un droit reconnu par la common law. Le juge en chef de l'époque, le juge Dickson, a été très explicite sur l'existence de ce lien. Il a déclaré, à la page 376, que dans l'arrêt *Calder* «cette Cour a reconnu le titre aborigène comme un droit, en common law, découlant de l'occupation et de la possession historiques par les Indiens de leurs terres tribales». Mesure lourde de sens, immédiatement après la décision *Calder*, le gouvernement canadien est revenu sur sa position de principe antérieure en niant l'existence de droits ancestraux et en rétablissant le processus de négociation des traités sous l'expression «revendications globales».
79. La tendance du gouvernement fédéral à ne pas vouloir assumer ses obligations constitutionnelles envers les Indiens est décrite de manière plus détaillée dans Bradford W. Morse, «Governmental Obligations, Aboriginal Peoples and Section 91(24) of the *Constitution Act, 1867*» dans D. Hawkes, dir., *Aboriginal Peoples and Government Responsibility*, précité à la note 22, pp. 59 à 91.
80. Une description plus détaillée de ces moyens est donnée par Linda Rayner dans «The Creation of a 'Non-Status' Indian Population by Federal Government Policy and Administration»

(document de recherche inédit préparé en 1978 par le Conseil national des autochtones du Canada)

81. Le mécanisme des revendications globales, inauguré en 1973, n'exigeait pas que les provinces participent au processus même de négociation. Toutefois, pour exiger la coopération des provinces au début du processus, le gouvernement fédéral s'est appuyé sur le fait que la plupart des terres inoccupées de la Couronne sont la propriété de la Couronne du chef de chacune des provinces concernées selon l'article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la *Loi constitutionnelle de 1930* ou certaines dispositions particulières d'ententes territoriales. L'adoption du paragraphe 35(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui a eu pour effet d'assimiler l'ensemble de ces accords territoriaux à des dispositions constitutionnelles, est venue étayer cette prétention. De l'avis du gouvernement fédéral, cette situation justifiait l'exigence voulant que les provinces participent à la négociation et à la ratification.
82. Au moins, les autorités gouvernementales fédérales reconnaissent maintenant qu'il existe des droits authentiques visés par l'article 35. Apparemment, dès que cette disposition a été inscrite dans la Constitution, le gouvernement fédéral a cru qu'elle n'offrait à peu près rien à reconnaître ou à confirmer. Bref, qu'il s'agissait d'une «boîte vide». Douglas Sanders va au coeur de la position initialement adoptée par les autorités fédérales lorsqu'il rapporte l'anecdote suivante :
- [TRADUCTION] Ian Binnie, alors une figure marquante du ministère fédéral de la Justice, s'est fait demander quels étaient, à son avis, les droits protégés par l'article 35. On lui avait posé cette question dans le cadre d'une réunion ministérielle tenue en préparation de l'une des conférences des premiers ministres sur les questions constitutionnelles autochtones. M. Binnie a répondu en donnant l'exemple suivant : les Indiens ont le droit de céder leurs terres. Cette déclaration a fait rire les personnes présentes tant elle était absurde. Le gouvernement fédéral venait d'utiliser la doctrine de la «boîte vide». La boîte que représentait l'article 35 devait protéger des droits; malheureusement, celle-ci était vide. (Douglas Sanders, «The Supreme Court of Canada and the 'Legal and Political Struggle' Over Indigenous Rights», (1990) XXII 3 *Can. Ethnic Studies* 122, p. 125.)

83. Voir, par exemple, la *Sechelt Indian Government District Enabling Act*, L.C.-B., 1987, ch. 16.
84. Ces divers textes législatifs sont décrits par J. Leslie et R. Maguire, dir., dans *Historique de la Loi sur les Indiens* (ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, Ottawa, 1980), pp. 17 à 67.
85. Cette évolution est décrite par John Tobias dans le document intitulé «Protection, Assimilation, Civilization: An Outline History of Canada's Indian Policy» dans J.R. Miller, dir., *Sweet Promises: A Reader on Indian-White Relations in Canada* (Toronto, University of Toronto Press, 1991), p. 127.
86. Les directeurs de l'*Historique de la Loi sur les Indiens*, précité à la note 84, font allusion à cette possibilité à la page 41 de leur ouvrage : «Par suite de l'expérience de Manitoulin et d'entreprises analogues aux États-Unis, la séparation des Indiens de la société "blanche" n'était pas considérée comme un objectif souhaitable.» En outre, ils signalent à la page 38 que le premier texte législatif relatif à l'émancipation prévoyait des mesures propres à encourager les Indiens à s'émanciper volontairement. En effet, on pouvait leur attribuer un titre de propriété libre sur des terres de réserve, jusqu'à concurrence de 50 acres, ainsi qu'une somme d'argent relativement élevée.
- Les directeurs de *Felix Cohen's Handbook*, précité à la note 68, décrivent à la page 128 le mécanisme d'attribution de terres comme un des éléments de la politique d'assimilation adoptée par les États-Unis pour inculquer aux Indiens la valeur de la propriété privée, d'une part, et libérer des terres indiennes «excédentaires» pour les colonies non indiennes, d'autre part. Le mécanisme d'attribution de terres utilisé dans ce pays a été marqué par une longue et tragique évolution qui, on peut le présumer, était connue des responsables de l'élaboration des politiques au Canada. Cette évolution est brièvement décrite de la façon suivante aux pages 129 et 130 :
- [TRADUCTION] La notion d'attribution de terres n'était pas nouvelle : des terres indiennes avaient été attribuées dès 1633. Le mécanisme d'attribution avait connu une évolution et il gagnait en popularité depuis un certain temps [...]
- Plus tard, l'attribution de terres a été utilisée comme une façon de mettre fin à l'existence des tribus. Les attributaires cédaient leurs droits dans les biens de la tribu

et devenaient des citoyens assujettis à la compétence de l'État et à celle des autorités gouvernementales fédérales. Pendant les années 1850, ce morcellement des terres et de l'existence tribales s'est généralisé. Ces exercices d'attribution de terres ont par la suite servi comme modèle pour l'adoption de nouveaux textes législatifs.

Aux États-Unis, la principale tentative visant à détruire le fondement même de l'existence tribale distincte a eu lieu en 1887 avec l'adoption de la *General Allotment Act* (25 U.S.C. art. 331 à 334, 339, 341, 342, 349, 354 et 381), connue sous le titre *Dawes Act*. Ce texte législatif prévoyait l'attribution obligatoire des terres tribales détenues collectivement. Les directeurs de *Felix Cohen's Handbook*, *ibid.*, énoncent, à la page 132, que [TRADUCTION] «les philanthropes de l'Est voulaient civiliser les Indiens tandis que les colons de l'Ouest voulaient des terres indiennes». La politique et le mécanisme d'attribution de terres sont décrits par Janet A. McDonnell dans *The Dispossession of the American Indian 1887-1934* (Bloomington, Indiana University Press, 1991).

87. S.C. 1857, ch. 26 (20 Vict.). Dans son ouvrage intitulé «The Early Indian Acts: Developmental Strategy and Constitutional Change», dans *Sweet Promises*, précité à la note 85, pp. 147 et 148, John S. Milloy affirme que l'adoption de ce texte législatif a entraîné trois conséquences défavorables :
- [TRADUCTION]
- Elle a créé une contradiction constitutionnelle en permettant qu'une partie des terres indiennes détenues collectivement et protégées par l'Empire soit accaparée à la suite de l'émancipation sans respecter le processus fixé dans la *Proclamation royale de 1763*.
  - Elle a marqué la transition d'un mode de vie indien, collectif et protégé, à l'assimilation graduelle des Indiens et au morcellement des terres détenues en commun.
  - Elle a donné naissance à une crise dans les rapports entre les chefs des tribus et les autorités coloniales à cause de la rupture de l'association qui, de façon générale, connaissait une évolution favorable et qui avait existé depuis les années 1830 entre les représentants du ministère, les missionnaires et les conseils des tribus.
88. Un Indien de sexe masculin, âgé de plus de 21 ans, de bonnes moeurs, sobre et sachant lire et écrire, pouvait s'émanciper après avoir subi un examen et avoir été déclaré apte par trois

commissaires. Il recevait une partie des terres de la bande qui étaient situées à l'intérieur de la réserve, ainsi que sa part des fonds de la bande. Dans les faits, le droit d'exercer l'émancipation était fonction du respect des exigences législatives fédérales et provinciales en matière de propriété en vigueur à ce moment-là. Par conséquent, il n'y avait aucun droit de vote automatique. L'épouse et les enfants mineurs non mariés d'un Indien émancipé obtenaient automatiquement l'émancipation.

89. *Supra*, note 59.

90. *Supra*, note 60.

91. L'évolution qu'ont connue ces dispositions jusqu'en 1951 est examinée par Rayner, précité à la note 80, pp. 19 à 36.

92. Dans son texte intitulé «Canada's Subjugation of the Plains Cree, 1879-1885», dans *Sweet Promises*, précité à la note 85, John Tobias appuie cette prétention de la façon suivante à la page 213 :

[TRADUCTION] Ceux qui propagent le mythe voudraient nous faire croire que le Canada a commencé à négocier des traités avec les Indiens de l'Ouest en 1871 dans le cadre d'un plan global visant à exploiter le potentiel agricole de cette région, à défricher le territoire en vue de la construction d'un chemin de fer et à unir les Prairies au reste du Canada au moyen d'un réseau de liens commerciaux et économiques. Bien qu'il y ait un élément de vérité dans ces déclarations, il n'en demeure pas moins que, en 1871, le Canada n'avait aucune intention de traiter avec les Indiens. En effet, les traités conclus à cette époque n'ont pas été négociés grâce à l'initiative du Canada, mais bien grâce à l'insistance des Ojibwas de North-West Angle et des Saulteaux de la minuscule province du Manitoba. Pourtant, dans l'interprétation traditionnelle de ces événements, on néglige de préciser que la bande de Saulteaux de Yellow Quill's renvoyait les colons qui tentaient d'aller à l'ouest de Portage la Prairie et que d'autres chefs saulteaux insistaient pour faire appliquer le traité Selkirk ou, plus souvent, pour négocier un nouveau traité. On passe également sous silence le fait que les Ojibwas de North-West Angle exigeaient des loyers et avaient menacé d'être violents envers les colons éventuels qui traverseraient leur territoire ou en feraient

usage si les droits territoriaux des Ojibwas n'étaient pas reconnus. Cette pression ainsi que la crainte des actes de violence que pourraient commettre les Ojibwas sont les véritables motifs ayant poussé le gouvernement à entamer le processus de négociation des traités.

Il est intéressant de signaler que le même argument pourrait être invoqué en ce qui concerne les Métis du Manitoba puisque le gouvernement fédéral a négocié la création d'une nouvelle province uniquement en raison de la pression exercée par les autorités gouvernementales provisoires.

93. Alexander Morris confirme ces faits dans son ouvrage précité à la note 14.
94. Le fait que ce soient les Indiens qui aient pris des mesures pour forcer le gouvernement à agir est appuyé par Dickason, précité à la note 15, p. 275; par John Taylor dans son texte intitulé «Canada's North-West Indian Policy» dans *Sweet Promises*, précité à la note 80, p. 207, de même que par Peter A. Cumming et Neil H. Mickenberg, dir., dans *Native Rights in Canada* (Toronto, General Publishing Co. Ltd., 1972, 2<sup>e</sup> éd.), pp. 120 et 121.
95. *Supra*, note 75.
96. Pour une étude récente sur cette question et sur les conséquences qu'elle a eues sur les Innus, voir le rapport du 18 août 1993 présenté par Donald MacRae sur la plainte déposée par la nation innue auprès de la Commission canadienne des droits de la personne.
97. Voir plus particulièrement le dernier article préparé par M. Flanagan au sujet des Métis, «The History of Metis Aboriginal Rights», précité à la note 41.
98. *Supra*, note 9.
99. De même, Purich, précité à la note 10, constate ce qui suit à la page 62 :  
[TRADUCTION] En réponse aux arguments présentés par M. Flanagan, il est possible d'avancer que, peu importe les intentions de M. MacDonald à cette époque, ce dernier a effectivement reconnu les droits des Métis par le simple fait d'avoir pénétré avec eux dans un de leurs

peuplements. En droit des contrats, l'intention des parties est rarement pertinente. C'est le libellé du contrat qui en détermine les effets et non l'intention des signataires. De la même manière, les effets que produisent les textes législatifs (par exemple, l'Acte pour constituer le gouvernement de la province de Manitoba) découlent du libellé de ces textes, non de l'intention du législateur. Ce n'est qu'en présence d'un texte très confus que les tribunaux examineront l'intention du gouvernement pour se prononcer sur les effets de celui-ci.

100. *Renvoi relatif au paragraphe 94(2) de la Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, chap. 288, modifié par la Motor Vehicle Amendment Act, 1982, (C.-B.), chap. 36, [1985] 2 R.C.S. 486.* La Cour suprême du Canada a rejeté l'interprétation de nature procédurale de l'article 7 de la Charte qu'avaient donnée certains hauts fonctionnaires du ministère fédéral de la Justice qui avaient participé à la rédaction de cette disposition.
101. Clem Chartier, «'Indian': An Analysis of the Term Indian as Used in Section 91(24) of the *British North America Act, 1867*», (1978-1979) 43 *Sask. L. Rev.* 37.
102. Schwartz, précité à la note 9.
103. Les éléments historiques mentionnés par Chartier ont été examinés dans deux affaires. Le juge Ferris de la Cour provinciale de la Saskatchewan tire des conclusions contraires lorsqu'il conclut, dans la décision *R. v. Genereaux*, [1982] 3 C.N.L.R. 95, que les Métis, en 1867, n'étaient pas des Indiens au sens du paragraphe 91(24). Pour sa part, le juge Ayotte de la Cour territoriale des Territoires du Nord-Ouest appuie les conclusions de Chartier dans l'affaire *R. v. Rocher*, [1982] 3 C.N.L.R. 122.
104. *R. v. Genereaux, ibid.*, p. 104.
105. *Supra*, note 14.
106. Voir les sources précitées aux notes 14 à 17.
107. S.C. 1850, ch. 42 (13-14 Vict.).
108. J. Tobias, *Sweet Promises*, précité à la note 85, p. 129.

109. O.A. Dickason, précité à la note 19, déclare ce qui suit à la page 250 : [TRADUCTION] « Avec autant de territoire en jeu, il est devenu important de définir le terme "Indien" À l'occasion de l'adoption du texte législatif de 1850 pour le Bas-Canada, on s'est lancé dans cette entreprise sans consulter les Amérindiens [...] On en est vite venu à la conclusion que cette définition était trop étendue.»
110. S.C. 1861, ch. 14, art. 11 (23 Vict.).
111. *Acte pour encourager la Civilisation graduelle des Tribus Sauvages en cette Province, et pour amender les Lois relatives aux Sauvages*, précité à la note 87.
112. 1859, ch. 9 (22 Vict.).
113. S.C. 1868, ch. 42 (31 Vict.).
114. Précité à la note 59. Ce texte législatif prévoit également, à l'article 6, qu'une Indienne « qui se mariera à un autre qu'un Sauvage » perd son statut d'Indienne, ce qui est également vrai pour ses descendants. Toutefois, même si elles perdaient le droit de résidence et leur statut, ces personnes étaient autorisées à partager les fonds de la bande et elles conservaient leurs droits issus de traités.
115. *Supra*, note 60.
116. *Supra*, note 63.
117. (1894) 1 Terr. L. R. (C.S.T.N.-O., jugement rendu à l'audience). Malgré certaines ambiguïtés sur ce point, cette décision est le principal élément sur lequel se fonde cette hypothèse.
118. *Supra*, note 34.
119. S.C. 1874, ch. 20.
120. *Supra*, note 35.
121. Décret daté du 14 décembre 1888 dont la version anglaise est reproduite par T. Flanagan dans « The History of Metis Aboriginal Rights », précité à la note 41.

122. Décret pris le 6 mai 1899 dont la version anglaise est reproduite par T. Flanagan, *ibid.*
123. S.C. 1899, ch. 16, art. 4.
124. Flanagan, «The History of Metis Aboriginal Rights», précité à la note 41, p. 84 : «Le lien de dépendance entre les droits des Métis et ceux des Indiens signifiait que les droits des premiers ne pouvaient être éteints sans que le titre indien dans la même région n'ait été éteint au préalable.»
125. Voir la lettre de 1888 du sous-ministre de l'Intérieur reproduite dans l'ouvrage de Flanagan, *ibid.*, p. 80 :  
 [TRADUCTION] J'ajouterai, cependant, qu'aussitôt que le gouvernement prendra des dispositions pour négocier la cession des territoires en question avec les Indiens, le ministre prendra les mesures nécessaires pour éteindre en même temps le titre indien accordé aux Métis qui vivaient dans ces territoires le 15 juillet 1870.
126. On attribue ce changement de ton au juge McKenna, secrétaire personnel du ministre de l'Intérieur, qui déclarait dans une lettre officielle en 1899 (Flanagan, *ibid.*, p. 82) :  
 [TRADUCTION] Par conséquent, il est évident que c'est en vertu de leur sang indien que les Métis jouissent de leurs droits, quels qu'ils soient. Les droits des Indiens et des Métis n'ont pas la même importance, mais ils sont forcément concomitants. Les droits des Métis doivent être maintenus jusqu'à ce que le titre indien soit éteint, auquel cas ils devraient à juste titre être éteints en même temps. Le principe sous-tendant la politique du gouvernement à l'égard des Indiens, telle qu'elle est formulée dans les différents traités, pourrait donc s'énoncer comme suit : lorsque la situation change en raison de la colonisation et que le mode de vie et les moyens de subsistance ordinaires des Indiens en sont touchés, il est à la fois indiqué et équitable — indépendamment de tout titre que ceux-ci peuvent détenir sur une terre — de leur offrir un certain dédommagement. Ce même principe est, et devrait être, le fondement de toute politique relative aux Métis. Lorsque les droits des Indiens dans un territoire donné sont éteints, ceux des Métis devraient alors l'être aussi, et si le gouvernement n'arrive pas, comme dans le passé, à

respecter une telle politique, les droits des Métis devraient être maintenus jusqu'à la date de leur extinction.

127. L'Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, précité à la note 59, est à l'origine de cette politique. Les modifications apportées à la *Loi sur les Indiens* en 1985 par le projet de loi C-31 visaient en partie à corriger cette injustice.
128. L'Acte sur les Sauvages et les terres des Sauvages, précité à la note 110.
129. (1888) 14 App. Cas. 46 (C.P.).
130. *Ibid.*, p. 54.
131. Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Université McGill, 1985, pp. 144 et 189 respectivement.
132. Voir, par exemple, *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335 et *Delgamuukw et al. v. A.G.B.C.*, [1993] 5 W.W.R. 97 (C.A.C.-B.).
133. Voir l'arrêt *Calder*, précité à la note 77.
134. *Baker Lake c. Le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518.
135. Douglas Sanders, «Aboriginal peoples and the Constitution», (1981) *Alta. L. Rev.* 410, p. 421
136. *Supra*, note 123. Pour une étude sur les nombreuses actions déshonorantes, voire frauduleuses, concernant les certificats d'argent, auxquelles se sont livrés des spéculateurs ainsi que les autorités fédérales et provinciales du Manitoba, consulter l'excellente recherche historique de Doug Sprague dans son ensemble, y compris «Government Lawlessness in the Administration of Manitoba Land Claims, 1870-1887» (1979) 10 *Man. L.J.* 415 et Chartrand, précité à la note 34.
137. [TRADUCTION] «Posséder un titre indien, cependant, n'est pas nécessairement la même chose qu'être indien.» Schwartz, précité à la note 7, p. 243.

138. Dans un discours prononcé à la Chambre des communes en 1885, sir John A. Macdonald a déclaré :
- [TRADUCTION] Que les Métis aient un droit ou non sur ces terres, n'est pas tant la question; il s'agissait plutôt de conclure une entente avec les habitants de la province; 1 400 000 acres seraient amplement suffisantes pour dédommager ces hommes de ce qu'on a appelé l'extinction du titre indien. Cette expression était incorrecte, car les Métis ne se considéraient pas eux-mêmes comme des Indiens. (*Débats de la Chambre des communes*, le 6 juillet 1885, reproduits dans Flanagan, «The History of Metis Aboriginal Rights», précité à la note 37, p. 74.)
139. Schwartz, précité à la note 9, p. 245.
140. À la Chambre des communes, 15 ans avant le discours cité par Flanagan dans «The History of Metis Aboriginal Rights», précité à la note 41, sir John A. Macdonald aurait parlé comme suit des concessions accordées aux Métis juste deux mois avant l'entrée du Manitoba dans la Confédération :
- [TRADUCTION] Ces Métis étaient tout à fait justifiés dans leurs revendications territoriales en vertu de leur origine et en tant que colons. En conséquence, le gouvernement a proposé, en vue de régler ces revendications, de leur réserver 1 400 000 acres. Aucune terre ne serait réservée au profit des spéculateurs blancs, puisqu'elles n'étaient attribuées qu'aux fins du peuplement. Les modalités devaient être fixées par le Parlement qui, de cette manière, montrait qu'il était soucieux des intérêts de ces tribus pour empêcher l'exploitation indue de ces affectations justes et libérales. (*Débats de la Chambre des communes*, 4 mai 1870, cité dans *A Statement of Claim du Conseil national des autochtones du Canada*, précité à la note 8, p. 26.)
141. *Supra*, note 17.
142. Maintenant acceptée en droit canadien, la remarque ayant été formulée par Kenneth Lysik (maintenant le juge Lysik), «The Unique Constitutional Position of the Canadian Indian», (1967) 45 *R. du B. can.* 513, p. 515.
- [TRADUCTION] Rien dans le paragraphe 24 ne laisse entendre que la détermination de l'autorité législative à

l'égard des Indiens en tant que telle dépend de la question suivante : la loi s'applique-t-elle à un Indien vivant sur les terres réservées aux Indiens, par opposition à un Indien qui vit en dehors de ces terres?

143. Noel Lyon, «Constitutional Issues in Native Law», précité à la note 57, pp. 408 à 429.
144. *Ibid.*
145. Ce qui rendrait, jusqu'à un certain point, les dispositions sur l'exclusion des Métis énoncées à l'alinéa 3e) de l'*Acte des Sauvages, 1876* (précité à la note 60) équivalentes à celles de l'article 88 de cette même version de la loi, selon laquelle tous les «Sauvages émancipés» qui ont reçu des lettres patentes leur concédant en pleine propriété quelque partie de la réserve «ne seront plus réputés des Sauvages dans le sens des lois relatives aux Sauvages» (à moins de circonstances exceptionnelles, notamment à l'égard des annuités et des intérêts). Toutefois, les Indiens émancipés n'ont pas perdu à l'époque leur droit de participer aux conseils de bande.
146. Dans *R. v. Rocher*, précité à la note 103, le juge Ayotte parle des droits de pêche et de chasse accordés aux Métis dans les Territoires du Nord-Ouest en soulignant (p. 133) [TRADUCTION]: Il se peut que l'approche adoptée par le gouvernement actuel à l'égard des négociations sur les revendications territoriales des Métis, du moins dans les Territoires du Nord-Ouest, soit une façon implicite de reconnaître ce droit.
147. *Supra*, note 4.
148. Sally Weaver, «Federal Difficulties with Aboriginal Rights Demands», dans M. Boldt, J.A. Long et L. Littlebear, dir., *The Quest for Justice* (Toronto, University of Toronto Press, 1985) 139, p. 146.  
Vine Deloria Jr., Indien sioux, décrit d'un ton plus mordant le même phénomène dans *Custer Died For Your Sins: An Indian Manifesto* (New York, Avon Books, 1970), et souligne ce qui suit (p. 10) :  
[TRADUCTION] Plus nous essayons d'être nous-mêmes, plus nous sommes obligés de défendre ce que nous n'avons jamais été. Le public américain se sent très à l'aise avec l'image mythique et stéréotypée des Indiens

qui ont toujours vécu là. Ces Indiens sont farouches, ils portent des plumes et parlent en éructant. La plupart d'entre nous ne correspondons pas à cette image idéalisée puisque nous n'éructons que lorsque nous mangeons trop, c'est-à-dire rarement.

Dans l'édition de 1942 du *Handbook of Federal Indian Law* de Felix Cohen (Washington, U.S. Government Printing Office, 1942), Nathan Margold, dans son introduction à la page *xxvii*, soulève la question de la culture indienne traditionnelle et de l'adaptation aux sociétés des colons dans une perspective historique :

[TRADUCTION] Comme je l'ai déjà fait observer, les groupes visés par les textes législatifs fédéraux sur les Indiens ont subi, au cours du siècle et demi qui a suivi la création de notre pays, des changements dans leur mode de vie, leurs institutions, leurs besoins et aspirations qui sont beaucoup plus profonds que ceux subis entre notre époque et celle pendant lesquelles Hammaurabi, Moïse, Lycurgue ou Justinien ont légiféré. En l'espace de 150 ans, on a assisté à des transformations dans les relations sociales, politiques et matérielles qui ont mis plus de 30 siècles à s'opérer dans la civilisation européenne.

149. *Supra*, note 30, p. 368.

150. Bell, *ibid.*, pp. 368 et 369. La Cour suprême des États-Unis, à une époque, avait la même notion du mode de vie indien; dans l'arrêt *United States v. Joseph* 94 U.S. 614 (1877), la Cour a statué que les Indiens pueblos du Nouveau-Mexique n'étaient pas vraiment des Indiens au sens juridique, c'est-à-dire que leurs terres n'étaient pas placées sous la protection du gouvernement fédéral. Le fait que les Indiens pueblos occupaient des terres qui leur avaient été concédées en pleine propriété et avaient un mode de vie plus «civilisé» que leurs voisins apaches et navajos semi-nomades a énormément influé sur l'analyse de la Cour. Celle-ci a infirmé son propre jugement à la suite de l'entrée du Nouveau-Mexique dans la fédération américaine en 1912 dans la décision marquante *United States v. Sandoval* 231 U.S. 28 (1913), où elle a soutenu (p. 39) que les Pueblos étaient des Indiens en vertu de leur race, de leurs coutumes et de leur gouvernement intérieur. Ainsi, les Pueblos étant légalement indiens, leurs terres tombaient sous la protection fédérale même s'ils les détenaient en pleine propriété depuis fort longtemps (et malgré le fait qu'ils étaient citoyens américains, contrairement à

la plupart des Indiens qui se trouvaient à l'époque dans les limites territoriales des États-Unis).

151. Dans *American Indians, Time, and the Law* (New Haven, Yale University Press, 1987, pp. 68 à 75), Charles Wilkinson se penche sur le droit à l'évolution des tribus visées par le droit américain sur les Indiens. Il souligne notamment ce qui suit (p. 69) :
- [TRADUCTION] Les affaires plus récentes ont permis d'expliquer la promesse du droit à l'évolution dans toute une variété de contextes. La reconnaissance des tribus indiennes comme sociétés toujours vivantes qui s'adaptaient et prenaient de l'expansion a constitué, grâce à l'effet positif de cette reconnaissance sur l'organisation des tribus, une des étapes importantes de l'évolution de la société.
152. [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1093 par le juge en chef Dickson et le juge La Forest :
- Loin d'être définie selon le régime de réglementation en vigueur en 1982, l'expression «droits ancestraux existants» doit recevoir une interprétation simple de manière à permettre à ces droits d'évoluer avec le temps. Pour reprendre l'expression du professeur Slattery [...] le mot «existants» laisse supposer que ces droits sont «confirmés dans leur état actuel plutôt que dans leurs simplicité et vigueur primitives». Il est alors évident qu'il faut rejeter une interprétation de la garantie constitutionnelle énoncée au paragraphe 35(1) qui engloberait des «droits figés».
153. *Supra*, note 103.
154. *Supra*, note 117.
155. S.R.C. 1886, ch. 43. La définition d'un Indien dans cette loi était la même que dans la version de 1876 (voir la note 115). La Cour décrit une personne métisse comme suit (précité à la note 117, p. 493) :
- [TRADUCTION] La personne répond au nom d'Henry Bear. Les éléments de preuve montrent qu'il est métis puisque son père est un Canadien français et sa mère une Indienne, qu'il appartient à la bande indienne Mus-cow-e-quan, qu'il en est membre, qu'il vit dans la réserve et

enfin, qu'il a reçu les sommes visées par le traité pendant un certain nombre d'années dans le passé.

156. *Supra*, note 117, p. 494.
157. *Ibid.*
158. *Ibid.*
159. Il y aurait lieu de souligner, cependant, que le *Code criminel* de 1892 (S.C. 1892, ch. 29) énonce une disposition similaire à l'article 98 interdisant à quiconque de «provoquer les Sauvages ou les Métis à la violence». Dans la *Loi modifiant la Loi des Sauvages* (S.R.C. 1906, ch. 81), cette disposition est éliminée.
160. *Supra*, note 117, p. 495.
161. (1900) 5 Terr. L.R. 580 (C.S.T.N.-O.).
162. (1914) 23 C.C.C. 47 (C.C.N.-É.).
163. Confirmé dans la *Loi constitutionnelle de 1930*.
164. *Loi concernant le transfert des ressources naturelles de la Saskatchewan*, S.C. 1930, ch. 41.
165. Inédit, cour de magistrat de la Saskatchewan, 1<sup>er</sup> octobre 1971. La décision est reproduite dans B. Slattery et S. Stelck, 7 *Canadian Native Law Cases* (Saskatoon, Native Law Centre, Université de la Saskatchewan, 1988) 391.
166. L.S. 1967, ch. 78.
167. Slattery et Stelck, précité à la note 165, p. 392.
168. *Ibid.*, p. 396.
169. (1972) 32 D.L.R. (3d) 617, p. 622.
170. *Supra*, note 51.
171. *Ibid.*, p. 85.
172. S.R.C. 1927, ch. 98.

173. *Supra*, note 47, p. 88.
174. *R. v. Budd, R. v. Crane*, [1979] 6 W.W.R. 450 (C.B.R. Sask.); Jack Woodward, *Native Law* (Toronto, Carswell, 1989) souligne ce qui suit à la page 9 :
- [TRADUCTION] Le fondement de la décision *Laprise* est discutable pour deux raisons : en premier lieu, parce que la *Loi sur les Indiens* de 1927 ne parlait pas des Indiens inscrits et, en deuxième lieu, parce qu'elle ne reconnaît pas qu'il y a différents sens au terme Indien, y compris un sens constitutionnel. La définition des termes employés dans la Constitution, y compris le mot Indien, ne relève pas de la compétence du Parlement.
- Pour un examen de cette question, voir A.J. Jordan, «Who is an Indian?» [1977] 1 C.N.L.B. 22.
175. *Supra*, note 103.
176. *Ibid.*, p. 103.
177. *Supra*, note 101.
178. *Supra*, note 113.
179. *Supra*, note 103, p. 107.
180. *Ibid.*, p. 105.
181. *Supra*, note 103.
182. L.R.C. 1970, ch. F-14.
183. *Supra*, note 103, p. 124.
184. *Ibid.*, p. 131.
185. *Supra*, note 52.
186. *Ibid.*, p. 130.
187. *Supra*, note 7.
188. *Ibid.*, p. 145, juge Gregoire.

189. *Ibid.*, p. 146.
190. *Ibid.*, p. 147.
191. *Ibid.*, p. 150.
192. Le juge Gregoire s'est inspiré d'un article du professeur Slattery auquel fait allusion la Cour suprême du Canada dans *R. c. Sparrow*, précité à la note 152, qui établit les critères suivants (découlant en grande partie de l'affaire *Baker Lake*, précitée à la note 134) :
- [TRADUCTION]
- 1) Les parties revendiquant un titre ancestral doivent constituer un groupe organisé d'autochtones;
  - 2) Le groupe doit posséder les terres revendiquées;
  - 3) Le groupe doit être en possession des terres depuis un certain temps;
  - 4) Les terres doivent faire partie des territoires indiens.
- Slattery, précité à la note 57, pp. 756 à 761.
193. *Supra*, note 7, p. 152.
194. *Ibid.*
195. *Ibid.*, p. 153.
196. *Ibid.*
197. *Ibid.*, p. 154.
198. *R. v. Ferguson*, [1993] 2 C.N.L.R. 148 (C.P. Alb., chambre criminelle).
199. *R. v. Fowler*, [1993] 3 C.N.L.R. (178) (C.P. N.-B.).
200. L.A. 1984, ch. W-9.1
201. *Supra*, note 198, pp. 152 et 153.
202. *R. v. Laprise*, précité à la note 51, et *R. v. Budd*; *R. v. Crane*, précité à la note 51.
203. *Supra*, note 198, p. 156, extrait de l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 3 C.N.L.R., p. 181.

204. *Ibid.*
205. *Supra*, note 52.
206. *Supra*, note 199, p. 181.
207. Canada, *La politique indienne du gouvernement du Canada* (Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969). Sally Weaver procède à une excellente analyse du Livre blanc et de ses retombées dans son ouvrage intitulé *Making Canadian Indian Policy: The Hidden Agenda 1968-1970* (Toronto, University of Toronto Press, 1981); voir aussi Roger Gibbins et Rick Ponting, *Out of Irrelevance: A Social and Political Introduction to Indian Affairs in Canada* (Toronto, Butterworths, 1980).
208. Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services, 1979, p. 16.
209. Les événements relatifs au rapatriement de la Constitution du point de vue des autochtones sont soulignés dans Douglas Sanders, «The Indian Lobby and the Canadian Constitution, 1978-82», dans K. Banting et R. Simeon, dir., *And No One Cheered: Federalism, Democracy and the Constitution Act* (Toronto, Methuen, 1983), p. 301. Pour de plus amples informations sur la participation du CNAC et la séparation du RNM, voir Bradford W. Morse et Robert K. Groves, «Canada's Forgotten Peoples: The Aboriginal Rights of Metis and Non-Status Indians» (1987) 2 *Law & Anthropology* 139, pp. 154 à 156.
210. Même si la position officielle du gouvernement fédéral consistait à attirer l'attention sur les mesures prises par le gouvernement de Terre-Neuve, c'est le refus du député indien Elijah Harper de modifier les règles de procédure de l'Assemblée législative du Manitoba ainsi que l'appui du public pour ce geste qui ont fait échouer toute possibilité de ratification de l'accord.
211. *Native Women's Association of Canada c. La Reine*, [1992] 4 C.N.L.R. 71 (C.A.F.), confirmant [1992] 4 C. N.L.R. 59 (C.F., première instance). L'autorisation du pourvoi a été accordée par la Cour suprême du Canada le 4 mars 1993.
212. Commission royale sur les peuples autochtones, *Partenaires au sein de la Confédération : Les peuples autochtones, l'autonomie*

*gouvernementale et la Constitution* (Ottawa, Approvisionnement et Services, 1993).

213. *Supra*, note 132.
214. *Le Petit Robert 1, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* (Paris, Le Robert, 1983), p. 1192.
215. Voir par exemple l'article 1(2) du *Pacte international sur les droits civils et politiques* ainsi que l'article 1(2) du *Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels*.
216. Bell, précité à la note 30, p. 352.
217. *P.G. Canada c. Lavell*, précité à la note 70.
218. Woodward, précité à la note 174, p. 56. Schwartz, précité à la note 9, n'est pas d'accord, précisant à la page 247 que l'article ne confère aucun droit aux Métis. Il est fort possible qu'au 17 avril 1982, les Métis n'aient joui d'aucun droit ancestral ou issu de traités. Cette question sera probablement résolue lorsque les requérants dans la cause *Dumont et al. v. Attorney General of Canada and Attorney General of Manitoba* obtiendront une décision sur le fond; auparavant, les tribunaux n'avaient eu à traiter que des points de procédure soulevés par les autorités fédérales dans des affaires qui ont traîné pendant des années.
219. Tels sont les termes de l'article 31 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.C. 1870, ch. 3.
220. Bell, précité à la note 30, p. 369.
221. Pour une analyse et une argumentation plus poussées sur ce point, voir Morse, précité à la note 79, et Alan Pratt, «Federalism in the Era of Aboriginal self-Government» dans D. Hawkes, dir., *Aboriginal Peoples and Government Responsibility*, précité à la note 22, p. 19.
222. L.R.C. 1985, ch. F-7. Le Règlement sur les accords de pêche autochtones de 1992 a été remplacé par le Règlement sur les permis de pêche communautaires des autochtones le 1<sup>er</sup> mai 1993.

223. Cette fonction ministérielle a été assignée aux ministres successifs de la Justice jusqu'à ce que le Premier ministre réponde de nouveau aux plaintes du RNM et du CNAC selon lesquelles la fonction de ministre de la Justice entraînait inévitablement un conflit d'intérêts avec le rôle d'interlocuteur, puisque le ministre de la Justice à titre de Procureur général du Canada devait agir comme défendeur dans tous les litiges concernant la Couronne fédérale. De fait, l'obligation prépondérante de protéger les intérêts juridiques de la Couronne empiétait continuellement sur le rôle de promotion des intérêts de ces peuples distincts.
224. En ce qui concerne l'effort initial, voir Morse, précité à la note 70.
225. Il convient également de souligner que les faits récents en droit international fournissent des arguments supplémentaires, tout comme l'argument fondé sur l'insertion dans la common law canadienne du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale. Ce dernier argument nous ramène toutefois inévitablement à ceux soulevés dans le texte, puisque la reconnaissance dans la common law d'un gouvernement inhérent autonome entraînerait l'ajout de l'autonomie gouvernementale aux autres droits reconnus et confirmés dans l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.
226. *Supra*, note 78.
227. *Supra*, note 152.
228. *Parents naturels (Les) c. Le Superintendant of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751.
229. Pour une analyse plus approfondie de ce point, voir Pratt, précité à la note 221.
230. Selon les auteurs, la plus ancienne de ces lois entièrement consacrée aux questions autochtones est l'*Acte pour régler certaines questions pendantes entre les gouvernements du Canada et d'Ontario relativement à certaines terres des Sauvages*, S.C. 1891, c. 5. Cette loi a été suivie en 1924 par l'*Indian Lands Agreement Act* adoptée par la législature de l'Ontario et le Parlement fédéral pour la mise en oeuvre d'une entente concernant la vente de terres réservées après qu'elles ont

éviter les problèmes créés par la décision du Conseil privé dans l'arrêt *St. Catherine's Milling & Lumber Co.*, précité à la note 129. Les grandes lignes de cette loi font maintenant l'objet de la *Loi sur l'accord de 1986* concernant les terres indiennes, finalement adoptée par l'Ontario en 1989. La plus récente de ces initiatives concerne la Première nation sechelte qui a obtenu du Parlement la capacité législative de se retirer de la *Loi sur les Indiens*, et qui a par la suite reçu les pouvoirs supplémentaires d'un gouvernement public régional, en vertu du droit de la Colombie-Britannique, au moyen de la *Loi sur l'autonomie gouvernementale de la bande indienne Sechelte*, L.C. 1986, ch. 27 et de la *Sechelt Indian Government District Enabling Act*, L.C.-B. 1987, ch. 16 respectivement.

231. Pour connaître l'ensemble de la législation albertaine sur les Métis, voir *supra*, note 56.
232. On peut à tout le moins le prétendre, considérant la longue liste des lois qui ont été adoptées par l'Assemblée nationale du Québec en vue de mettre en oeuvre ou de faire progresser certains éléments de la Convention de la Baie James et du Nord québécois.
233. S.C. 1905, ch. 3.
234. Voir *supra*, note 24.
235. Pour plus d'information sur ces trois leaders, voir Murray Dobbin, *The One-and-A-Half-Men: The Story of Jim Brady and Malcolm Norris, Metis Patriots of the 20th Century* (Vancouver: North Star Books, 1981).
236. *Supra*, note 24.
237. Alan Pratt présente un argument intéressant à cet égard avant la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Sparrow*, précité à la note 79.
238. *Delgamuukw v. The Queen*, [1991] 8 W.W.R. 97 (C.S.C.-B.).
239. Propos du très honorable Joe Clark, mai 1992.
240. Voir par exemple *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441.

# L'APPLICATION DU PARAGRAPHE 91(24) AUX MÉTIS : EST-CE LA SOLUTION?

par Don McMahon et Fred Martin

## Table des matières

SOMMAIRE	317
INTRODUCTION	320
PARTIE 1 — LA RECHERCHE D'UNE COMPÉTENCE CLAIRE	322
Le paragraphe 91(24)	322
Les limites de l'application du par. 91(24) aux Métis	324
L'application du par. 91(24) aux Métis est une réponse insuffisante	326
PARTIE 2 — LES LIMITES DES MOYENS JURIDIQUES DISPONIBLES	327
La compétence, les obligations et les droits d'après le droit positif	327
Les sources du droit	327
La Constitution de 1982 a reconnu les Métis sans les définir	329
L'Accord de Charlottetown a tenté d'apporter une définition	329
Le problème de la définition du terme Métis	330
Les Métis de la rivière Rouge du Manitoba	330
La <i>Loi sur le Manitoba</i> reconnaissait les Métis	331
D'autres peuples sont également considérés comme des Métis	333
Il existe au moins deux définitions législative	334
Les organismes autochtones nationaux ont proposé diverses définitions	335
Le sens du terme «Indiens» au par. 91(24)	337
Le contexte de la définition du par. 91(24)	337
La <i>Loi sur les Indiens</i> complique les choses	338
L'arrêt <i>Renvoi relatif aux Esquimaux</i> a étendu aux Inuit la définition du par. 91(24)	340
Ni les spécialistes ni les gouvernements ne s'entendent sur la portée du par. 91(24)	342
Les tribunaux ne se sont pas prononcés clairement sur la portée du par. 91(24)	346
Divergences des opinions des corps politiques	347
Le rôle que pourrait jouer le par. 91(24) à l'avenir	349

La nouvelle Constitution de 1982 introduisait une nouvelle base juridique	349
Certains s'interrogent sur la portée de la reconnaissance qu'opère l'art. 35	351
Une interprétation téléologique de l'art. 35 pourrait aider à définir le terme «Métis»	352
L'approche téléologique comporte des avantages pratiques	355
La Cour suprême a reconnu l'art. 35 et l'approche téléologique	357
L'article 35, l'Accord de Charlottetown et les politiques fédérales atténuent la portée du par. 91(24)	359
Le rôle des tribunaux dans l'établissement des droits des Métis	362
Les Métis du Manitoba ont soulevé des questions fondamentales dans l'affaire <i>Dumont</i>	362
L'affaire <i>Dumont</i> soulève la question des obligations de fiduciaire à l'égard des Métis	366
Les effets de l'arrêt <i>Dumont</i> peuvent varier selon le groupe de Métis concernés	369
Les poursuites judiciaires et les revendications territoriales sont difficiles pour la plupart des Métis	372
Les problèmes que soulèvent les obligations de fiduciaire et le caractère «existant» des droits invoqués	373
Le cadre des accords sur les revendications territoriales globales	374
La politique du gouvernement fédéral prévoit les revendications globales	374
L'accord Dénés/Métis constitue un exemple	375
<b>PARTIE 3 — L'ACCORD DE CHARLOTTETOWN : UN NOUVEAU CADRE</b>	<b>378</b>
Charlottetown : des outils qui reposent sur les fondements de 1982	378
La <i>Loi constitutionnelle de 1982</i> reconnaissait les Métis sans préciser la portée du terme	378
Le cadre proposé par l'Accord de Charlottetown demeure pertinent	380
Charlottetown proposait un ensemble global de changements	381
	315

La clause Canada fournissait un cadre d'interprétation	383
Le paragraphe 91(24) s'appliquerait à tous les peuples autochtones à certaines conditions	387
L'Accord de Charlottetown proposait une modification importante de la Constitution	389
La <i>Loi constitutionnelle de 1982</i> , telle que modifiée, aborderait l'autonomie gouvernementale	389
Les accords portaient sur les questions d'autonomie gouvernementale	391
Les établissements métis étaient protégés par une modification de la Loi sur l'Alberta	393
<b>PARTIE 4 — APRÈS L'ÉCHEC DE CHARLOTTETOWN</b>	394
Les conséquences de l'échec de Charlottetown	394
L'Accord de Charlottetown fournissait des moyens plutôt que des solutions	394
L'Accord de Charlottetown conserve son utilité à titre de modèle et de méthode	395
L'Accord relatif à la nation métisse fournit un exemple du concept	397
L'exemple de l'Alberta en matière d'autonomie gouvernementale restreinte des Métis	399
L'Alberta-Metis Settlements Accord	399
La législation relative aux terres clarifiait les questions de droit de propriété, de protection et de gestion en matière de ressources	401
Les pouvoirs relatifs à l'autonomie gouvernementale sont décrits dans la <i>Metis Settlements Act</i>	403
La loi établit une sorte de tribunal métis chargé de trancher les litiges	405
Une option législative calquée sur le modèle de Charlottetown	406
Le Parlement pourrait créer un cadre visant la définition de la compétence, des obligations et des droits	406
La mise en oeuvre de la reconnaissance	409
<b>PARTIE 5 — CONCLUSION</b>	416
<b>NOTES</b>	418

## SOMMAIRE

Dans cette étude, nous examinons les diverses façons qui permettraient aux communautés métisses du Canada de préserver et de renforcer leur existence collective en tant que peuple. La première question abordée est celle du sens du terme «Métis». Nous examinons les diverses communautés qui pourraient être visées par ce terme et étudions le point de vue des organisations politiques nationales autochtones sur l'identité des communautés métisses. Notre étude portera ensuite sur les stratégies qui offriraient aux communautés métisses la possibilité de conserver une vie autochtone distincte dans le contexte des institutions canadiennes existantes. La première consisterait à inclure le peuple métis dans la catégorie des «Indiens» au sens du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette solution ferait relever les Métis de l'autorité exclusive du Parlement du Canada.

Un bon nombre d'organisations métisses demandent depuis longtemps l'application à leur endroit du par. 91(24). Nous examinons de façon relativement approfondie les études historiques et juridiques qui ont porté sur cette question. Nous pensons que le par. 91(24) pourrait être d'une certaine utilité pour la réalisation des objectifs des Métis mais que sa valeur est néanmoins limitée. Grâce à la proclamation de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les Métis disposent de meilleurs mécanismes constitutionnels pour protéger et renforcer leur identité en tant que peuple autochtone. Nous examinons ensuite la jurisprudence canadienne récente concernant l'interprétation de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* dans le but de déterminer comment les communautés métisses pourraient, grâce à cette disposition, protéger leur identité distincte.

L'étude repose sur l'opinion selon laquelle il existe au Canada une diversité de groupes qui se qualifient eux-mêmes de communautés métisses et que, par conséquent, il doit exister divers moyens qui favoriseraient leurs aspirations collectives. Nous examinons, dans cette étude, plusieurs de ces méthodes. La première est le rôle des tribunaux en matière de reconnaissance des droits des Métis. Nous examinons l'affaire *Dumont c. P.G. Canada et P.G. Manitoba*, une action judiciaire engagée par la Manitoba Métis Association concernant les droits territoriaux de la communauté des Métis de la rivière Rouge et de leurs descendants, comme exemple de façon dont les communautés métisses pourraient avoir recours aux tribunaux pour défendre leurs intérêts. Nous concluons que cette voie peut constituer un outil fort efficace pour certaines communautés métisses, mais qu'il est peu probable qu'il puisse en être de même pour toutes ces communautés.

Nous abordons ensuite la question des accords sur des revendications territoriales globales. Ces accords offrent des avantages importants pour les communautés métisses qui peuvent en bénéficier, mais, tout comme le recours aux tribunaux, la plupart des communautés métisses du Canada ne sauraient utiliser ce moyen avec succès.

Nous étudions ensuite, en détail, la tentative faite dans l'Accord de Charlottetown pour reconnaître, de façon globale, le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale. Cet accord constitutionnel n'a pas reçu l'appui des Canadiens mais il fournit néanmoins un modèle pour la résolution d'un bon nombre des problèmes d'identification de la communauté métisse et pour préciser comment il conviendrait de reconnaître les droits constitutionnels de cette communauté. Nous indiquons que les propositions que contenait cet accord n'ont pas été incorporées dans la Constitution canadienne mais qu'elles offrent néanmoins un certain nombre de suggestions utiles pour ce qui est de la définition des droits constitutionnels des Métis.

L'étude se termine par un examen des solutions qui accorderaient reconnaissance et protection officielles aux droits des Métis après le rejet de l'Accord de Charlottetown. Nous examinons diverses options qui permettraient de reconnaître ces droits, notamment la législation albertaine de 1990 sur les établissements métis qui constitue un exemple de régime d'autonomie gouvernementale qui n'exige aucune modification constitutionnelle importante. Enfin, nous proposons dans cette étude un modèle de cadre législatif qui permettrait au Parlement du Canada de reconnaître le droit à l'autonomie gouvernementale des communautés métisses et de transférer des ressources à ces communautés afin que l'autonomie gouvernementale devienne réalité.

# L'APPLICATION DU PARAGRAPHE 91(24) AUX MÉTIS : EST-CE LA SOLUTION?

PAR DON McMAHON ET FRED MARTIN

## INTRODUCTION

Il convient d'indiquer dès le départ qu'aucun des auteurs de l'étude n'est métis. Nous sommes des praticiens de droit canadien et nous avons une certaine expérience de la façon dont ce droit s'applique aux peuples autochtones. Nous avons certainement été marqués par les années au cours desquelles nous avons travaillé avec le peuple des établissements métis de l'Alberta. La lutte qu'il a menée pour assurer, protéger et gouverner un territoire a fait surgir des idées, des approches et des principes qui pourraient s'avérer utiles aux Métis des autres régions du Canada qui sont aux prises avec des questions semblables. Cela dit, il est évident que les autres groupes de Métis devront adopter des modèles différents qui répondent à leurs propres objectifs. Par conséquent, la reconnaissance des aspirations des Métis en matière d'autonomie gouvernementale doit reposer sur quelques principes fondamentaux et prévoir un processus souple de mise en oeuvre. C'était là l'essentiel de l'approche utilisée dans l'Accord de Charlottetown<sup>1</sup>. Cet accord nous paraît constituer un bon point de départ pour les discussions à venir.

Il convient également de préciser que les opinions émises dans cette étude n'appartiennent qu'aux auteurs. Nous n'exprimons pas l'opinion de quelque autre groupe que ce soit. Nous ignorons également dans quelle mesure ces opinions sont partagées par le Ralliement national des Métis, le Conseil national des autochtones du Canada, les Metis Settlements of Alberta ou d'autres organisations. Nous nous sommes efforcés d'examiner les études historiques et juridiques en nous inspirant de notre expérience personnelle. Nous n'avons pas voulu

préparer un mémoire juridique ou une thèse. Nous présentons simplement l'état actuel du droit canadien, quelle que soit notre opinion à ce sujet.

Nous avons rédigé cette étude en nous fondant sur un certain nombre d'hypothèses. Nous pensons que l'idée que les Métis constituent une des nations fondatrices du Canada est parfaitement défendable. Nous croyons également que de nombreux Métis du Canada accordent une grande valeur à leur survie en tant que peuple et qu'ils veulent préserver et renforcer leur identité propre. Nous avons préparé cette étude dans l'espoir qu'elle contribuera à créer un cadre dans lequel ce souhait pourrait se réaliser. Ce cadre comporterait de nombreux aspects — éducatifs, politiques, sociaux, juridiques et d'autres encore. Nous nous limitons ici aux outils qu'offre le droit<sup>2</sup> canadien. Dans cette étude, nous avons tenté de découvrir les outils juridiques les plus évidents et d'évaluer quelle serait leur utilité pour la construction d'un nouveau cadre. Nous nous sommes concentrés au départ sur la question du statut visé par le par. 91(24) — la reconnaissance juridique des Métis en tant qu'«Indiens» aux fins du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>3</sup>

Nous en sommes arrivés à la conclusion qu'un processus qui s'inspirerait principalement du par. 91(24) pour aménager un cadre approprié serait long, coûteux et incertain. Cet outil n'est pas dénué de valeur, mais il serait imprudent de s'en tenir à lui pour accomplir toutes les tâches qui s'imposent. Après en être arrivés à cette conclusion, nous avons examiné les autres possibilités. Il existe divers autres modèles, notamment les recours judiciaires fondés sur les principes tirés des décisions rendues par les tribunaux canadiens dans les affaires concernant les Indiens, les accords sur des revendications territoriales globales, l'approche législative utilisée en Alberta et enfin, l'Accord de Charlottetown. Il nous apparaît que certains modèles contiennent des

idées et des principes utiles en matière d'élaboration future d'un cadre. Nous examinons ensuite un modèle de cadre possible. Nous espérons que l'analyse de ce modèle enrichira la discussion des principes sur lesquels devrait reposer ce cadre, de la nature des cadres qu'il serait réaliste d'adopter compte tenu de ces principes et de la détermination des outils juridiques et politiques nécessaires à la réalisation de ces cadres.

Le cadre que nous avons envisagé se fonde sur la reconnaissance par le Canada du fait que le peuple métis possède la capacité de définir et de créer ses propres institutions et de trouver les ressources nécessaires à leur fonctionnement. En traduisant cette reconnaissance dans le cadre du droit canadien, les règles ou lois adoptées par ces institutions seraient reconnues et applicables au même titre que les autres lois du Canada. Une loi du Parlement pourrait, pour l'essentiel, réussir là où le processus constitutionnel de Charlottetown a échoué. L'élévation de cette loi au rang de texte constitutionnel pourrait intervenir plus tard, lorsque les Canadiens sentiront le besoin d'aborder de nouveau ces questions.

## **PARTIE I — LA RECHERCHE D'UNE COMPÉTENCE CLAIRE**

### *Le paragraphe 91(24)*

Pendant des années, les gouvernements, les spécialistes et les chefs autochtones ont débattu de la question suivante : les Métis<sup>4</sup> relèvent-ils de la compétence du gouvernement fédéral? Autrement dit, les Métis sont-ils compris dans le terme «Indiens» que l'on retrouve dans la catégorie 24 de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Dans certains milieux, la question de l'application aux Métis du par. 91(24) s'est transformée en quadrature du cercle. Il y a plus d'un an, nous avons commencé notre recherche en espérant pouvoir examiner

les opinions des universitaires, des tribunaux et des gouvernements sur cette question. Nous entretenions l'espoir de faire savoir comment la réponse à cette question influencerait sur les compétences et responsabilités des gouvernements fédéral et provinciaux à l'endroit des Métis. Nous souhaitions également cerner les questions importantes à examiner et préciser la recherche essentielle à effectuer.

Après une année consacrée à examiner la recherche existante et les discussions qui ont débouché sur le malheureux Accord de Charlottetown, nous avons abandonné notre recherche. Nous ne sommes pas convaincus de la pertinence de la question ni même qu'il soit possible d'y répondre.

Il nous paraît impossible de répondre à la question de compétence «Le Parlement canadien est-il le seul à pouvoir adopter des lois concernant les Métis et les terres qui leur sont réservées?» sans également demander «Qu'entendez-vous par le terme Métis?» Cette dernière question appelle plusieurs réponses. Dans le passé, ce terme a désigné de nombreux groupes, y compris les descendants de la communauté métisse de la rivière Rouge, les personnes de sang mêlé, qui ont un minimum de sang indien; un noyau de personnes défini et les personnes acceptées par ce noyau; un groupe qui affirme être métis en invoquant des critères à la fois subjectifs et objectifs; et d'autres groupes de sang mêlé comptant quelques ancêtres autochtones. Les définitions ont été aussi diverses que les contextes dans lesquels elles s'appliquaient et ne présentent qu'un seul élément commun — celui d'avoir des ancêtres autochtones.

Il n'est peut-être pas possible d'apporter une réponse générale à la question «Qu'entendez-vous par le terme Métis?» En règle générale, les réponses à cette question ont été formulées dans le contexte d'un objectif précis. Par exemple, la *Metis Settlements Act* de l'Alberta contient une définition<sup>5</sup> de «Métis» utilisée afin de déterminer les

conditions nécessaires pour être membre d'un établissement métis en Alberta. Le règlement adopté aux termes de la *Loi sur les pêches* contient une autre définition, celle-ci anachronique<sup>6</sup>, fondée sur la quantité de sang autochtone de la personne pour ce qui est des conditions d'attribution de certains droits de pêche. L'Accord relatif à la nation métisse proposé dans le cadre de l'Accord de Charlottetown en contenait une troisième qui définissait l'appartenance à la nation métisse aux fins de cet accord. Le terme «Métis» que l'on retrouve dans l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* pourrait englober une de ces définitions ou les écarter toutes les trois. La Constitution utilise le terme sans le définir.

#### *Les limites de l'application du par. 91(24) aux Métis*

La recherche d'une définition générale à l'extérieur d'un contexte précis a jusqu'ici donné des résultats peu satisfaisants. Il n'existe apparemment aucune définition qui soit applicable dans tous les cas. L'impossibilité d'en arriver à une entente sur une définition a parfois servi d'excuse pour ne pas répondre aux besoins fondamentaux de personnes ou de communautés qui se considèrent comme métisses et qui sont considérées comme telles par leurs voisins.

Compte tenu des difficultés que pose la formulation d'une définition générale du terme «Métis», on doit s'interroger sur la nécessité d'une telle définition. Il est peut-être possible d'en faire l'économie. Les chefs métis se sont adressés pendant des années aux gouvernements fédéral et provinciaux pour obtenir une reconnaissance et de l'aide. Les réponses obtenues ont été variables et incertaines — les gouvernements invoquant souvent l'absence de compétence pour justifier leur inaction. Trop souvent, il s'agit d'une absence de volonté politique plutôt que d'une absence de compétence. Par exemple, la volonté

politique du gouvernement albertain a débouché sur l'adoption d'une loi concernant les Métis, alors que la compétence de la province à ce sujet est incertaine. Si les autres provinces manifestaient la même volonté, elles pourraient imiter l'Alberta. En bref, même si on réussit à préciser la portée du par. 91(24) et à faire disparaître ainsi un motif d'inaction, cela n'amènera pas nécessairement les gouvernements à prendre les mesures qui s'imposent.

Il serait plus facile de savoir qui doit agir si l'on réglait les problèmes de compétence, mais cela n'aurait pas nécessairement pour effet d'élargir la portée des droits que les Métis pourraient invoquer pour exiger des mesures à leur endroit. Il est très difficile de savoir si, advenant l'inclusion de leur peuple avec les Indiens dans la catégorie de sujets qui relèvent exclusivement de la compétence fédérale, les Métis ou une communauté métisse bénéficieraient de droits supplémentaires. Le règlement de cette question de compétence ne changerait certainement pas les droits ancestraux que reconnaît maintenant l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. On peut également se demander si le fait de reconnaître que le par. 91(24) s'applique, sans plus, aux Métis, imposerait au gouvernement fédéral des obligations législatives envers les Métis semblables à celles qu'il doit assumer envers les Indiens aux termes de la *Loi sur les Indiens*. Force est de constater que ces obligations fédérales n'ont pas été assumées de la même façon à l'égard des Inuit et des Indiens non inscrits qui font également partie de la catégorie 24.

La reconnaissance de la compétence fédérale ne modifierait pas non plus les droits existants — ancestraux ou issus de traités — reconnus par l'art. 35, quoique cette reconnaissance puisse encourager la conclusion d'accords sur des revendications territoriales qui préciseraient ces droits. Dans ce contexte, ce sont plutôt les Métis et les gouvernements concernés qui devront résoudre les questions de

compétence, d'obligations et de droits; leur résolution ne découlera pas nécessairement de la reconnaissance de la compétence fédérale.

Autrement dit, au moment où les Métis tentent de déterminer les moyens nécessaires à la survie de leur peuple, la reconnaissance de la compétence fédérale à leur endroit peut fort bien ne constituer qu'un outil imprécis, d'une utilité limitée.

*L'application du par. 91(24) aux Métis est une réponse insuffisante*

Comme toute autre nation, les Métis ne pourront survivre en tant que peuple que s'ils disposent d'un cadre psychique et physique approprié. Le cadre psychique comporte une dimension externe et une dimension interne; externe, en ce que ce cadre exige que ce peuple soit reconnu, et interne, dans la mesure où ce cadre dépend aussi de la fierté, de la confiance et de la volonté d'agir de ce peuple. L'aspect physique repose sur des éléments essentiels, à savoir un territoire, des pouvoirs et de l'argent. Pour les Métis, la question de la compétence, des devoirs et des droits n'a d'intérêt que si elle facilite la réponse à la question suivante : «Quels sont les outils juridiques dont nous disposons pour nous faire reconnaître en tant que peuple et obtenir le territoire, les pouvoirs et l'argent dont nous avons besoin pour survivre en tant que tel?» Il est rare que cette question soit posée de façon aussi directe mais elle sous-tend les revendications territoriales, les initiatives en matière d'autonomie gouvernementale, les efforts de développement économique et l'accès aux programmes sociaux. La clarification des questions de compétence, d'obligations et de droits en ce qui a trait aux Métis — ce que nous appelons, pour plus de commodité, les «questions relatives au cadre» — aident à déterminer les outils juridiques disponibles. Ce que le droit ne pourra fournir pourra alors s'obtenir par d'autres moyens.

L'Accord de Charlottetown prévoyait un moyen de résoudre les questions fondamentales touchant la survie des Métis. En son absence, les difficultés que soulève la recherche d'une réponse générale à la question «les Métis sont-ils des Indiens au sens du par. 91(24)?» risquent de supprimer les avantages que pourrait apporter une réponse satisfaisante. Nous estimons plus utile de s'attaquer aux questions fondamentales que l'Accord de Charlottetown cherchait à résoudre. Dans cette perspective, il faudrait plutôt formuler la question de la façon suivante : quels outils le droit canadien offre-t-il pour élaborer un cadre de compétence, d'obligations et de droits à l'égard des Métis?

Cette étude vise à répondre à cette question en examinant la position des gouvernements, des spécialistes et des tribunaux sur la question de la compétence; en étudiant comment cette question influe sur la définition des droits et des obligations à l'égard des Métis; et en précisant certaines approches qui permettraient de clarifier les questions relatives au cadre juridique disponible quant aux Métis.

## **PARTIE 2 — LES LIMITES DES MOYENS JURIDIQUES DISPONIBLES**

### *La compétence, les obligations et les droits d'après le droit positif*

#### *Les sources du droit*

Il est raisonnable de penser que l'échec de l'Accord de Charlottetown ne mettra pas fin aux efforts que déploient les Métis pour élaborer de nouveaux cadres favorisant leur autonomie gouvernementale et leur prospérité économique. Les outils juridiques qui pourraient être utilisés dans ce but s'inscrivent dans quatre catégories :

- **La Constitution**

*Avant 1982* — compétence fédérale par le biais du par. 91(24)  
— tout droit que pourrait entraîner le fait d'inclure les Métis dans le terme «Indiens» au sens du par. 91(24), catégorie de

sujets relevant exclusivement de la compétence du Parlement du Canada;

*Après 1982* — l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>7</sup> reconnaît les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones, cette dernière catégorie comprenant les droits issus d'accords sur des revendications territoriales;

- **La common law** — les droits ancestraux fondés sur la common law et reconnus par les tribunaux;
- **La législation** — les lois et règlements fédéraux ou provinciaux, comme la *Loi sur les Indiens* ou les lois albertaines sur les établissements métis de l'Alberta;
- **Les accords** — sur des revendications territoriales ou autres intervenus entre des groupes métis et des gouvernements.

Outre l'exception que constituent les dispositions albertaines relatives aux Métis, ces derniers font face au problème posé par le fait que le droit positif actuel est imprécis et vague à leur sujet.

Avant l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la situation juridique du peuple métis était encore plus floue. Aucune règle de droit ou presque n'accordait aux Métis un statut propre en tant que communauté autochtone. Les Métis ont tenté de faire accepter par le gouvernement fédéral qu'il avait compétence à leur endroit aux termes du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* pour obtenir cette reconnaissance. Avant la modification de 1982 à la Constitution canadienne, cela semblait, pour nombre de personnes, la seule façon pour les communautés métisses d'obtenir des droits propres, découlant de leur statut de peuple autochtone.

Malheureusement, les éléments historiques sur lesquels se fonde cette position étaient susceptibles d'interprétations diverses et cette question n'a jamais été réglée de façon définitive. L'adoption de la *Loi*

*constitutionnelle de 1982* a toutefois établi une nouvelle base pour la reconnaissance juridique du peuple métis en tant que peuple autochtone. C'est ce qui découle de l'art. 35.

### *La Constitution de 1982 a reconnu les Métis sans les définir*

L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* énonce :

35(1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

5(2) Dans la présente loi, «peuples autochtones du Canada» s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada.

Au cours de la décennie qui a suivi l'adoption de cette disposition, on a tenté à plusieurs reprises, dans le cadre des conférences des premiers ministres et d'autres processus de modification constitutionnelle, de préciser davantage cette disposition de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cette clause a également fait l'objet de nombreux commentaires de la part des spécialistes et de certaines décisions judiciaires, dont la plus importante est l'arrêt *R. c. Sparrow*<sup>8</sup>.

L'attention dont a fait l'objet l'art. 35 a permis de préciser quelque peu les dispositions de cet article mais sa portée, son contenu et son sens soulèvent encore de nombreuses questions. Cela est particulièrement vrai pour ce qui est des Métis.

### *L'Accord de Charlottetown a tenté d'apporter une définition*

Au cours de la décennie qui a suivi l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* et avant que le processus de modification constitutionnelle ne débouche sur l'Accord de Charlottetown, ces incertitudes portaient sur des questions fondamentales. Qui étaient les Métis reconnus par la nouvelle Constitution? Quels étaient leurs «droits

existants — ancestraux ou issus de traités»? Comment donner une formulation constitutionnelle à ces droits? À quel niveau de gouvernement incombait, en fin de compte, la tâche d'assurer ces droits et de protéger les droits du peuple métis reconnus par la Constitution? Cette dernière question soulevait à son tour un autre problème plus ancien. Quels groupes, compte tenu de leur reconnaissance par la Constitution en qualité de peuples autochtones du Canada, avaient le droit d'être considérés comme des «Indiens» aux fins du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et donc de relever de la compétence législative exclusive du Parlement du Canada?

En 1992, l'Accord de Charlottetown apportait certaines réponses à ces questions ou prévoyait un processus qui aurait permis de le faire. Avec l'échec de cet accord, ces questions demeurent toujours sans réponse définitive. Nous allons explorer, dans cette étude, les moyens qui permettraient actuellement d'apporter ces réponses.

### *Le problème de la définition du terme Métis*

#### *Les Métis de la rivière Rouge du Manitoba*

Des trois groupes autochtones mentionnés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ce sont les Métis dont il est le plus difficile de cerner l'identité. On a donné à ce terme diverses acceptions historiques et politiques et il est difficile de savoir quelles étaient les acceptions qu'avaient à l'esprit les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Le terme «Métis» est d'origine française et veut tout simplement dire «mêlé». Dans le contexte canadien, ce terme a été appliqué aux descendants des Européens et des Indiens parlant le français et le cri qui, au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, avaient fondé des communautés de races mélangées dans le bassin de la rivière Rouge au sud du lac Winnipeg.

Par contre, l'expression *half-breed* désignait les membres des communautés de la rivière Rouge dont les origines étaient semblables à celles des personnes parlant le cri et le français, mais qui parlaient l'anglais et avaient adopté un mode de vie plus sédentaire. À la différence de leurs homologues français parlant le cri, ces *half-breeds* étaient pour la plupart de religion protestante<sup>9</sup>.

Les événements politiques qui se sont déroulés dans la région de la rivière Rouge à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle ont progressivement entraîné la fusion de ces termes pour ce qui est de la désignation des membres de ces deux communautés de personnes de sang mêlé. Le transfert de la Terre de Rupert au Canada, l'organisation politique d'une partie de ces groupes de sang mêlé sous la direction de Louis Riel, l'adoption de la *Loi sur le Manitoba*<sup>10</sup> et la création de la province du Manitoba ont amené à désigner sous le terme plus général de «Métis» tous les habitants d'origine métisse de la vallée de la rivière Rouge<sup>11</sup>

#### *La Loi sur le Manitoba reconnaissait les Métis*

Tous ces habitants, quelle que soit leur identité linguistique ou religieuse, se sont vu accorder des droits territoriaux aux termes des dispositions de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. Cette loi énonçait que les terres non concédées, jusqu'à concurrence de quelque 1,4 million d'acres, devaient être affectées «au bénéfice des familles des Métis résidents». La *Loi sur le Manitoba* énonçait en outre que cette attribution de terres était fondée sur l'idée qu'il «import[ait], dans le but d'éteindre les titres des Indiens aux termes de la province,» d'accorder ces droits aux résidents métis<sup>12</sup>

Certains bénéficiaires éventuels de ce régime de concession de terres créé par la *Loi sur le Manitoba*, ou leurs descendants, se sont établis dans d'autres régions du nord des Prairies au cours des années

1870 et 1880. Aux termes des dispositions des diverses lois des Terres fédérales<sup>13</sup>, ces personnes étaient admises à se voir attribuer des terres ou des certificats d'argent des Métis. Le cadre du régime d'attribution des terres de même que le fondement juridique de cette attribution étaient semblables à ceux qu'avait mis sur pied la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. L'article 125 de l'*Acte des Terres fédérales, 1879* énonçait :

De payer toutes les réclamations existantes par suite de l'extinction du titre des Sauvages, produites par des Métis domiciliés dans les territoires du Nord-Ouest en dehors des limites du Manitoba, le quinzième jour de juillet mil huit cent soixante et dix, en concédant des terres à ces personnes, de telles étendues et à tels termes et conditions qui seront jugés à propos<sup>14</sup>,

Une des définitions du terme «Métis» repose sur le droit de participer à cette concession de terres. Comme l'a déclaré un juriste :

[TRADUCTION] Si l'on veut donner une définition juridique au terme Métis, il faut dire que c'est le terme qui désigne les personnes qui ont obtenu des concessions de Métis aux termes de la *Loi sur le Manitoba* ou de l'*Acte des Terres fédérales* ainsi que leurs descendants. Le sous-alinéa 12(1)a)(i) de la *Loi sur les Indiens* retire à ces personnes le droit d'être inscrites en qualité d'Indiens<sup>15</sup>

Cette définition est utile et peut être légèrement précisée en la reformulant de la façon suivante :

[TRADUCTION] [...] les Métis sont les descendants des personnes qui avaient le *droit* d'obtenir des concessions de Métis aux termes de la *Loi sur le Manitoba* ou des lois comparables<sup>16</sup> [les soulignés se retrouvent dans l'original]

Les populations d'origine métisse des communautés de la rivière Rouge avant la Confédération, ainsi que leurs descendants, constituent un groupe que l'on peut manifestement désigner sous le terme de «Métis»; toutefois, au cours de l'histoire, de nombreux autres groupes ont été appelés de la même façon. Ces groupes n'avaient pratiquement

aucun lien direct avec la communauté de la rivière Rouge; la seule chose qu'ils pourraient avoir eue en commun avec cette communauté, c'est qu'ils descendaient d'Européens et d'autochtones.

*D'autres peuples sont également considérés comme des Métis*

Bon nombre de communautés métisses ont été reconnues dans l'ensemble du territoire qui constitue l'actuel Canada. Un exemple frappant est celui de l'attribution de certificats des Métis par les diverses lois des Terres fédérales. L'attribution de ces terres n'était pas uniquement réservée aux descendants des membres de la communauté de la rivière Rouge. À mesure que des traités ont été conclus dans les Prairies de l'Ouest et dans le Nord, on a attribué à des personnes qui possédaient au moins quelques ancêtres autochtones et qui semblaient avoir adopté un style de vie autochtone sans avoir conclu de traité, des certificats de Métis dans le but d'éteindre les droits préexistants qu'ils auraient pu avoir sur les terres en question. De plus, dans un certain nombre de cas, des personnes qui avaient initialement participé à des traités ont par la suite reçu des certificats de Métis<sup>17</sup>

Il a existé dans d'autres régions du Canada des communautés d'origine mixte européenne-autochtone qui n'entretenaient aucun lien avec la communauté historique de la rivière Rouge. Par exemple, en Acadie et au Québec, il existait des groupes identifiables qui partageaient un héritage français-indien<sup>18</sup>

Dans le sud et le nord de l'Ontario se sont constituées au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle des communautés ayant un héritage européen-indien. Les membres de ces communautés demandaient soit l'attribution de certificats sur le modèle utilisé dans l'ouest du Canada, soit un traitement identique à celui accordé aux Indiens par le biais de la conclusion de traités et de la création de réserves<sup>19</sup>

Dans le nord du Québec et de l'Ontario, au nord-est du Manitoba et dans la partie ouest des Territoires du Nord-Ouest sont apparues des communautés d'origine européenne-indienne qui avaient entretenu au départ des liens avec la Compagnie de la Baie d'Hudson et qui ont développé une identité propre<sup>20</sup> Dans les Territoires du Nord-Ouest, les membres de telles communautés ont obtenu des certificats de Métis dans le cadre de la conclusion des traités 8 et 11 et sont de nos jours parties à des accords sur des revendications globales ratifiés ou proposés dans l'Arctique de l'Ouest.

En plus de tous ces groupes, il existe au Canada plusieurs autres communautés d'origine européenne-indienne dont les membres pourraient également être désignés sous le nom de Métis. Il s'agit notamment des descendants inuit-européens — Indiens qui habitent au Labrador<sup>21</sup> — et des descendants indiens-européens qui habitent la région de Grand Cache en Alberta<sup>22</sup>

### *Il existe au moins deux définitions législatives*

Il existe présentement au moins deux définitions législatives différentes du terme «Métis». La première est le fait de l'assemblée législative de l'Alberta et l'autre du Parlement du Canada. En Alberta, le terme «Métis» a été défini il y a plus de 50 ans par une loi qui prévoyait un régime d'établissements des Métis dans le nord de la province. Ces établissements remontent à la fin des années 30 et visaient à parer à la situation économique désespérée qui sévissait dans les communautés mixtes européennes-autochtones à l'époque. La *Metis Betterment Act* initiale qui prévoyait l'établissement de «colonies» métisses (par la suite «établissements») proposait la définition suivante :

[TRADUCTION] toute personne de race blanche et indienne dont le sang est au moins pour le quart d'origine indienne, à l'exclusion

d'un Indien ou Indien non inscrit au sens de la *Loi sur les Indiens*<sup>23</sup>;

La *Metis Betterment Act* a été abrogée et remplacée en 1980 par la *Metis Settlement Act*. Dans cette loi, le terme «Métis» est simplement défini de la façon suivante :

[TRADUCTION] une personne d'origine autochtone qui s'identifie à l'histoire et à la culture des Métis<sup>24</sup>;

Un règlement adopté aux termes de la *Loi fédérale sur les pêcheries* reprend une définition qui est presque identique à celle que l'on trouvait dans l'ancienne *Metis Betterment Act* :

toute personne de race blanche et indienne, dont le sang est au moins pour le quart d'origine indienne, à l'exclusion d'un Indien<sup>25</sup>;

Les personnes visées par cette définition jouissaient des droits accordés aux autochtones; il s'agissait pour l'essentiel des mêmes droits concernant la pêche alimentaire que possédaient les Indiens inscrits dans au moins certaines parties de l'ouest du Canada.

*Les organismes autochtones nationaux ont proposé diverses définitions*

L'apparition, au cours des années 70, d'organismes politiques autochtones a rendu encore plus complexe la définition du terme «Métis». Le Conseil national des autochtones du Canada a été créé en tant qu'organisme national dont l'objectif officiel était de représenter les Métis et les Indiens non inscrits. Ce dernier groupe comprend des personnes qui avaient le droit d'être inscrites en qualité d'Indiens aux termes de la *Loi sur les Indiens* mais qui ne se sont jamais inscrites ou qui ont perdu leur statut d'Indien aux termes de la *Loi sur les Indiens* pour diverses raisons, bien souvent par l'effet des dispositions de cette loi en matière de mariage<sup>26</sup>

En 1983, le Ralliement national des Métis, organisme de l'ouest du Canada, s'est séparé du Conseil national des autochtones du Canada. Dans une brochure intitulée *The Métis — A Western Canadian Phenomenon*, le Ralliement national des Métis nouvellement créé a formulé les critères suivants pour déterminer si une personne est métisse. Voici ce que disait cette brochure :

[TRADUCTION]

- 1) Les Métis sont :
  - un peuple autochtone distinct des Indiens et des Inuit;
  - les descendants des Métis de l'histoire qui constituent maintenant un peuple reconnu dans l'Ouest canadien comme ayant une volonté politique commune;
  - des descendants des peuples autochtones qui ont été absorbés par les Métis de l'histoire.
- 2) La communauté métisse comprend les membres des catégories susmentionnées qui ont une identité culturelle et une volonté politique communes<sup>27</sup>

Le Conseil national des autochtones du Canada a toujours soutenu représenter, à l'échelon national, tous les Métis et les autres citoyens de descendance autochtone. Il a formulé sa position au sujet de la définition du terme «Métis» dans une brochure publiée par la New Brunswick Association of Métis and Non-Status Indians en 1984. Voici ce qu'on y lit :

[TRADUCTION] Les Métis sont définis, en règle générale, comme des personnes de descendance indienne et non indienne. D'aucuns soutiennent que seuls les Métis des provinces des Prairies, désignés ainsi par l'histoire, sont des Métis. C'est dans la colonie de la rivière Rouge que s'est développé le sentiment nationaliste des Métis. En 1869, sous la direction de Louis Riel, ces Métis ont formé un gouvernement provisoire qui a négocié l'entrée du Manitoba dans la Confédération. Toutefois, il existe des Métis à travers tout le Canada. En Ontario, on trouvait des réserves consacrées aux personnes d'origine métisse. Au Québec, les Métis ne sont acceptés ni par les communautés d'Indiens inscrits, ni par les communautés francophones même si on les qualifie de Sauvages. Au Nouveau-Brunswick, dans le

recensement de 1901, les Métis étaient inscrits dans une catégorie distincte des Indiens et des Blancs [...]

Il n'existe, au Canada, aucun groupe auquel seul s'applique le nom de Métis, pas plus qu'il n'existe un seul peuple indien. Les Métis de l'est et du nord du Canada sont aussi différents des Métis de la rivière Rouge qu'un peuple peut être différent d'un autre. Mais tous se distinguent des communautés autochtones en raison de leur descendance, de leur choix et du fait qu'ils se qualifient eux-mêmes de Métis. Dès 1650, une communauté distincte composée de Métis s'était développée à Le Heve (Nouvelle-Écosse), communauté qui différait des Acadiens et des Micmacs. Tous les Métis sont des autochtones, tous sont de descendance indienne et tous veulent avoir un choix<sup>28</sup>

Les problèmes que soulève la définition des communautés autochtones canadiennes ne sont pas particuliers aux Métis. On retrouve ces problèmes dans le cas des communautés indiennes et des Inuit. Cependant, à de nombreux égards, les Métis se trouvent dans une situation distincte. Il existe au Canada une grande diversité de communautés métisses qui se caractérisent comme telles dont les origines historiques et les identités contemporaines sont diverses. Il en va de même pour la communauté indienne mais, dans ce dernier cas, il existe des définitions législatives, largement utilisées en pratique, qui proposent un ensemble de critères applicables à une grande diversité de groupes. Jusqu'ici, il en est allé autrement du peuple métis du Canada.

*Le sens du terme «Indiens» au par. 91(24)*

*Le contexte de la définition du par. 91(24)*

Si la question à résoudre est la suivante : «les Métis sont-ils visés par le par. 91(24)?», il est évident que la réponse sera d'autant plus difficile à cerner si le sens même du terme «Métis» n'est pas clair. Pis encore, le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* accorde au Parlement du Canada la compétence législative exclusive à l'égard des «Indiens et

[d]es terres réservées pour les Indiens» mais ne précise pas quels sont les autochtones qui doivent être considérés comme des Indiens aux fins de cette disposition. Cette incertitude a donné naissance à de nombreuses études de spécialistes et a amené les tribunaux à tenter de préciser ces termes. Nous allons examiner brièvement ces études et la jurisprudence.

### *La Loi sur les Indiens complique les choses*

Le Parlement a exercé, à de nombreuses reprises, la compétence que lui confère le par. 91(24) à l'égard de certains groupes d'«Indiens», en commençant en 1868 par l'adoption de l'*Acte pourvoyant à l'organisation du Département du Secrétaire d'État du Canada, ainsi qu'à l'administration des Terres des Sauvages*<sup>29</sup>. Cette loi a été suivie d'une série d'autres lois par lesquelles le gouvernement fédéral affirmait sa compétence sur de nombreux aspects des activités individuelles et collectives de personnes définies par la loi comme étant des Indiens. La *Loi sur les Indiens*<sup>30</sup> en vigueur à l'heure actuelle énonce qu'un Indien est

une personne qui, conformément à la présente loi, est inscrite à titre d'Indien ou a droit de l'être<sup>31</sup>

L'article 6 de la loi actuelle énumère en détail les conditions qui doivent être remplies pour qu'une personne ait le droit d'être inscrite à titre d'Indien aux termes de la Loi. Il convient toutefois de noter que l'inscription à titre d'Indien ne se fait pas selon les mêmes critères que l'inscription sur une liste de bande et l'admission subséquente à titre de membre d'une bande indienne. Les conditions qui doivent être remplies pour devenir membre d'une bande sont énumérées aux articles 8 à 13 de l'actuelle *Loi sur les Indiens*.

Il s'agit là d'une distinction dont les conséquences sont importantes, notamment en raison du fait que le droit de résider dans une réserve indienne dépend juridiquement du fait d'être membre de la bande à l'usage et au profit de laquelle la réserve a été créée. Cette résidence comporte des conséquences pratiques considérables pour ce qui est de l'exercice concret des pouvoirs fédéraux à l'égard des Indiens, puisque le gouvernement du Canada a décidé d'exercer l'ensemble de ses compétences à l'égard des Indiens uniquement pour ce qui est des terres constituant des réserves indiennes et des personnes qui y résident. Les personnes inscrites à titre d'Indiens et qui vivent hors des réserves ont le droit de participer à certains programmes du gouvernement fédéral destinés aux Indiens inscrits mais elles relèvent, d'une façon générale, de la province où elles résident.

Les catégories d'inscription établies dans les diverses *Loi sur les Indiens* du Parlement fédéral ont beaucoup compliqué le processus de définition législative des divers peuples autochtones du Canada. Tel que susmentionné, il existe un grand nombre de personnes à travers le Canada qui descendent d'Indiens inscrits mais qui ont perdu ce statut par l'application d'une disposition de la *Loi sur les Indiens* ou qui, malgré le fait qu'elles avaient le droit d'être inscrites, ne l'ont jamais été. Ces personnes sont qualifiées d'«Indiens non inscrits» et sont représentées, eu égard à la politique, par des organismes autochtones tels que le Conseil national des autochtones du Canada qui représente également les communautés métisses qui s'identifient comme telles de certaines régions du pays. Ces Indiens non inscrits n'étant pas visés par le régime d'inscription établi par une loi fédérale à l'endroit des Indiens, ils ne sont pas autorisés à résider dans les réserves; le Parlement du Canada a donc choisi de ne pratiquement pas exercer sa compétence à leur endroit.

Il faut toutefois noter que le terme «Indiens» utilisé au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne coïncide pas du tout avec la définition législative qu'en a donnée le Parlement dans la *Loi sur les Indiens*. C'est ce qu'a jugé, de façon définitive, la Cour suprême du Canada dans un jugement prononcé en 1939 dans l'affaire du *Renvoi relatif aux Esquimaux*<sup>32</sup>

*L'arrêt Renvoi relatif aux Esquimaux a étendu aux Inuit la définition du par. 91(24)*

Il y a plus de 50 ans, les tribunaux étaient saisis de la question de la portée du par. 91(24) dans l'affaire *Renvoi relatif aux Esquimaux*. Le gouvernement fédéral et celui de la province du Québec ne s'entendaient pas sur les questions de compétence et de responsabilité à l'égard de la population inuit du nord du Québec. En conformité avec l'autorité que lui avait conférée l'art. 55 (aujourd'hui l'art. 53) de la *Loi sur la Cour suprême*<sup>33</sup>, le Gouverneur général en conseil avait demandé à la Cour suprême du Canada de se prononcer sur la question suivante :

[TRADUCTION] Le terme «Indiens» tel qu'utilisé dans la catégorie 24 de l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* [aujourd'hui la *Loi constitutionnelle de 1867*] s'entend-il des Esquimaux qui résident dans la province de Québec<sup>34</sup>?

La Cour a rendu trois jugements. Tous ces jugements affirmaient que les Esquimaux de la province de Québec et conséquemment de toutes les autres parties du Canada étaient bien des «Indiens» aux fins du par. 91(24) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*<sup>35</sup> Il était donc certain que toutes les questions relatives aux Esquimaux relevaient normalement de la compétence exclusive du Parlement du Canada.

Pour en arriver à cette conclusion, chacun des juges avait appliqué une approche essentiellement historique. Dans le jugement

rendu par le juge en chef Duff et les juges David et Hudson (le juge Crockett a souscrit au jugement), le juge en chef a qualifié l'approche utilisée en ces termes :

[TRADUCTION] L'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* est une loi qui porte sur l'Amérique du Nord britannique; il faut donc, pour définir le terme «Indiens» au sens de cette loi, se fonder sur le sens que donnaient à ce terme les habitants de l'Amérique du Nord britannique<sup>36</sup>

Pour ce faire, l'auteur de chacune des décisions a examiné divers documents historiques de l'époque, tels que des rapports parlementaires, des proclamations officielles, des rapports de missionnaires et la correspondance de fonctionnaires. Une attention particulière a été portée au rapport de 1857 du Select Committee de la Chambre des communes du Royaume-Uni sur la Compagnie de la Baie d'Hudson. Le comité avait été formé en 1856 pour faire enquête sur les affaires de la Compagnie qui, à cette époque, exerçait son autorité au nom du gouvernement fédéral sur le territoire qui allait devenir le nord et l'ouest du Canada.

En évaluant tous ces documents, chacun des trois juges chargés de rendre une décision a conclu que le terme «Indien», tel qu'utilisé au moment de la Confédération, désignait également les Esquimaux. Les trois juges ont tiré d'autres conclusions. Le juge en chef Duff a affirmé :

[TRADUCTION] il semble que, dans tous les territoires de l'Amérique du Nord britannique dans lesquels vivaient des Esquimaux, le terme «Indien» s'appliquait, par un usage bien établi, à ces personnes, *au même titre qu'aux autochtones*, et je répète que l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, dans la mesure où il traite des Indiens, doit, à mon avis, s'entendre comme incluant les Indiens de l'ensemble de l'Amérique du Nord britannique<sup>37</sup> [c'est nous qui soulignons]

Après avoir longuement examiné le texte des résolutions de la conférence de Québec de 1864, le juge Cannon (le juge Crockett a souscrit au jugement) a déclaré :

[TRADUCTION] Cela, je crois, dispose de l'argument fort convaincant présenté par le Dominion voulant que le terme «Indiens» au sens de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* doive recevoir une interprétation étroite. Pour les chambres hautes et les législatures du Haut et du Bas-Canada qui avaient déposé leur demande à Sa Majesté, le terme anglais «Indians» avait le même sens, ou presque, que le terme français «Sauvages» et englobait tous les sujets autochtones présents et futurs de la *Confédération proposée de l'Amérique du Nord britannique*<sup>38</sup> [...]

Enfin, le juge Kirwin a déclaré, dans un jugement auquel souscrivaient les juges Cannon et Crockett :

[TRADUCTION] À mon avis, lorsque le Parlement impérial a édicté que devrait être conférée au Parlement du Dominion l'autorité législative à l'endroit des Indiens et des terres réservées pour les Indiens, il avait l'intention de conférer cette autorité à l'égard de tous les autochtones situés à l'intérieur du territoire qui allait faire partie de la *Confédération*<sup>39</sup> [nous soulignons]

La cour n'a pas précisé davantage l'identité de ces autres autochtones. Elle ne s'est pas non plus penchée sur la question de savoir si les Métis étaient inclus dans la définition de ce terme. Toutefois, après l'arrêt *Renvoi relatif aux Esquimaux*, l'attention se porterait sur cette question.

*Ni les spécialistes ni les gouvernements ne s'entendent sur la portée du par. 91(24)*

Une des premières études spécialisées sur la question est un article de Clem Chartier publié en 1979<sup>40</sup> Suivant la pratique utilisée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Renvoi relatif aux Esquimaux*, Chartier a examiné les documents historiques de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle et

du XIX<sup>e</sup> siècle pour déterminer quels étaient les groupes que les observateurs contemporains qualifiaient d'Indiens.

À l'instar de la Cour suprême, Chartier a accordé une place considérable, dans son analyse, au rapport de 1857 du Select Committee de la Chambre des communes du Royaume-Uni sur la Compagnie de la Baie d'Hudson. Il en est arrivé à la conclusion que les témoins qui ont comparu devant ce comité et les documents qui ont été examinés tendaient à indiquer que les Indiens et les Métis étaient des autochtones et, pour reprendre les termes de l'époque, seraient réputés, tout comme les Inuit, «indiens».

Chartier a également examiné des documents législatifs et officiels des colonies de l'Amérique du Nord britannique qui étaient à peu près contemporains de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les conclusions qu'il en a tirées sont très semblables à l'interprétation qu'il a faite des documents émanant du Select Committee de 1857. D'après Chartier, on avait tendance à l'époque à qualifier d'«Indiens» tous les peuples d'origine autochtone, bien qu'on ait utilisé également d'autres termes pour désigner de façon plus précise les personnes d'origine métisse. Chartier a donc conclu qu'aux fins de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il fallait considérer ces personnes comme des Indiens et qu'elles étaient, tout comme les Inuit, visées par les dispositions du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

D'autres spécialistes ont examiné les mêmes documents historiques que Chartier et en sont arrivés à des conclusions différentes. Dans son ouvrage intitulé *First Principles: Constitutional Reform with Respect to the Aboriginal Peoples of Canada*<sup>41</sup>, Bryan Schwartz a également étudié le rapport de 1857 du Select Committee de la Chambre des communes du Royaume-Uni, comme l'avaient fait Chartier et la Cour suprême dans l'arrêt *Renvoi relatif aux Esquimaux*. Schwartz en

tire la conclusion que les éléments contenus dans ce rapport indiquaient que les personnes d'origine métisse (à la différence des Inuit) n'étaient pas visées à l'époque par le terme «Indien»<sup>42</sup>

Toutefois, à la différence de Chartier, Schwartz établissait des distinctions entre les diverses catégories de personnes de races mélangées. Par exemple, les «Métis» dont il s'agissait dans le rapport de 1857 appartenaient à la colonie de la rivière Rouge. D'après Schwartz, les documents historiques indiquaient que ces personnes ne faisaient pas partie de la catégorie des Indiens, selon le sens accordé en général à ce terme au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle. En suivant la méthode employée par la Cour suprême du Canada, Schwartz en a ainsi conclu que ces personnes, et leurs descendants, à qui il réservait le terme «Métis», ne pouvaient pas être considérées comme des Indiens aux fins du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Outre celle des Métis de la rivière Rouge, Schwartz a ensuite examiné la situation d'autres groupes métis qu'il décrivait de la façon suivante : [TRADUCTION] «personnes, habituellement d'origine métisse, qui avaient conservé des liens étroits avec les groupes indiens traditionnels». Schwartz a conclu, pour ce qui est de ces personnes, que «la pratique juridique historique indique qu'elles étaient visées par le par. 91(24)<sup>43</sup>».

Dans l'analyse à laquelle il se livre par la suite des rapports entre les Métis et le par. 91(24), Schwartz n'étudie pas réellement les personnes qu'il avait placées dans cette catégorie des Indiens du par. 91(24). Il est possible que Schwartz ait pensé que la plupart des gens appartenant à cette catégorie avaient finalement été absorbés par le système d'inscription mis sur pied par le Parlement du Canada dans les diverses lois sur les Indiens et qui visaient les personnes qui y étaient définies comme des Indiens. Quoi qu'il en soit, ces personnes n'étaient pas des Métis d'après Schwartz. Tout comme le Ralliement national des

Métis, Schwartz limitait l'emploi de ce terme aux membres de la communauté historique de la rivière Rouge, à leurs descendants et aux personnes qui s'étaient fixées par la suite dans cette communauté dans tout l'ouest du Canada. Il en a conclu que ces personnes n'étaient pas considérées comme des Indiens au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle et qu'elles n'étaient donc pas visées par le par. 91(24), que ce soit en 1867 ou maintenant.

La position adoptée par Thomas Flanagan à l'égard de la question de savoir si les Métis sont des Indiens au sens du par. 91(24), ou même un peuple autochtone, est encore plus carrément négative. Flanagan a soutenu, dans un certain nombre d'études spécialisées<sup>44</sup>, que les membres de la communauté de la rivière Rouge, à qui il réserve, parmi tous les citoyens métis, le terme «Métis», ne peuvent absolument pas être considérés comme un peuple autochtone. Il a analysé l'évolution historique des Métis de la rivière Rouge et leurs origines raciales différentes à la lumière des décisions judiciaires canadiennes établissant les critères permettant de déterminer si un groupe de personnes doit se voir reconnaître un droit de propriété autochtone sur des terres et il a soutenu que les Métis de la rivière Rouge ne pouvaient démontrer qu'ils possédaient un tel titre de propriété. L'essentiel de sa position est bien résumé dans le passage suivant :

[TRADUCTION] Il y avait des Métis qui avaient des femmes indiennes, qui vivaient avec des bandes indiennes et qu'il était pratiquement impossible de distinguer des Indiens. Mais il leur était possible d'adhérer aux traités en qualité de membres des bandes avec lesquelles ils vivaient, ce qu'ils faisaient d'ailleurs. Dans la mesure où les Métis avaient adopté un mode de vie véritablement autochtone, il était impossible de les distinguer des Indiens; et dans la mesure où ils étaient différents des Indiens, leur mode de vie n'était pas celui des autochtones<sup>45</sup>

Le seul fait que le gouvernement fédéral ait reconnu, par voie législative, que les Métis de la rivière Rouge possédaient certains droits

sur les terres qu'ils occupaient traditionnellement ne pouvait avoir pour effet d'attribuer aux descendants de cette communauté un véritable statut d'autochtone. Ce même droit avait été en effet accordé aux Blancs qui habitaient depuis longtemps la vallée de la rivière Rouge et qui ne prétendaient aucunement constituer un peuple autochtone<sup>46</sup>

*Les tribunaux ne se sont pas prononcés clairement sur la portée du par. 91(24)*

Les spécialistes n'ont pas été les seuls à animer le débat sur la question de savoir si le terme «Indiens» du par. 91(24) comprend certains Métis et sur les conséquences d'une telle inclusion sur les compétences législatives. Les tribunaux ont été obligés, à l'occasion, d'examiner cette question et d'appliquer le raisonnement adopté dans l'arrêt *Renvoi relatif aux Esquimaux* aux faits qui leur étaient présentés.

Comme cela s'est produit chez les spécialistes, les conclusions des tribunaux ont été fort variées. Dans certaines affaires, notamment *R. v. Rocher*<sup>47</sup>, les tribunaux ont, à tout le moins, paru favorables à la position prise par Chartier et se sont montrés disposés à envisager la possibilité de considérer les Métis comme des Indiens aux fins du par. 91(24). D'autres décisions, comme *R. v. Genereaux*<sup>48</sup>, vont dans le sens contraire, souvent à partir des mêmes documents historiques qui avaient amené Chartier à tirer ses conclusions sur cette question.

Plus récemment, certains tribunaux de l'Alberta ont jugé qu'une personne dont les ancêtres avaient accepté des certificats mais qui pratiquait un mode de vie indien devait être considérée comme un Indien au sens de l'art. 12 de la Convention sur le transfert des ressources naturelles<sup>49</sup> et pouvait donc exercer tous les droits en matière de chasse, de pêche et de trappage accordés aux Indiens aux termes de cet article<sup>50</sup>. Dans ces décisions, les tribunaux n'ont pas eu à

examiner la question de savoir si, ces personnes étant visées par les termes de la Convention sur le transfert, il fallait les considérer comme des Indiens aux fins du par. 91(24).

### *Divergences des opinions des corps politiques*

La controverse au sujet du niveau de gouvernement dont relèvent, sur le plan constitutionnel, les Métis ne s'est pas limitée aux universitaires et aux juges. Le gouvernement fédéral a longtemps soutenu qu'il ne possédait aucune compétence législative à l'égard des Métis. Selon les représentants successifs du gouvernement fédéral, la reconnaissance du peuple métis en tant que peuple autochtone au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne devait pas entraîner de répercussions sur le plan des compétences législatives<sup>51</sup>. Cette position a finalement changé en 1992 lorsque le gouvernement du Canada a convenu, dans l'Accord de Charlottetown, qu'aux fins du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, tous les groupes qualifiés de peuples autochtones dans le par. 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* devaient être considérés comme des Indiens.

Toutes les provinces, à l'exception de l'Alberta, ont, d'une façon générale, reconnu que les Métis relevaient de la compétence fédérale et que les Métis étaient visés par les dispositions du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ces querelles non résolues sur les questions de compétence législative ont empêché que les droits dont pouvaient bénéficier les Métis à titre de peuple autochtone fassent l'objet de mesures concrètes, les deux niveaux de gouvernement restant chacun sur leur position et excluant les Métis de leur domaine de responsabilité. L'Accord de Charlottetown offrait, nous l'avons souligné, un moyen de sortir de cette impasse mais il reste à savoir quelles seront les répercussions de cet accord.

Le Conseil national des autochtones du Canada et le Ralliement national des Métis soutiennent tous deux qu'il faut considérer que les Métis sont visés par le par. 91(24) tout comme les Inuit et qu'ils relèvent, par conséquent, de la compétence du Parlement. Leur raisonnement reprend pour l'essentiel celui que proposait Chartier, à savoir que les Métis sont un peuple indigène et qu'il faut interpréter le terme «Indiens» figurant au par. 91(24) comme s'appliquant à tous les peuples indigènes du Canada. Au cours des années 70 et 80, les représentants de ces deux organismes ont exercé des pressions pour obtenir une reconnaissance constitutionnelle explicite de cette interprétation<sup>52</sup>

Les établissements métis de l'Alberta ont adopté une position moins claire au sujet de cette question. Au cours du débat constitutionnel de 1982, l'Alberta Federation of Metis Settlement Associations a publié une étude dont est tiré le passage suivant :

[TRADUCTION] La principale raison qui pourrait nous amener à refuser un lien exclusif avec le gouvernement fédéral est que, même si cela devait renforcer notre statut politique, ce n'est pas ainsi que les Métis font les choses. Nous attribuons une plus grande importance aux droits des provinces de l'Ouest que ne le font les autres Canadiens : nos ancêtres ont formé deux gouvernements provisoires pour les défendre. Nous sommes fiers d'être des Canadiens de l'Ouest et fiers d'être albertains<sup>53</sup>

Les établissements métis ont formulé, dans ces études, la position suivante :

[TRADUCTION] nous sommes disposés à accepter que les établissements métis relèvent de la compétence de la province, sauf pour ce qui concerne nos droits ancestraux<sup>54</sup>

L'accord intervenu entre les établissements et la province et qui prévoyait la compétence provinciale pourvu qu'elle ne touche pas aux droits autochtones était conforme à cette position.

*La nouvelle Constitution de 1982 introduisait une nouvelle base juridique*

Comme l'indique l'éventail des opinions décrites ci-dessus, l'analyse des documents historiques à peu près contemporains de la *Loi constitutionnelle de 1867* peut déboucher sur des conclusions fort différentes pour ce qui est du sens et de la portée du terme «Indiens» du par. 91(24). Cette approche n'a pas permis, et ne permet probablement pas, d'en arriver à une conclusion ferme, étant donné l'ambiguïté de ces documents. Même si l'on pouvait supprimer cette ambiguïté, on peut se demander si cela permettrait de répondre à des questions qui se posent dans des circonstances et des contextes historiques différents. N'y aurait-il pas une autre manière d'aborder et de résoudre ces questions? Nous le pensons et c'est ce qu'offraient les dispositions de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

L'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne faisait pas que reconnaître et confirmer les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada, il définissait également l'expression «peuples autochtones» en précisant qu'elle englobait les Indiens, les Inuit et les Métis.

Cette reconnaissance des droits et des groupes qui en bénéficiaient n'allait toutefois pas jusqu'à préciser davantage quelles étaient les personnes visées par ces groupes : on reconnaissait que les Métis constituaient un peuple autochtone sans préciser toutefois qui étaient les personnes qu'il fallait considérer comme des Métis ni quels étaient leurs droits.

Malgré ces difficultés, l'adoption de l'art. 35 semblait devoir faciliter considérablement la reconnaissance des droits des Métis en tant que communauté autochtone. La reconnaissance constitutionnelle du fait

que les Métis constituent un peuple autochtone dont les droits existants — ancestraux ou issus de traités — étaient reconnus et confirmés permettait d'envisager une nouvelle approche et de préciser à la fois la nature de ces droits et les questions de compétence.

Une telle approche ne dépendrait pas uniquement de l'interprétation de documents historiques ambigus; elle se fonderait plutôt sur l'objet visé par les grands principes constitutionnels canadiens à l'endroit des peuples autochtones du Canada et de leurs droits. Au lieu d'essayer de faire entrer les réalités contemporaines des affaires publiques du Canada dans des catégories élaborées à une autre époque, une telle interprétation «téléologique» de l'art. 35 permettrait de dégager les valeurs dont les gouvernements canadiens devraient s'inspirer dans leurs rapports avec les communautés autochtones. Une telle approche est fort éloignée du raisonnement tenu dans l'arrêt *Renvoi relatif aux Esquimaux* et dans les débats qui ont porté sur les questions de compétence et des droits à partir des catégories créées par ce jugement.

L'article de Chartier est bien antérieur à l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*, mais l'auteur avait soulevé, sans les poursuivre, des questions qu'il aurait été facile d'approfondir à l'aide de l'approche présentée ci-dessus. Chartier conclut son article en disant ceci :

[TRADUCTION] L'auteur pense qu'on pourrait mettre de l'avant un autre argument, qui n'a pas encore été examiné, et qui serait fondé sur la notion de «titre ancestral». Ce titre repose sur un principe de common law «qui résulte d'une politique globale de l'empire britannique qui s'appliquait à tous les indigènes, quels qu'ils soient, qui entrent en contact avec les autorités impériales; [...]» Ce titre ancestral accorde aux Indiens, ou aborigènes, un certain droit sur les terres qu'ils occupent. Lorsqu'il a adopté l'*A.A.N.B., 1867*, le Parlement impérial a certainement entendu protéger les droits territoriaux de tous les «aborigènes». Le rapport antérieur et postérieur avec les Métis indique que l'on reconnaissait leur titre ancestral<sup>55</sup>

Chartier n'a pas développé cet argument mais il indiquait des avenues qui pourraient être explorées une fois reconnus clairement les droits — ancestraux ou issus de traités — des Métis.

*Certains s'interrogent sur la portée de la reconnaissance qu'opère l'art. 35*

Tous les spécialistes qui ont commenté l'art. 35 ne considèrent pas que ces dispositions ont sensiblement renforcé, à court terme du moins, la reconnaissance juridique de la position constitutionnelle particulière des Métis ou de leurs droits ancestraux. Bryan Schwartz et Thomas Flanagan se sont interrogés sur les conséquences de la reconnaissance constitutionnelle des Métis en tant que peuple autochtone. Tous deux en sont arrivés à la conclusion que cette reconnaissance risquait de n'avoir pratiquement aucun effet. Ces auteurs définissaient les Métis, à leurs propres fins, comme étant les membres de la communauté de la rivière Rouge et leurs descendants. Ni l'un ni l'autre n'a accordé une grande place aux nombreuses autres communautés métisses qui existaient au Canada, si ce n'est pour dire que lorsque ces personnes avaient adopté le mode de vie des Indiens ou étaient associées à des Indiens, elles devaient être (et l'avaient probablement été) considérées comme des Indiens.

Pour ce qui est des personnes qu'ils considéraient comme des Métis, d'après leur définition, ces deux auteurs ont émis l'opinion que la reconnaissance constitutionnelle de ces peuples à titre de peuples autochtones n'aurait guère, ou (dans le cas de Flanagan) ne devrait guère avoir, une grande importance dans l'immédiat. Schwartz déclare :

[TRADUCTION] Le paragraphe 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* énonce que les peuples autochtones mentionnés dans la *Loi constitutionnelle de 1982* comprennent les «Indiens, les Inuit et les Métis du Canada». Pris isolément, cet article ne confère aucun droit aux Métis. Il est très possible que les autres articles

de cette loi qui traitent des droits des peuples autochtones n'aient finalement que peu d'effet sur les droits des Métis. Le paragraphe 35(1) reconnaît et confirme les «droits ancestraux ou issus de traités» des peuples autochtones du Canada. Il se peut fort bien que le 17 avril 1982 les Métis ne possédaient aucun droit ancestral ou issu de traité. Quoi qu'il en soit, le maintien des droits des Métis garantis par la Constitution n'exige pas une intervention législative par opposition à une intervention judiciaire. Il n'est pas nécessaire de donner au paragraphe 91(24) une interprétation large pour que le Parlement puisse protéger contre les atteintes locales les droits récemment confirmés des Métis. Les tribunaux peuvent s'en charger. Il n'est pas non plus justifié de combiner le jugement du juge Canon [dans le *Renvoi relatif aux Esquimaux*] — «les Indiens sont tous des aborigènes» — avec le paragraphe 35(2) — «les Métis sont des peuples autochtones» pour en conclure que les Métis sont des Indiens aux fins du paragraphe 91(24)<sup>56</sup>

Pour Flanagan :

[TRADUCTION] le mieux à faire pour le moment serait de privilégier le terme «existant» qui figure au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Si on veut modifier en profondeur le statut des Métis en tant que collectivité, il faudrait d'abord susciter un large débat public puis un débat parlementaire au sujet des questions fondamentales comme : qui sont les Métis, dans quelle mesure sont-ils différents des Indiens non inscrits, pourquoi auraient-ils un titre ancestral et pourquoi doit-on maintenant juger que les mécanismes utilisés dans le passé pour éteindre ces droits n'ont pas eu d'effet? Les ententes politiques qui se sont rapidement succédé et qui ont débouché sur la version finale des modifications constitutionnelles [reprises dans la *Loi constitutionnelle de 1982*] n'ont pas permis d'organiser un tel débat<sup>57</sup>

*Une interprétation téléologique de l'art. 35 pourrait aider à définir le terme «Métis»*

D'autres spécialistes ne partagent pas les conclusions auxquelles sont arrivés Schwartz et Flanagan et soutiennent que l'adoption de l'art. 35 ouvre, à tout le moins, la porte à de nouvelles façons d'envisager les droits des Métis. La plupart des auteurs qui se sont engagés dans cette

voie ont adopté ce que nous allons appeler, à la suite de William Pentney, l'interprétation «téléologique» de l'art. 35.

Pentney procède à une vaste analyse des dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>58</sup> sur les droits ancestraux et il examine les définitions de peuples autochtones que contient la Constitution canadienne ainsi que le rapport existant entre le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Pentney propose deux méthodes pour déterminer quels sont les peuples à qui les dispositions du paragraphe 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* devaient s'appliquer.

La première de ces méthodes consiste à déterminer quels sont les peuples visés par le terme «Indiens» du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>59</sup>; l'autre reviendrait à analyser les termes utilisés dans le par. 35(2) : [TRADUCTION] «en eux-mêmes, en se fondant sur la signification actuelle de ces termes et compte tenu de l'objet de cette garantie constitutionnelle<sup>60</sup>.»

La première des méthodes utilisées par Pentney pour préciser l'identité des peuples autochtones découle de l'approche historique à l'interprétation du par. 91(24) qu'a utilisée la Cour suprême dans l'arrêt *Renvoi relatif aux Esquimaux* et par Chartier, Schwartz et Flanagan. Après avoir examiné quelques-uns des éléments historiques présentés à l'appui de l'affirmation selon laquelle les Métis pourraient être considérés comme des Indiens au sens du par. 91(24), Pentney conclut que l'on peut

[TRADUCTION] en déduire que les Métis ou les *half-breeds* qui vivaient habituellement avec les bandes indiennes et partageaient leur mode de vie étaient considérés [comme des «Indiens»] au moment où on a rédigé les résolutions qui ont précédé l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>61</sup>

D'après cette interprétation, les Métis qui descendent des membres de ces communautés qui, en 1867, vivaient avec les bandes indiennes en partageant leur mode de vie pourraient prétendre être des Indiens au sens du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et constituer le peuple métis dont les droits ancestraux ou issus de traités ont été reconnus et confirmés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il faudrait préciser davantage la nature et le contenu de ces droits, soit par le biais de modifications constitutionnelles, soit par celui des tribunaux; mais quelle que soit la nature exacte de ces droits, seules les personnes qui peuvent établir qu'elles ont pour ancêtres des Métis que les auteurs de la *Loi constitutionnelle de 1867* auraient jugé impossible de distinguer des Indiens pourraient en bénéficier.

L'autre approche que propose Pentney dans son analyse consiste à tenter de définir les termes utilisés dans l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* à la lumière de l'acception actuelle de ces termes et dans le contexte de l'interprétation téléologique de l'art. 35. Lorsqu'il examine la façon dont on pourrait interpréter le terme «Métis» dans ce contexte, Pentney étudie tout d'abord les définitions actuelles du terme en droit canadien<sup>62</sup>. La plupart de ces définitions ont été formulées dans le but de définir les communautés métisses de la rivière Rouge et leurs descendants. Pentney note toutefois qu'il existe d'autres définitions et signale que la *Metis Betterment Act* albertaine (abrogée et remplacée par la *Metis Settlements Act* et d'autres lois relatives aux Métis) définissait uniquement, comme nous l'avons noté plus haut, les Métis en termes d'origine indienne et européenne sans faire de liens avec la communauté traditionnelle de la rivière Rouge.

Pour Pentney, l'interprétation téléologique de l'art. 35 doit dépasser l'approche strictement historique utilisée dans l'arrêt *Renvoi*

*relatif aux Esquimaux*. Voici ce qu'il déclare au sujet de la définition des Métis (et des autres groupes autochtones) :

[TRADUCTION] l'origine ne sera plus le facteur déterminant. Dans ces cas, le tribunal devrait examiner la demande d'une partie de se faire reconnaître des droits ancestraux en qualité de Métis en s'appuyant sur plusieurs facteurs qui comprennent l'origine, les liens de parenté, la culture, l'acceptation par la collectivité, le mode de vie et la façon dont la personne se définit<sup>63</sup>

### *L'approche téléologique comporte des avantages pratiques*

Le recours au type d'interprétation que propose Pentney ferait disparaître la nécessité d'évaluer les documents historiques dans le but de déterminer les personnes qui ont à un moment donné été considérées par des observateurs privilégiés comme des Métis. Il s'agirait plutôt de s'en remettre aux expressions contemporaines d'identification à une collectivité, encadrées par un ensemble de critères de nature juridique. Ces critères seraient fixés par les tribunaux ou par des négociations constitutionnelles ou d'autres types d'accords officiels entre différents niveaux de gouvernement. Comme l'observe Pentney, un de ces critères devrait être le fait d'être de descendance autochtone, caractéristique qu'on exigerait des personnes qui prétendent appartenir aux collectivités qui revendiquent des droits en tant que peuples autochtones<sup>64</sup>

D'autres spécialistes ont proposé d'autres séries de critères détaillés. Nous en examinons un certain nombre plus loin. L'apport de Pentney au débat a consisté à ne pas se limiter à l'emploi de critères d'origine historique pour définir la notion de «peuples autochtones» à des fins constitutionnelles mais à s'en remettre à une gamme plus étendue de considérations qui refléteraient la façon dont les communautés autochtones actuelles se définissent.

Pentney n'est pas le seul spécialiste à s'être penché sur la question de la définition téléologique de l'art. 35. Catherine Bell a

beaucoup écrit sur cette question<sup>65</sup> et elle a affirmé qu'il ne fallait pas employer une définition fermée du terme «Métis» qui serait uniquement fondée sur des critères établis à partir de documents historiques. Elle déclare :

[TRADUCTION] Compte tenu du laconisme des critères énoncés dans l'art. 35 et de la difficulté que soulève la définition d'un seul peuple métis, la façon la plus logique de mettre fin au débat sur la définition de ce terme est de définir les «Métis» dont il est question au paragraphe 35(2) comme étant des personnes qui sont membres d'un des deux groupes suivants :

- Les descendants de la nation métisse traditionnelle [c.-à-d. la communauté de la rivière Rouge];
- Les personnes ayant des liens avec les collectivités métisses actuelles.

Si l'on se refuse à formuler des critères d'identification en ayant uniquement recours à des traits culturels correspondant à un moment donné de l'histoire, l'interprète du par. 35(2) peut alors définir les «Métis» dans le cadre de la Constitution comme étant des métis (sans majuscule). Une telle interprétation convient mieux au contexte des activités politiques qui ont entouré les négociations relatives à l'art. 35, évite l'application unilatérale d'une définition législative et permet aux intéressés de définir eux-mêmes à quel groupe ils appartiennent<sup>66</sup>

Le professeur Bell a fait remarquer dans une autre étude que l'interprétation téléologique des documents constitutionnels concernant les autochtones a été retenue même lorsqu'il s'agissait de l'appliquer au par. 91(24)<sup>67</sup> Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, le juge Canon a, dans le jugement qu'il a prononcé dans l'affaire *Renvoi relatif aux Esquimaux*, déclaré que, d'après lui, le terme «Indiens» utilisé dans la *Loi constitutionnelle de 1867* comprenait :

[TRADUCTION] Tous les sujets indigènes aborigènes présents *et futurs* de la Confédération de l'Amérique du Nord proposée<sup>68</sup>  
[nous soulignons]

L'adoption d'une définition ouverte sur l'avenir du mot «Indien», combinée à l'interprétation téléologique des dispositions de l'art. 35 de

la *Loi constitutionnelle de 1982*, vient renforcer la position selon laquelle il n'est pas possible de considérer, à des fins constitutionnelles, que les catégories de peuples autochtones sont fermées, en se basant uniquement sur des facteurs historiques.

Brian Slattery a également formulé des commentaires au sujet des critères qu'il conviendrait d'adopter pour déterminer s'il est justifié de considérer certaines personnes comme des autochtones en vue de leur attribuer des droits constitutionnels. Après avoir déclaré que :

[TRADUCTION] historiquement, on a reconnu que des groupes composés principalement ou entièrement de Métis ou de «personnes de sang mêlé» constituaient des groupes autochtones et c'est ce que reconnaît maintenant le par. 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui énonce que l'expression «peuples autochtones du Canada» telle qu'utilisée dans cette loi comprend les Indiens, les Inuit et les Métis du Canada<sup>69</sup> [...]

Slattery énumère un certain nombre de facteurs dont il faudrait tenir compte pour déterminer si un groupe de personnes devrait être considéré comme un groupe autochtone. Figurent parmi ces facteurs la façon dont le groupe s'identifie, sa culture et son mode de vie, l'existence de normes ou de coutumes collectives semblables à celles des autres peuples autochtones et la composition génétique du groupe<sup>70</sup>

#### *La Cour suprême a reconnu l'art. 35 et l'approche téléologique*

L'approche qualifiée de téléologique à l'interprétation de l'art. 35 adoptée par les spécialistes s'est vue renforcer par l'autorité d'une décision rendue par la Cour suprême du Canada en 1990. Dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, la Cour a procédé pour la première fois à un examen détaillé du sens et de l'objet de l'art. 35. Dans un jugement unanime, la Cour a déclaré :

Il est donc clair que le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* représente l'aboutissement d'une bataille longue et difficile

à la fois dans l'arène politique et devant les tribunaux pour la reconnaissance de droits ancestraux. La forte représentation des associations autochtones et d'autres groupes soucieux du bien-être des peuples autochtones du Canada a rendu possible l'adoption du par. 35(1) et il est important de souligner que cette disposition s'applique aux Indiens, aux Inuit et aux Métis<sup>71</sup>

Pour ce qui est de l'interprétation des dispositions de l'art. 35, la Cour a déclaré ce qui suit :

La nature même du par. 35(1) laisse supposer qu'il y a lieu de l'interpréter en fonction de l'objet qu'il vise. Si on considère les objectifs de la confirmation des droits ancestraux, il est évident qu'une interprétation généreuse et libérale du texte de cette disposition constitutionnelle s'impose. Devant l'argument voulant que l'art. 35 n'ait aucun effet sur les droits ancestraux ou issus de traités et qu'il ne soit qu'un préambule aux parties de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui portent sur les droits des autochtones, la Cour d'appel en l'espèce dit ceci, à la p. 322 [page 168 C.N.L.R.] :

[TRADUCTION] Cet argument ne donne aucun sens à l'art. 35. En le retenant, on se trouverait à nier la déclaration non équivoque de cet article que les droits existants sont reconnus et confirmés et à n'en faire qu'une simple promesse de reconnaître et de confirmer ces droits d'ici peu [...] Une telle interprétation du par. 35(1) ferait abstraction à la fois de ses termes et du principe selon lequel la Constitution doit recevoir une interprétation libérale et réparatrice. Nous ne pouvons accepter que ce principe s'applique avec moins de force aux droits ancestraux qu'à ceux garantis par la Charte, compte tenu particulièrement de l'histoire et de la méthode d'interprétation des traités et des lois concernant les Indiens commandée par des arrêts comme *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29<sup>72</sup> [...]

Dans cette perspective, il est difficile de soutenir que les dispositions de l'art. 35 ne touchent aucunement les Métis. Comme l'a déclaré la Cour suprême dans l'arrêt *Sparrow*, «le par. 35(1) constitue en engagement solennel qui doit avoir un sens utile<sup>73</sup>». Il serait inacceptable de soutenir que le fait d'avoir reconnu les Métis dans la

Constitution du Canada à titre de peuple autochtone n'a pas eu pour effet de leur conférer des droits substantifs. Une disposition aussi générale ne peut, bien entendu, préciser les droits dont peuvent jouir les Métis dans un cas donné, mais il demeure que cette disposition reconnaît qu'il existe certains droits qui appartiennent à un ou plusieurs groupes identifiables de Métis.

*L'article 35, l'Accord de Charlottetown et les politiques fédérales atténuent la portée du par. 91(24)*

L'examen de l'art. 35 auquel ont procédé les auteurs et les tribunaux concerne également la portée du par. 91(24) et ses conséquences pour les Métis sur le plan des compétences législatives. Nous estimons que cette analyse a réduit l'importance que revêtait cette question. Lorsque les droits matériels conférés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* auront été précisés, les questions de compétence et d'obligation juridique auront également été réglées. La compétence législative découlera donc des droits conférés, au lieu du contraire. Il s'agit là d'un des aspects les plus importants de la protection constitutionnelle qu'accorde désormais la Constitution du Canada aux droits ancestraux et issus de traités.

Avant l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les peuples autochtones ne disposaient que d'un moyen pour se faire reconnaître un statut distinct en matière de compétence législative, savoir être considérés comme des Indiens et relever, par conséquent, de la compétence spéciale du gouvernement fédéral aux termes du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La reconnaissance étant alors considérée par plusieurs comme essentielle à la survie des Métis, ces derniers ont tenté de démontrer que le par. 91(24) leur était applicable. D'après ce raisonnement, le fait que le gouvernement du Canada reconnaisse leur statut de peuple autochtone renforcerait les arguments

juridiques d'après lesquels les Métis devaient se voir attribuer des droits spéciaux à titre de droits accessoires à leur statut de peuple autochtone.

Pour ce qui est de la «reconnaissance», le par. 91(24) joue désormais un rôle atténué. La Constitution du Canada reconnaît expressément que les Métis ont un statut juridique distinct à titre de peuple autochtone, et qu'ils possèdent un ensemble de droits qui ne sont pas encore tous définis. Étant donné que deux des trois peuples autochtones reconnus en cette qualité par l'art. 35 sont considérés comme des Indiens aux fins du par. 91(24), il nous paraît impossible d'interpréter le par. 91(24) sans tenir compte de l'art. 35. Il faut interpréter ensemble ces deux articles de la Constitution. C'est ce que reconnaissait expressément l'Accord de Charlottetown :

91A. Pour plus de certitude, la catégorie 24 de l'article 91 s'applique, sauf ce que prévoit l'article 95E, à tous les peuples autochtones du Canada<sup>74</sup>

D'après ce projet de modification, le terme «Indien» devenait, aux fins de la Constitution, synonyme d'«autochtone». Cette disposition venait récompenser les nombreux efforts qu'avaient faits les Métis pour obtenir ce changement.

L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* offrait une base à partir de laquelle les droits ancestraux des Métis pourraient être reconnus et définis. L'Accord de Charlottetown allait plus loin. Cet accord a été rejeté par les Canadiens et n'a pas été adopté; il peut néanmoins fournir un point de départ pour définir certains droits. Cet accord établissait un lien constitutionnel justifié entre la catégorie générale des «Indiens» dont parle le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et les groupes expressément mentionnés dans le par. 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Lorsqu'il s'agira de préciser davantage le sens et le contenu des droits constitutionnels que

possèdent les peuples autochtones du Canada, on tiendra compte de ce lien.

D'une certaine façon, le fait d'inclure les Métis dans la catégorie des «Indiens» du par. 91(24) résoudra certaines incertitudes en matière de compétence législative. Si l'on réussit à établir de façon définitive cet élément, que ce soit par le biais d'accords constitutionnels ou portant sur les compétences législatives, ou par voie législative, on saura alors clairement que le gouvernement fédéral est constitutionnellement responsable des Métis.

L'importance de la portée du par. 91(24) est également atténuée pour une autre raison : la compétence fédérale n'est pas synonyme de décision fédérale<sup>75</sup>. Par exemple, il est reconnu depuis longtemps que le Parlement du Canada possède une compétence exclusive sur les Inuit et les Indiens non inscrits mais le *pouvoir d'agir* n'a pas toujours été accompagné d'une *volonté* d'agir.

Le fait de confirmer que les Métis relèvent de la compétence législative exclusive du Parlement du Canada ne résoudra pas les questions fort complexes que soulève l'application de l'art. 35 aux Métis. Les problèmes de définition (Qu'entend-on par Métis?) et de droits (Quels sont les droits ancestraux et issus de traités qu'ils possèdent?) ne seront pas résolus par la simple reconnaissance constitutionnelle que les Métis sont des Indiens au sens du par. 91(24). Pour que la compétence fédérale débouche sur des mesures concrètes à l'endroit des Métis, il faudra que cette compétence s'accompagne d'une obligation juridique *reconnue* ou *exécutoire*. Cette question nous amène au coeur des garanties qu'offre l'art. 35.

En fait, les Métis font face aux mêmes problèmes que les Indiens inscrits qui vivent en dehors des réserves pour ce qui est de la définition des droits que confère l'art. 35. Si les gouvernements du Canada ne s'entendent pas pour formuler de façon plus précise, en termes

constitutionnels officiels, la nature de ces droits, il faudra recourir à d'autres moyens pour le faire. Nous explorons, dans cette étude, quelques-uns de ces moyens.

Comme le prévoyait l'Accord de Charlottetown, les divers groupes de Métis devront toutefois utiliser diverses méthodes pour clarifier les dispositions de l'art. 35. Cette situation pourrait fort bien entraîner la création d'un éventail de régimes juridiques qui reconnaîtraient divers types de droits aux diverses communautés métisses. Mais cette situation ne sera pas particulière aux Métis puisqu'elle s'applique déjà à certains Indiens inscrits et qu'elle pourrait s'appliquer encore plus fréquemment à ces derniers selon l'évolution du cadre constitutionnel canadien.

### *Le rôle des tribunaux dans l'établissement des droits des Métis*

#### *Les Métis du Manitoba ont soulevé des questions fondamentales dans l'affaire Dumont*

Les actions en justice constituent un des moyens de définir les droits des Métis et de leur donner effet. Depuis l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*, c'est la voie que privilégient de plus en plus les Indiens et il est également possible que certains groupes de Métis puissent l'utiliser avec succès. L'affaire *Dumont et al. c. Le procureur général du Canada et le procureur général du Manitoba* constitue un exemple instructif de l'utilisation de la voie judiciaire pour tenter de faire définir par les tribunaux les droits des Métis, moyen que d'autres groupes de Métis pourront choisir à l'avenir.

L'affaire *Dumont et al. c. Le procureur général du Canada et le procureur général du Manitoba*<sup>76</sup> est une action judiciaire concernant la concession de terres aux Métis domiciliés au Manitoba en vertu des

dispositions de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. Les dispositions pertinentes de la Loi sont les articles 31 et 32.

31. Et considérant qu'il importe, dans le but d'éteindre les titres des Indiens aux terres de la province, d'affecter une partie de ces terres non concédées, jusqu'à concurrence de 1,400,000 acres, au bénéfice des familles des Métis résidants, il est par la présente décrété que le lieutenant-gouverneur, en vertu de règlements établis de temps à autre par le gouverneur-général en conseil, choisira des lots ou étendues de terre dans les parties de la province qu'il jugera à propos, jusqu'à concurrence du nombre d'acres ci-dessus exprimé, et en fera le partage entre les enfants des chefs de famille métis domiciliés dans la province à l'époque à laquelle le transfert sera fait au Canada, et ces lots seront concédés aux dits enfants respectivement, d'après le mode et aux conditions d'établissement et autres conditions que le gouverneur-général en conseil pourra de temps à autre fixer.

32. Dans le but de confirmer les titres et assurer aux colons de la province la possession paisible des immeubles maintenant possédés par eux, il est décrété ce qui suit :

(1) Toute concession de terre en franc-alleu (*freehold*) faite par la compagnie de la Baie d'Hudson jusqu'au huitième jour de mars de l'année 1869, sera, si le propriétaire le demande, confirmée par une concession de la couronne;

(2) Toute concession d'immeubles autrement qu'en franc-alleu, faite par la compagnie de la Baie d'Hudson jusqu'au huitième jour de mars susdit, sera, si le propriétaire le demande, convertie en franc-alleu par une concession de la couronne;

(3) Tout titre reposant sur le fait d'occupation, avec la sanction, permission et autorisation de la compagnie de la Baie d'Hudson jusqu'au huitième jour de mars susdit, de terres situées dans cette partie de la province dans laquelle les titres des Indiens ont été éteints, sera, si le propriétaire le demande, converti en franc-alleu par une concession de la couronne;

(4) Toute personne étant en possession paisible d'étendues de terre, à l'époque du transfert au Canada, dans les parties de la province dans lesquelles les titres des Indiens n'ont pas été éteints, pourra exercer le droit de préemption à l'égard de ces terres, aux termes et conditions qui pourront être arrêtés par le gouverneur en conseil;

(5) Le lieutenant-gouverneur est par la présente autorisé, en vertu de règlements qui seront faits de temps à autre par le gouverneur-général en conseil, à adopter toutes les mesures nécessaires pour constater et régler, à des conditions justes et équitables, les droits de commune et les droits de couper le foin dont jouissent les colons dans la province, et pour opérer la commutation de ces droits au moyen de concessions de terre de la couronne<sup>77</sup>

Les demandeurs sont des dirigeants de la Manitoba Métis Federation (un organisme membre du Ralliement national des Métis) qui ont intenté une poursuite pour leur propre compte et pour celui des descendants de tous les Métis ayant des droits en vertu de la *Loi sur le Manitoba*. Le Conseil national des autochtones du Canada est également demandeur à l'action.

Cette poursuite soulève plusieurs questions complexes mais les demandeurs allèguent principalement que le Parlement du Canada et l'assemblée législative du Manitoba ont tous deux profondément modifié les droits territoriaux qu'accordait la *Loi sur le Manitoba* aux communautés métisses depuis l'adoption de cette loi par le Parlement du Canada et sa confirmation par le Parlement impérial en 1871 (l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1871*, maintenant appelé *Loi constitutionnelle de 1871*)<sup>78</sup>

Les demandeurs soutiennent qu'en raison de ces modifications, 85 % environ des Métis qui devaient bénéficier du régime de répartition des terres mis sur pied par cette loi n'ont pu en profiter.<sup>79</sup> Les demandeurs soutiennent que ces modifications apportées au régime de répartition des terres établi par la *Loi constitutionnelle de 1871* ne pouvaient être valablement effectuées par le Parlement du Canada, ni par l'assemblée législative du Manitoba. La Loi énonce expressément que seules certaines dispositions peuvent être modifiées et que celles qui figurent dans les articles 31 et 32 ne comptent pas parmi celles-ci. Les

demandeurs exigent donc un jugement déclarant que ces modifications sont inconstitutionnelles et sans effet<sup>80</sup>

Les demandeurs dans l'affaire *Dumont* soutiennent que les lois du Canada et du Manitoba dont la validité est contestée sont inconstitutionnelles. Ils affirment également que l'assemblée législative du Manitoba a agi de façon illégale parce que les Métis bénéficiaires de la *Loi sur le Manitoba* relèvent de la compétence exclusive du Parlement fédéral, les Métis devant être considérés comme des Indiens aux termes du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>81</sup>. Ainsi, selon la thèse des demandeurs, l'affaire *Dumont* concerne l'exercice inconstitutionnel du pouvoir législatif, argument que l'on retrouve souvent dans la jurisprudence relative au fédéralisme canadien.

Cependant, dans la déclaration portant sur la même question<sup>82</sup> et déposée devant la Cour fédérale du Canada contre Sa Majesté, les mêmes demandeurs invoquent expressément leurs droits ancestraux. Dans cet acte de procédure, les demandeurs soutiennent qu'un certain nombre de textes législatifs de l'Empire britannique — la *Proclamation royale de 1763*, le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la *Loi de 1868 sur la Terre de Rupert* et l'*Ordonnance de 1870 de la Terre de Rupert* — ont eu pour effet d'établir une relation de fiduciaire entre la Couronne et les Métis à titre de peuple autochtone.

On soutient également que la *Loi de 1870 sur le Manitoba* a créé un rapport de fiduciaire entre la Couronne et les membres de la communauté métisse de la rivière Rouge et leurs descendants pour ce qui est de la répartition des terres et de l'attribution des autres droits prévus par la Loi. De plus, les demandeurs allèguent que la Couronne n'a pas respecté ses obligations de fiduciaire envers les Métis de la rivière Rouge et leurs descendants parce qu'elle n'a pas veillé au respect

des promesses contenues dans la *Loi sur le Manitoba*<sup>83</sup> Les

demandeurs réclament dans leur prétention :

- un jugement déclarant que, pour ce qui est des droits que leur promettait la *Loi sur le Manitoba*, la Couronne n'a pas respecté ses obligations de fiduciaire envers les membres de la communauté de la rivière Rouge et leurs descendants et qu'elle a commis en outre une fraude ou un manquement frauduleux à ses obligations de fiduciaire;
- des dommages et intérêts destinés à indemniser les demandeurs des pertes subies en raison de la conduite de la Couronne;
- une ordonnance obligeant la Couronne à fournir d'autres terres aux Métis<sup>84</sup>

*L'affaire Dumont soulève la question des obligations de fiduciaire à l'égard des Métis*

Les actes de procédure préparés par les demandeurs dans l'affaire *Dumont et al.* illustrent la nature et la diversité des arguments juridiques que peuvent invoquer tout au moins certains groupes de Métis dans l'actuel cadre juridique et constitutionnel canadien. On combine aux arguments plus traditionnels fondés sur des considérations de compétence législative des affirmations relatives aux obligations de fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones, obligations que la Couronne serait légalement tenue de respecter.

Les affirmations relatives aux obligations de fiduciaire de la Couronne mises de l'avant par les demandeurs dans l'affaire *Dumont et al.* soulèvent un argument puissant qui a été fréquemment utilisé, depuis la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Guerin c. La Reine*<sup>85</sup>, dans les poursuites intentées par les Indiens inscrits en vue d'obliger la Couronne fédérale à honorer ses engagements envers les Indiens.

L'affaire *Guerin* portait sur la cession à long terme de terres réservées pour les Indiens à la Couronne pour que celle-ci les loue. La

décision rendue par la Cour suprême du Canada, dans cette affaire, a été bien résumée par la cour dans l'arrêt *Sparrow* :

Notre Cour (dans l'affaire *Guerin*) a statué que Sa Majesté a envers les Indiens une obligation de fiduciaire en ce qui concerne leurs terres. La nature *sui generis* du titre indien de même que les pouvoirs et la responsabilité historiques de Sa Majesté constituent la source de cette obligation de fiduciaire<sup>66</sup>

Il est vrai que dans *Dumont* les demandeurs ne sont pas des Indiens inscrits et que les terres en question ne sont pas des réserves, mais les Métis sont manifestement un peuple autochtone et les terres que leur promettait la *Loi sur le Manitoba* leur avaient été expressément attribuées dans le but d'éteindre «les titres des Indiens aux terres de la province».

Dans l'arrêt *Sparrow*, la Cour suprême du Canada a elle-même retiré expressément de leur contexte factuel les éléments de l'obligation de fiduciaire formulés dans l'arrêt *Guerin*. Comme l'a déclaré la Cour :

À notre avis, l'arrêt *Guerin*, conjugué avec l'arrêt *R. v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360, [1981] 3 C.N.L.R. 114, justifie un principe directeur général d'interprétation du par. 35(1), savoir, 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 que contradictoire et la reconnaissance et la confirmation contemporaines des droits ancestraux doivent être définies en fonction de ces rapports historiques<sup>67</sup> [nous soulignons]

La Cour étend ainsi des principes formulés à l'égard de transactions concernant des réserves appartenant à des Indiens inscrits pour les appliquer à la définition de la nature générale des rapports entre la Couronne et les peuples autochtones. C'est ce que la Cour déclare en fait expressément dans l'arrêt *Sparrow*.

Nous partageons l'avis de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en l'espèce et de la Cour d'appel de l'Ontario que, dans l'interprétation du par. 35(1), on doit se laisser guider par

les principes exposés ci-dessus qui découlent des arrêts *Nowegijick* [un arrêt de la Cour suprême du Canada qui précisait que les traités et les lois concernant les Indiens devaient être interprétés de façon libérale et que les expressions ambiguës devaient être prises dans un sens favorable aux Indiens], *Taylor and Williams* [un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario d'après lequel il ne faut pas tenter de définir les droits des Indiens hors contexte puisqu'il y allait de l'honneur de la Couronne dans l'interprétation des traités conclus avec les Indiens et que par conséquent, la principale considération était un souci d'équité envers les Indiens] et *Guerin*. Comme les auteurs l'ont souligné, le par. 35(1) constitue un engagement solennel qui doit avoir un sens utile<sup>88</sup>

Il n'est pas difficile de comprendre que ces principes peuvent s'appliquer à une situation de fait comme celle dont il s'agit dans l'affaire *Dumont*. Les membres de la communauté de la rivière Rouge possédaient un droit ancestral sur les terrains qu'ils occupaient, droit expressément reconnu par le gouvernement du Canada dans la *Loi sur le Manitoba*, et avaient accepté de renoncer à certaines revendications concernant ces terres en échange des avantages que leur offrait la *Loi sur le Manitoba*. Cette loi, que le Parlement impérial a déclaré faire partie de la Constitution du Canada, contenait l'engagement solennel de traiter un peuple autochtone d'une certaine façon. On prétend maintenant que cet engagement a été expressément violé. On peut donc soutenir que si la Couronne s'est comportée comme le soutiennent les demandeurs, ces derniers devraient pouvoir bénéficier d'un recours semblable à celui qui a été accordé aux Indiens qui avançaient des arguments comparables.

On pourrait formuler un autre commentaire théorique au sujet de l'affaire *Dumont*, commentaire qu'on retrouve dans l'ouvrage de Paul Chartrand<sup>89</sup>. On le retrouve également dans les actes de procédure préparés par l'autre demandeur dans cette même affaire, le Conseil

national des autochtones du Canada<sup>90</sup> et dans le jugement dissident du juge O'Sullivan de la Cour d'appel du Manitoba dans l'arrêt *Dumont*<sup>91</sup>

D'après cet argument, l'art. 31 de la *Loi sur le Manitoba* constitue en fait un accord ou un «traité» sur une revendication territoriale dont les dispositions sont désormais protégées par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Comme Chartrand l'a déclaré :

[TRADUCTION] L'article 31 peut avoir une portée actuelle dans le cadre du processus national de règlement des revendications territoriales qui concernent les peuples autochtones et la Couronne. L'abbé Ritchot, le négociateur spécial des Métis, a négocié en 1870 avec les ministres fédéraux pour obtenir les terres revendiquées par les Métis et l'article 31 [de la *Loi sur le Manitoba*] reconnaissait expressément qu'il avait pour objet d'éteindre les titres des Indiens et des Métis aux terres de la province. L'article 31 constitue donc, selon ses termes, un accord concernant une revendication territoriale, soit un «traité» que protège maintenant l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>92</sup>

Le juge O'Sullivan a également formulé l'opinion suivante au sujet de la *Loi sur le Manitoba* :

[TRADUCTION] La *Loi sur le Manitoba*, sanctionnée par une loi impériale, n'est pas seulement une loi; elle représente un traité qui a été conclu entre les représentants de l'établissement de la rivière Rouge et l'autorité impériale<sup>93</sup>

*Les effets de l'arrêt Dumont peuvent varier selon le groupe de Métis concernés*

Dans l'arrêt *Dumont*, les demandeurs ont rencontré certaines difficultés. En 1988, la Cour d'appel du Manitoba a accordé une requête présentée par le gouvernement fédéral en vue de faire radier la demande au motif qu'elle ne révélait aucune cause légale d'action. Les motifs qui ont amené la Cour à donner suite à la requête pourraient éclairer les autres Métis qui intenteraient des poursuites.

La Cour d'appel a notamment jugé que les droits territoriaux créés par l'art. 31 de la *Loi sur le Manitoba* étaient des droits individuels et non pas collectifs. Plus important encore, les Métis avaient indiqué à la Cour que le principal intérêt que représentait pour eux ce jugement déclaratoire était de les aider à négocier un règlement *politique* de leurs revendications territoriales en cours, règlement qui devait les indemniser des pertes qu'ils avaient subies, ainsi que leurs ancêtres, au cours des années 1870 et 1880. La Cour d'appel du Manitoba a jugé (le juge O'Sullivan étant dissident) qu'un tel jugement déclaratoire ne serait pas vraiment utile aux demandeurs<sup>94</sup>

En appel, la Cour suprême du Canada en a jugé autrement. Elle a annulé la décision de la Cour du Manitoba et autorisé le maintien de la poursuite dans l'affaire *Dumont*. Comme l'a déclaré la juge Wilson au nom de la cour :

La Cour est également d'avis que l'objet du litige, dans la mesure où il comporte la constitutionnalité de la mesure législative accessoire à la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, peut être réglé devant les tribunaux judiciaires et qu'un jugement déclaratoire peut être accordé à la discrétion de la cour à l'appui de revendications extrajudiciaires dans un cas qui se prête à cela<sup>95</sup>.

Il convient de signaler les conséquences que pourrait avoir cette affaire. Dans l'arrêt *Dumont*, les demandeurs s'adressent simplement au tribunal pour obtenir un jugement déclaratoire qui, s'il avait été accordé, les aurait concrètement aidés à négocier avec les gouvernements fédéral et provincial pour résoudre leur revendication territoriale en cours. Les Métis du Manitoba n'ont pas réussi à obtenir les territoires qui leur paraissent essentiels à leur existence en tant que peuple autonome parce qu'ils ne pouvaient invoquer un certain nombre de droits garantis. Comme l'a fait remarquer Douglas Sanders à l'égard de poursuites comparables entamées par des Indiens inscrits :

[TRADUCTION] Si on voulait que les négociations aient des chances d'aboutir, il fallait que les Indiens se soient vu reconnaître certains droits — qu'ils aient quelques cartes en main — un statut<sup>96</sup>

Cette remarque s'applique encore davantage aux Métis. C'est pourquoi un des principaux objectifs visés dans l'affaire *Dumont* était d'obtenir une base juridique à partir de laquelle les Métis auraient pu entamer des négociations politiques avec certaines chances de succès.

En résumé, la jurisprudence actuelle relative aux Indiens inscrits et à l'application de cette jurisprudence à l'interprétation judiciaire de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* comporte un certain nombre d'arguments que pourraient fort bien invoquer les Métis dont la situation est comparable à celle de l'affaire *Dumont*. Si ces arguments étaient retenus, ils pourraient entraîner la détermination juridique de certains droits autochtones, qui bénéficieraient de la protection et des garanties reconnues par le droit positif canadien<sup>97</sup>

Cette loi soulève toutefois une difficulté évidente, du moins si toutes les collectivités métisses du Canada voulaient l'invoquer exclusivement. Il existe fort peu de demandeurs éventuels qui se trouvent dans une situation semblable à celle des demandeurs dans l'affaire *Dumont*. D'autres groupes de l'ouest du Canada (les bénéficiaires de certificats d'argent ou leurs descendants aux termes des diverses lois des Terres fédérales) ou les communautés métisses du nord-ouest de l'Ontario dont les ancêtres ont tenté d'être partie au Traité n° 3 pour démontrer l'existence d'un titre ancestral, pourraient avancer de tels arguments. De nombreuses autres communautés qui se disent métisses n'ont pas cette chance. Pour ces groupes, l'approche fondée sur la définition des droits autochtones pourrait s'avérer moins utile.

*Les poursuites judiciaires et les revendications territoriales sont difficiles pour la plupart des Métis*

Les difficultés que soulève, même pour les revendicateurs qui sont des Indiens inscrits, le recours aux tribunaux pour demander la détermination des droits ancestraux, sont bien connues. Les tribunaux pourraient exiger que les Métis, comme tous les autochtones, satisfassent au critère établi dans l'arrêt *Hamlet of Baker Lake c. Le ministre des Affaires indiennes et du Nord du Canada*<sup>98</sup>. Dans cette affaire, la Cour a formulé un critère comportant quatre volets :

1. Les demandeurs autochtones et leurs ancêtres doivent être membres d'une société organisée;
2. Cette société organisée doit occuper un territoire précis sur lequel porte le titre ancestral;
3. L'occupation du territoire doit être exclusive;
4. L'occupation devait être un fait établi au moment où l'Angleterre a affirmé sa souveraineté<sup>99</sup>

Cette décision a souvent été critiquée par les juristes<sup>100</sup>, mais elle demeure valable en droit et a été récemment appliquée dans l'affaire *Delgamuukw v. British Columbia*<sup>101</sup>. Il serait difficile pour la plupart des Métis qui voudraient avoir recours aux tribunaux de satisfaire à ces critères.

La voie des revendications territoriales comporte également des difficultés. Il paraît raisonnable de soutenir que la *Loi sur le Manitoba* constitue un accord sur des revendications territoriales et qu'à ce titre elle aurait pour effet, aux termes du par. 35(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de conférer des droits issus de traités aux bénéficiaires de l'accord<sup>102</sup>. Historiquement, toutefois, de nombreuses collectivités de personnes qui se définissent comme des Métis n'ont jamais conclu de tels accords; il n'existe donc aucune norme officielle qui permettrait de juger la conduite qu'ont adoptée les gouvernements à

l'égard de ces groupes et de conclure que la norme n'a pas été respectée.

Les obligations d'origine législative, comme celles qu'a assumées le gouvernement fédéral envers les bénéficiaires de certificats d'argent attribués aux termes de l'*Acte des Terres fédérales*, pourraient constituer le fondement de poursuites contre le gouvernement du Canada. Ces poursuites permettraient d'obtenir un redressement précis si elles réussissaient. Cependant, de nombreuses communautés métisses au Canada n'ont jamais été visées par de tels régimes et le gouvernement n'a jamais reconnu avoir quelque obligation que ce soit envers elles. Pour ces collectivités, la reconnaissance des droits ancestraux par la voie judiciaire pose de graves difficultés, peut-être insurmontables.

*Les problèmes que soulèvent les obligations de fiduciaire et le caractère «existant» des droits invoqués*

Certaines collectivités choisiront peut-être de demander uniquement la reconnaissance des droits ancestraux prévus par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et d'avancer les arguments tirés des décisions judiciaires comme les arrêts *Guerin* et *Sparrow*. La notion d'ensemble particulier d'obligations de fiduciaire qu'aurait la Couronne envers les peuples autochtones que ces jugements ont commencé à définir peut être d'un certain secours pour les Métis.

Jusqu'ici, les réparations accordées aux demandeurs autochtones dans ces affaires concernaient des situations de fait très particulières portant sur l'exercice de droits ancestraux reconnus depuis longtemps (utilisation des terres de réserve, droit de pêcher à des fins de subsistance) et le défaut du gouvernement d'aider efficacement les bénéficiaires autochtones à exercer ces droits. Seuls les Métis qui réussiraient à démontrer que leurs droits ancestraux s'inscrivent dans ces

mêmes catégories pourraient obtenir quelque succès dans la reconnaissance judiciaire de ces droits.

Enfin, il faut signaler que l'art. 35 reconnaît et confirme uniquement les droits *existants* — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada. L'arrêt *Sparrow* établit clairement que la *Loi constitutionnelle de 1982* n'a pas rétabli les droits qui étaient éteints avant 1982.

Il ressort clairement du mot «existants» que les droits auxquels s'applique le par. 35(1) sont ceux qui existaient au moment de l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>103</sup>

L'arrêt *Sparrow* a établi un critère assez sévère pour démontrer que les droits sont éteints, mais de nombreux Métis éprouveraient des difficultés à établir que les droits ancestraux qu'ils possédaient n'étaient pas éteints avant 1982.

En conclusion, le recours aux tribunaux pourrait permettre à certains groupes de Métis de réussir, mais ce n'est pas une voie que peuvent emprunter tous les groupes. Il faudra trouver d'autres façons d'affirmer et de protéger l'identité autochtone des Métis. L'une des plus prometteuses parmi celles-ci serait la participation à des accords de revendications territoriales globales, lorsque cela est possible. Les collectivités métisses de l'Arctique de l'Ouest ont déjà emprunté cette voie.

### *Le cadre des accords sur les revendications territoriales globales*

#### *La politique du gouvernement fédéral prévoit les revendications globales*

Au début des années 70, le gouvernement du Canada a fait savoir qu'il conclurait deux grands types d'accords sur les revendications territoriales avec les peuples autochtones. Les «revendications particulières» comprendraient les revendications contre la Couronne qui

concernent l'administration des terres et des autres biens des Indiens et le respect des traités<sup>104</sup> Les «revendications globales» devaient comprendre les revendications fondées sur l'utilisation et l'occupation traditionnelles des terres par les autochtones et porter sur une large gamme de sujets — les terres, la chasse, la pêche, les droits de trappage et autres avantages économiques en découlant<sup>105</sup>

Plusieurs régions du Canada sont visées par des revendications globales. Celles-ci portent pour la plupart sur des terres où on n'a pas tenté, par des traités ou des certificats de Métis, de préciser les droits des autochtones sur celles-ci. Certains traités ont été conclus avec les Indiens de la vallée du Mackenzie dans l'Arctique de l'Ouest. Des certificats avaient également été attribués dans cette région, mais le gouvernement du Canada a néanmoins choisi de considérer que la région se prêtait à une revendication globale. Au milieu des années 70, le gouvernement du Canada a entamé des négociations en vue d'arriver au règlement d'une revendication globale avec les Dénés et les Métis, représentés par des organisations territoriales.

#### *L'accord Dénés/Métis constitue un exemple*

L'accord Dénés/Métis sur les revendications globales a fait l'objet de négociations qui ont duré plusieurs années et les parties ont paraphé un avant-projet de texte en avril 1990<sup>106</sup> Cet avant-projet d'accord n'a finalement jamais été ratifié et les groupes d'autochtones de l'Arctique de l'Ouest tentent d'obtenir le règlement de leurs revendications sur une base régionale. Un de ces règlements a été ratifié, les autochtones visés en ont accepté un autre, par référendum, et un troisième règlement en est aux premières étapes de négociation. Jusqu'ici, ces règlements régionaux reprennent les paramètres généraux établis dans l'accord sur les revendications territoriales globales des Dénés/Métis.

Aux termes de l'accord sur les revendications territoriales globales des Dénés/Métis, les communautés indiennes dénées et métisses de la vallée du Mackenzie devaient bénéficier, à part égale, de l'accord. Aux termes de l'entente, les participants autochtones recevaient des terres<sup>107</sup>, des indemnités<sup>108</sup> et une part des revenus tirés des ressources se trouvant dans la région visée<sup>109</sup>. En outre, les autochtones visés bénéficiaient d'une certaine priorité en matière d'exploitation des ressources fauniques ainsi que de droits importants en matière de chasse, de pêche et de trappage dans toute la région visée<sup>110</sup>. Le projet d'accord mettait également sur pied un régime de réglementation globale visant la gestion des eaux et des terres dans lequel les participants autochtones devaient jouer un rôle important<sup>111</sup>. L'entente ne prévoyait pas l'autonomie gouvernementale mais énonçait que des négociations sur l'autonomie gouvernementale démarreraient dès la ratification de l'entente<sup>112</sup>.

Cette entente sur les revendications globales accordait les mêmes droits aux Indiens et aux Métis. Elle leur attribuait des terres, de l'argent, une priorité dans l'utilisation des ressources et une participation importante aux décisions concernant le développement de l'Arctique de l'Ouest. Cette entente aurait dû être ratifiée par le Parlement fédéral ainsi que par les participants autochtones et, compte tenu des dispositions du par. 35(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, elle aurait été protégée à titre de droits issus d'un traité en vertu du par. 35(1) de cette loi.

À de nombreux égards, cette entente représentait une excellente solution pour les Métis. Le gouvernement fédéral reconnaissait expressément, en négociant l'accord, leur droit de conclure des accords de revendications autochtones et d'en bénéficier. L'accord garantissait aux collectivités métisses des droits spéciaux, fondés sur leur statut de peuple autochtone, et leur fournissait une assise territoriale. Les accords

d'autonomie gouvernementale qui devaient suivre la ratification de l'accord sur la revendication territoriale auraient servi de point de départ pour la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale des Métis.

Comme nous l'avons signalé plus haut, l'accord sur la revendication territoriale globale Dénés/Métis n'a finalement jamais été ratifié, mais des ententes régionales contenant des dispositions générales semblables ont fait l'objet de négociations, ou sont en cours de négociation dans d'autres régions de l'Arctique de l'Ouest. Dans ces régions, les communautés métisses ont l'occasion de négocier un ensemble de droits ancestraux protégés par la Constitution et d'obtenir une assise territoriale sans avoir recours aux tribunaux. La valeur et l'intérêt des différentes parties de ces accords peuvent varier, mais, en tant que moyen général de faire reconnaître des droits ancestraux, ces accords sont manifestement d'un grand intérêt pour les communautés métisses.

Tout comme le recours aux tribunaux, la voie des revendications globales ne peut être utilisée que par un petit nombre de communautés métisses. Les Métis qui résident dans l'Arctique de l'Ouest ont, grâce à un concours de circonstances quasi unique, la chance de pouvoir utiliser la voie des revendications globales. La plupart des collectivités métisses du Canada ne bénéficient pas des mêmes circonstances; elles doivent, par conséquent, trouver d'autres moyens de protéger leur identité autochtone.

*Charlottetown : des outils qui reposent sur les fondements de 1982*

*La Loi constitutionnelle de 1982 reconnaissait les Métis sans préciser la portée du terme*

Avant l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le moyen le plus simple pour les Métis d'être reconnus en tant que peuple autochtone par le droit constitutionnel consistait à demander l'application à leur endroit du paragraphe 24 de l'article 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*. Cette disposition de la première Constitution canadienne énonce que l'autorité législative exclusive du Parlement s'étend aux «Indiens et [aux] terres réservées pour les Indiens». Lorsque la Cour suprême du Canada a déclaré que le terme «Indiens» englobait les Inuit, plusieurs ont cru que cette décision entraînerait la reconnaissance de tous les peuples autochtones qui vivaient au Canada lors de sa création. Il s'agissait de la reconnaissance des peuples autochtones fondateurs dans le principal document constitutionnel du Canada. Les Canadiens français étaient le seul autre peuple reconnu par ce document.

*La Loi constitutionnelle de 1982* conservait la reconnaissance des peuples autochtones en des termes à la fois plus clairs et plus significatifs. En particulier, l'art. 35

- reconnaissait les droits ancestraux et issus de traités des autochtones,
- reconnaissait les Métis en tant que peuple autochtone,
- permettait aux peuples autochtones d'acquérir des droits issus de traités par la conclusion d'accords sur des revendications territoriales.

La Constitution reconnaissait donc clairement les droits ancestraux des Métis. Elle ne précisait toutefois pas la nature de ces droits ni les personnes qui en bénéficiaient. Par conséquent, la Constitution soulevait

de nouvelles questions quant au cadre juridique entourant la compétence, les obligations et les droits à l'égard des Métis.

Comme nous l'avons souligné à la Partie 2 du présent document, il est difficile d'apporter une réponse définitive et globale à la question de l'application aux Métis des dispositions du par. 91(24) à partir des documents historiques. L'opinion des spécialistes est partagée principalement parce qu'il n'existe aucune définition commune du terme «Métis». Toutefois, la reconnaissance, dans l'art. 35, du statut et des droits des Métis a atténué l'importance de l'application à ce peuple des dispositions du par. 91(24). La réponse à la question «les Métis ont-ils des droits en tant que peuple autochtone?» est «bien sûr!» La nouvelle question qui se pose est «quels sont ces droits?» et plus précisément, «quels sont les droits ancestraux et issus de traités que confère aux Métis l'art. 35?» La *Loi constitutionnelle de 1982* annonçait la tenue d'une série de conférences portant sur cette question auxquelles participeraient les premiers ministres, mais les conférences n'ont pas été concluantes. En l'absence d'un processus formel, les dirigeants métis ne disposaient plus que d'une question fondamentale à l'égard, d'une part, de l'«ancienne» Constitution -- «les Métis sont-ils visés par le par. 91(24)?», et d'autre part, de la «nouvelle» — «de quels droits bénéficient-ils en vertu de l'art. 35?»

Seuls les tribunaux paraissaient susceptibles de trancher cette question. Malheureusement, il était peu probable que le climat rigide et contradictoire propre au système judiciaire permettrait d'obtenir des réponses larges en termes de politique. L'approche analytique adoptée par les tribunaux les amènerait plutôt à se pencher sur les questions «quels Métis? quels droits? qui doit respecter ces droits? qui en bénéficie?» Dans le contexte d'un litige, les réponses apportées ne s'appliqueraient probablement qu'aux seuls faits en cause.

L'Accord de Charlottetown a soulevé l'espoir d'une réponse aux questions fondamentales de compétence, d'obligations et de droits dans un contexte plus large et plus positif. Même si cet accord a échoué, il vaut la peine d'être examiné puisque

- il a été élaboré avec la participation d'un grand nombre de Métis,
- il pourrait toujours avoir une portée juridique,
- il contient de nouvelles idées sur de nouvelles approches.

*Le cadre proposé par l'Accord de Charlottetown demeure pertinent*

Les Canadiens ont rejeté l'ensemble des propositions de modifications constitutionnelles sur lesquelles s'étaient entendus les chefs autochtones et les premiers ministres lors de la Conférence de Charlottetown en août 1992. S'ils avaient été adoptés, les modifications et les accords qui les accompagnaient auraient créé un nouveau cadre constitutionnel applicable aux rapports entre les gouvernements fédéral, provinciaux et autochtones. L'accord comprenait les modifications proposées tant à la *Loi constitutionnelle de 1867* qu'à la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ces modifications auraient porté que l'autorité législative exclusive du gouvernement fédéral<sup>13</sup> s'étendait aux Métis et auraient reconnu les gouvernements autochtones en tant que troisième ordre de gouvernement, distinct des gouvernements fédéral et provinciaux.

Les propositions pourraient avoir des répercussions d'ordre juridique même si elles n'ont pas été officiellement incorporées dans la Constitution canadienne. L'entente a été conclue entre les dirigeants des groupes autochtones reconnus par la Constitution et les premiers ministres de toutes les provinces et du Canada. Il s'agit donc d'une entente historique. Le public lui a peut-être refusé son appui, mais il n'est pas certain que les tribunaux n'en tiendront pas compte. En fait, les tribunaux pourraient trouver utiles l'Accord de Charlottetown, les accords politiques et les documents juridiques qui l'accompagnent

lorsqu'ils seront appelés à se prononcer sur la portée de l'expression «droits existants» de l'art. 35. De plus, il est fort peu probable que les tribunaux répondent par la négative chaque fois qu'ils sont appelés à trancher la question fondamentale «les Métis sont-ils visés par le par. 91(24)?» vu l'existence d'une telle entente. Dans ce contexte, il paraît utile d'examiner certaines parties des propositions même si elles ne seront peut-être jamais élevées au rang de dispositions constitutionnelles.

### *Charlottetown proposait un ensemble global de changements*

L'Accord de Charlottetown comprenait un rapport du consensus des ministres, la version optimale du texte juridique des modifications constitutionnelles proposées et les accords politiques conclus avec les représentants des peuples autochtones. Les parties suivantes de l'accord s'appliquent particulièrement aux Métis :

- le Rapport du consensus sur la Constitution en date du 28 août 1992 (y compris le texte définitif et les accords politiques),
- les modifications à la *Loi constitutionnelle de 1867*
  - la clause Canada
  - l'application du par. 91(24) à tous les peuples autochtones (91A)
  - la compétence concurrente de l'Alberta (95E)
  - une disposition de non-dérogation aux dispositions applicables en matière de compétence (127),
- les modifications à la *Loi constitutionnelle de 1982*
  - l'accord politique relatif aux questions constitutionnelles intéressant les autochtones
  - l'Accord relatif à la nation métisse
  - la modification de la *Loi sur l'Alberta*.

La nature de l'accord et le nombre de documents qu'il contenait nous empêchent de prévoir les conséquences qu'il aurait eues sur les Métis et leurs rapports avec les gouvernements fédéral et provinciaux. L'accord apportait toutefois trois changements de taille :

- **affirmation de la compétence** — confirmation du fait que les Métis relèvent de la compétence du gouvernement fédéral en vertu du par. 91(24);
- **reconnaissance de l'autorité** — reconnaissance du fait que les gouvernements autochtones tiennent leurs pouvoirs de leur propre peuple, et acceptation de ces gouvernements en tant que troisième ordre de gouvernement au Canada;
- **création d'un cadre** — création d'un cadre juridique concret permettant de déterminer les moyens de conférer aux gouvernements autochtones leur pouvoir inhérent.

Bref, l'accord créait une base et un processus qui auraient permis de régler nombre de questions en matière de compétence, d'obligations et de droits reliés à la survie des Métis. Il ne faudrait pas sous-estimer l'importance de ces réalisations.

L'Accord de Charlottetown proposait une modification de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Du point de vue de ses répercussions sur les Métis, la première loi, telle que modifiée, devait constituer un guide d'interprétation fondé sur les caractéristiques du Canada, confirmer que les Métis relèvent de la compétence fédérale, affirmer la validité des lois albertaines malgré la compétence du gouvernement fédéral, et garantir que la nouvelle répartition des pouvoirs entre les gouvernements fédéral et provinciaux ne modifiait en rien la compétence et les obligations du gouvernement fédéral.

La *Loi constitutionnelle de 1982* devait être modifiée afin de reconnaître le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, de fournir un moyen de définir ce droit et de résoudre d'autres questions soulevées par la Charte. À cette fin, le par. 35.1 — l'engagement à tenir des conférences constitutionnelles — devait être remplacé par un ensemble de dispositions portant sur le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, à savoir :

- la reconnaissance du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale (35.1);

- un mécanisme de mise en oeuvre de ce droit (35.2);
- un délai de 5 ans pour la justiciabilité de ce droit (35.3);
- le lien entre les lois édictées par les gouvernements autochtones et les autres lois (35.4);
- la confirmation du droit des gouvernements autochtones de prendre les mesures qui s'imposent (35.5);
- l'interprétation et la mise en oeuvre des traités (35.6);
- la protection du principe de l'égalité des sexes (35.7);
- les mécanismes de consultation avant toute modification future de la Constitution (35.8);
- l'entente visant la tenue de quatre conférences supplémentaires sur les questions intéressant les autochtones (35.9).

Les dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* ont également été modifiées afin que celle-ci ne porte pas atteinte au droit qu'ont les autochtones de promouvoir et de protéger leurs langues, leurs cultures et leurs traditions [al. 25c)]. La Charte s'appliquerait toutefois aux gouvernements autochtones [art. 32] sous réserve de la clause «nonobstant» que peuvent invoquer les gouvernements fédéral et provinciaux.

#### *La clause Canada fournissait un cadre d'interprétation*

L'accord proposait une modification de la *Loi constitutionnelle de 1867* par l'insertion de l'art. 2, savoir la «clause Canada», qui énonçait les valeurs fondamentales du pays. Cette clause, à titre de disposition constitutionnelle, aurait guidé les tribunaux dans l'interprétation de l'ensemble de la Constitution. L'Accord de Charlottetown a échoué, mais il n'en demeure pas moins que tous les premiers ministres et représentants des organisations autochtones nationales se sont entendus sur la clause Canada qui décrivait la place que devaient occuper les autochtones et leurs gouvernements au sein du régime canadien. Il est peu probable que les tribunaux écartent ce consensus au motif qu'il n'est pas pertinent lorsqu'ils seront appelés à décider, particulièrement lorsqu'il sera question d'autonomie gouvernementale, de la portée de

l'expression «les droits existants — ancestraux ou issus de traités» de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Les dispositions de la clause Canada particulièrement applicables aux Métis sont :

- 2.(1) Toute interprétation de la Constitution du Canada, notamment de la *Charte canadienne des droits et libertés*, doit concorder avec les caractéristiques fondamentales suivantes :
- a) le fait que le Canada est une démocratie attachée à un régime parlementaire et fédéral ainsi qu'à la primauté du droit;
  - b) le fait que les peuples autochtones du Canada, qui ont été les premiers gouvernants du territoire, ont le droit de promouvoir leurs langues, leurs cultures et leurs traditions et de veiller à l'intégrité de leurs sociétés, et le fait que leurs gouvernements forment un des trois ordres de gouvernement du pays;
  - [...]
  - e) le fait que les Canadiens sont attachés à l'égalité raciale et ethnique dans une société qui comprend des citoyens d'origines multiples dont la contribution à l'édification d'un Canada fort reflète sa diversité culturelle et raciale;
  - f) l'attachement des Canadiens au respect des droits et libertés individuels et collectifs;
  - g) l'attachement des Canadiens au principe de l'égalité des personnes des deux sexes<sup>114</sup>;

Ces clauses énonçaient que les tribunaux devraient être guidés dans leur interprétation par les valeurs suivantes :

- le Canada est une démocratie attachée à un régime parlementaire et fédéral;
- dans ce régime, les gouvernements autochtones forment un des trois ordres de gouvernement;
- les peuples autochtones ont le droit de promouvoir leurs langues, leurs cultures et leurs traditions et de veiller à l'intégrité de leurs sociétés;
- les Canadiens sont attachés à l'égalité raciale et ethnique et au respect des droits individuels et collectifs.

Ce guide d'interprétation est clarifié par les clauses subséquentes qui stipulent que ces dispositions ne portent pas atteinte aux pouvoirs des assemblées législatives ou des gouvernements, y compris des gouvernements autochtones, ni aux droits existants des autochtones — ancestraux ou issus de traités.

Bref, la clause Canada aurait servi de guide fondamental pour l'interprétation de l'ensemble de la Constitution canadienne, y compris la Charte. Les tribunaux, en interprétant une disposition de la Constitution applicable aux autochtones, auraient dû tenir compte des valeurs suivantes :

- les autochtones ont été les premiers gouvernants du territoire,
- ils ont le droit de veiller à l'intégrité de leurs sociétés,
- ils sont la source du pouvoir de leur gouvernement, non le Parlement ni une législature provinciale.

Ce dernier énoncé découle logiquement de la reconnaissance des gouvernements autochtones en tant qu'un des trois ordres de gouvernement. Il s'agit d'un changement radical de la nature des rapports juridiques entre les peuples autochtones et les divers gouvernements canadiens. Cette nouvelle approche peut s'appliquer même en l'absence d'une modification constitutionnelle. Nous l'examinons dans une partie subséquent de notre étude.

Tout en constituant une nouvelle reconnaissance du droit des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale, la clause Canada aurait exigé des tribunaux qu'ils tiennent compte de l'attachement des Canadiens à l'égalité raciale et ethnique et au respect des droits et libertés individuels et collectifs — sans porter atteinte aux droits existants des autochtones — ancestraux ou issus de traités. Cette exigence aurait pu s'avérer difficile à appliquer par les tribunaux, mais elle avait au moins le mérite de fournir quelques lignes directrices dans un domaine qui n'en comportait aucune. À tout le moins, ces

déclarations auraient servi de cadre très général permettant d'interpréter la portée des droits en matière d'autonomie gouvernementale. Il s'agissait essentiellement d'énoncés positifs. En termes très simples, ils reconnaissaient le droit des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale.

Le paragraphe 2(3) de la clause Canada ajoutait que la reconnaissance du droit à l'autonomie gouvernementale comportait des limites. Il ne modifiait en rien les pouvoirs existants. Autrement dit, la clause Canada n'aurait entraîné aucune modification des pouvoirs des organismes législatifs ou exécutifs du Canada, d'une province ou des peuples autochtones. Il est un principe bien établi en droit constitutionnel canadien que tous les pouvoirs du régime fédéral sont entièrement répartis entre les différents paliers de gouvernement. Dans ce jeu «sans effet net» de partage des pouvoirs, un palier ne peut étendre les siens sans une réduction correspondante des pouvoirs d'un autre. En vertu du droit positif canadien, la plupart des pouvoirs législatifs appartiennent soit au Parlement, soit à une législature provinciale. Les organismes gouvernementaux autochtones dont les pouvoirs seraient reconnus par une loi spéciale ou par un accord sur des revendications territoriales constitueraient l'exception. La clause Canada n'aurait rien enlevé à la compétence législative de ces gouvernements, mais elle n'aurait pas non plus attribué des pouvoirs supplémentaires aux gouvernements autochtones. Il aurait fallu définir le fondement de tels pouvoirs dans des ententes sur l'autonomie gouvernementale. Dans le but d'assurer la conclusion de telles ententes, les propositions comprenaient une modification de la *Loi constitutionnelle de 1982* exigeant des gouvernements qu'ils négocient de bonne foi la mise en oeuvre du droit à l'autonomie gouvernementale.

En d'autres termes, la clause Canada reconnaissait que trois groupes pouvaient revendiquer une partie de l'ensemble des pouvoirs

législatifs, savoir le fédéral, les gouvernements provinciaux et les autochtones. Elle ne transférait toutefois aucun pouvoir d'un groupe à un autre. La détermination de la question de savoir quels seraient les pouvoirs dont pourraient disposer les autochtones était laissée au processus de négociation. D'autres propositions de Charlottetown visaient la conclusion rapide et de bonne foi de telles négociations.

*Le paragraphe 91(24) s'appliquerait à tous les peuples autochtones à certaines conditions*

Pour les Métis, l'une des modifications les plus importantes était l'ajout d'un article à la *Loi constitutionnelle de 1867* confirmant que l'autorité exclusive du gouvernement fédéral à l'égard des «Indiens et [d]es terres réservées pour les Indiens» de la catégorie 24 de l'article 91 s'appliquait à tous les peuples autochtones du Canada. La proposition ajoutait un nouveau par. 91A portant :

Pour plus de certitude, la catégorie 24 de l'article 91 s'applique, sauf ce que prévoit l'article 95E, à tous les peuples autochtones du Canada<sup>115</sup>

Cette modification aurait réglé la question qui se posait depuis longtemps de savoir si les Métis relèvent de l'autorité du gouvernement fédéral en application du par. 91(24). Elle créait toutefois un nouveau problème en Alberta à cause des lois édictées par cette province à l'endroit des Métis.

En 1938, la législature albertaine adoptait la *Metis Population Betterment Act* permettant de réserver des terres pour les établissements métis de la province. Des «Metis Settlements Associations» ont été formées pour occuper les terres réservées et constituer une sorte de gouvernement local. En 1989, après de longues négociations, les représentants de ces associations et le gouvernement provincial ont conclu l'Alberta-Metis Settlements Accord et se sont entendus sur un

nouveau régime de droit de propriété des terres et d'autonomie gouvernementale. L'accord permettait de régler une action intentée depuis longtemps qui portait sur les revenus tirés du pétrole et du gaz provenant des terres d'établissement. En 1990, l'assemblée législative de l'Alberta adoptait quatre lois visant l'implantation de l'accord.

Les modifications constitutionnelles proposées menaçaient les lois albertaines en ce sens qu'elles semblaient disposer que l'Alberta n'avait pas la compétence pour légiférer à l'égard des Métis et de leurs terres — domaine relevant exclusivement du pouvoir législatif du Parlement. Pour résoudre cette difficulté, les participants à l'Accord de Charlottetown se sont entendus sur un nouvel article 95E qui énonçait :

Dans le cadre du par. 91A, le gouvernement de l'Alberta peut édicter des lois de même que le Parlement du Canada à l'égard des Métis de l'Alberta et des terres d'établissement des Métis de l'Alberta et, lorsqu'une loi de l'Alberta entre en conflit avec une loi du Parlement, la loi du Parlement l'emporte dans la mesure du conflit.

En vertu de cette disposition, la province d'Alberta exerçait une compétence conjointe, quoique subordonnée, à l'égard des Métis<sup>116</sup>

Les modifications proposées à la *Loi constitutionnelle de 1867* soulevaient une autre question pertinente au regard des peuples autochtones — les répercussions des modifications proposées sur les pouvoirs des gouvernements fédéral et provinciaux. Les représentants autochtones se préoccupaient du fait que la redistribution des pouvoirs puisse modifier les compétences ou les responsabilités du gouvernement fédéral ou les droits existants des autochtones — ancestraux ou issus de traités. Afin de pallier cette difficulté, l'accord proposait la modification de l'art. 127 pour faire en sorte qu'aucun des articles portant sur les domaines de compétence ne modifie les droits ancestraux et les obligations du gouvernement fédéral.

*L'Accord de Charlottetown proposait une modification importante de la Constitution*

*La Loi constitutionnelle de 1982, telle que modifiée, aborderait l'autonomie gouvernementale*

Les propositions de modification de la *Loi constitutionnelle de 1867* fournissaient un cadre pour l'interprétation du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale et pour le règlement de la question de la compétence des gouvernements fédéral et provinciaux à l'égard des Métis. Mais ce sont les modifications apportées aux dispositions sur les droits ancestraux existants de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui constituaient les principales propositions visant la reconnaissance et l'implantation de l'autonomie gouvernementale. L'article 35 de cette loi reconnaissait les droits ancestraux existants sans toutefois les préciser. Le paragraphe 35.1 obligeait le gouvernement du Canada et ceux des provinces à tenir des conférences avec les représentants des autochtones avant toute modification d'une disposition constitutionnelle intéressant les autochtones. L'Accord de Charlottetown proposait le remplacement du par. 35.1 par une série de dispositions (35.1 - 35.9) qui permettraient la reconnaissance et la mise en oeuvre du droit inhérent des peuples autochtones du Canada à l'autonomie gouvernementale<sup>117</sup>

La question «qu'est-ce que l'autonomie gouvernementale?» a été posée à maintes reprises avant et après Charlottetown. L'autonomie gouvernementale a pour principe fondamental la capacité d'une collectivité de déterminer qui prendra les décisions en son nom et la nature des décisions qui pourront être prises. Dans les limites de ce principe, toutefois, la portée de l'autonomie gouvernementale peut varier du simple colonialisme jusqu'à l'indépendance complète. L'Accord de Charlottetown ne définissait pas où s'inscrivait, dans cet éventail, le «droit inhérent à l'autonomie gouvernementale». Au contraire, il appartenait aux gouvernements et aux peuples autochtones de le préciser

dans les accords relatifs à l'autonomie gouvernementale. En vertu de l'accord, toutefois, les gouvernements avaient l'obligation légale de négocier de bonne foi. Les propositions comportaient également l'Accord politique relatif aux questions constitutionnelles intéressant les autochtones qui régissait le processus de négociation.

Le par. 35.1 de la Constitution, tel que proposé, aurait établi le cadre fondamental du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale en ces termes :

- 35.1(1) Les peuples autochtones du Canada possèdent le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale au sein du Canada.
- (2) La reconnaissance du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale doit être interprétée à la lumière de la reconnaissance des gouvernements autochtones en tant qu'un des trois ordres de gouvernement au Canada.
- (3) L'exercice du droit à l'autonomie gouvernementale comprend le pouvoir des organes législatifs dûment constitués des peuples autochtones, chacun dans sa propre sphère de compétence,
- a) de préserver leurs langues, leurs cultures, leurs économies, leurs identités, leurs institutions et leurs traditions et de veiller à leur épanouissement, et
  - b) de développer, de maintenir et de renforcer leurs liens avec leurs terres, leurs eaux et leur environnement
- afin de déterminer et de contrôler leur développement en tant que peuples selon leurs propres valeurs et priorités et d'assurer l'intégrité de leurs sociétés.
- (4) Avant de rendre toute décision définitive sur une question découlant du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, la cour ou le tribunal devrait tenir compte de l'énoncé contextuel mentionné ci-dessus et devrait s'enquérir des efforts déployés pour régler la question par voie de négociations et pourra donner ordre aux parties de prendre les mesures appropriées dans les circonstances pour aboutir à un règlement négocié.
- (5) La disposition constitutionnelle relative au droit inhérent et celle qui énonce l'engagement de négocier des ententes foncières ne devraient pas créer de nouveaux droits fonciers ni porter atteinte aux droits fonciers ancestraux ou issus de traités qui existent déjà, sauf s'il en est prévu autrement dans les accords d'autonomie gouvernementale.

Compte tenu de l'échec des propositions de Charlottetown, l'analyse des répercussions éventuelles qu'aurait eues cette disposition sur les Métis n'offre guère d'intérêt. Il serait par contre utile d'examiner si le gouvernement et les chefs autochtones ne pourraient pas fonder sur elle un consensus relatif à l'application de l'art. 35 aux Métis. Tout comme dans le cas de la clause Canada, il serait difficile pour les tribunaux et les négociateurs de n'en pas tenir compte lorsqu'ils seront amenés à préciser la portée de l'expression «droits existants» de l'art. 35.

Vu sous cet angle, le projet de par. 35.1 constituait un début de reconnaissance et offrait un moyen de l'étoffer grâce aux accords sur l'autonomie gouvernementale. Le paragraphe reconnaissait que les peuples autochtones pouvaient créer des organismes chargés d'adopter des lois

- pour assurer leur survivance en tant que peuples autochtones,
- pour développer et protéger leur territoire.

On aurait pu s'entendre sur les détails par le biais de négociations. Les accords qui accompagnaient les propositions de Charlottetown précisaient le processus de négociation.

#### *Les accords portaient sur les questions d'autonomie gouvernementale*

Les propositions de modifications constitutionnelles avancées par Charlottetown étaient accompagnées d'un accord politique qui garantissait à tous les peuples autochtones du Canada l'accès au processus de négociation et un recours devant les tribunaux au cas où les gouvernements ne négocieraient pas de bonne foi. Les participants ne s'étaient pas entendus sur les détails, mais il existait un consensus entre les dirigeants autochtones, le Canada et les provinces sur le fait que cet accord porterait également sur le financement de ces gouvernements

autonomes. L'accord devait reposer sur la reconnaissance de l'obligation de fiduciaire du gouvernement fédéral et des obligations actuelles des gouvernements provinciaux. Le principe sous-jacent était le suivant : dans le cadre de l'autonomie gouvernementale, les gouvernements autochtones s'engageraient à fournir à leurs communautés les services essentiels et des programmes semblables à ceux dont bénéficiaient les communautés voisines. Pour appuyer cet effort, le Canada et les provinces fourniraient les ressources financières ou autres en tenant compte des capacités financières des gouvernements autochtones.

Un accord distinct mais relié, l'Accord relatif à la nation métisse<sup>118</sup>, fournissait quelques lignes directrices sur ces engagements financiers et sur d'autres questions en matière d'autonomie gouvernementale, du moins à l'égard de certains Métis. L'Accord relatif à la nation métisse (ANM) a été proposé par le Ralliement national des Métis (RNM) et des organismes de Métis du nord et de l'ouest du Canada. Il devait être signé par ces organismes, le gouvernement fédéral et les provinces de la Colombie-Britannique, d'Alberta, de la Saskatchewan, du Manitoba et d'Ontario. Il aurait engagé ces gouvernements à participer au recensement des Métis visés par l'accord. L'Accord relatif à la nation métisse définissait ainsi le terme «Métis» :

s'entend d'un autochtone qui s'identifie comme un Métis, qui n'est pas un Indien ou un Inuk et qui descend des Métis qui ont reçu ou avaient le droit de recevoir des concessions de terre et (ou) des certificats des Métis en vertu de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* ou des *Lois des terres fédérales*, édictées en tant que de besoin<sup>119</sup>

L'expression «nation métisse» s'entendait de

la communauté des Métis visés à l'alinéa a) [précité] et des personnes d'ascendance autochtone qui sont acceptées par cette communauté<sup>120</sup>

Cette définition des Métis ANM n'inclurait pas nécessairement tous les «Métis de l'art. 35», c'est-à-dire les Métis susceptibles d'être visés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Quant aux Métis ANM, l'Accord relatif à la nation métisse aurait obligé les gouvernements à négocier de bonne foi la mise en oeuvre du droit à l'autonomie gouvernementale, à donner accès à des terres et à des ressources, à assumer une partie importante des coûts directs des institutions métisses et à effectuer des transferts de fonds aux institutions métisses pour leur permettre d'offrir des programmes aux Métis.

En vertu de l'accord, le Canada, les provinces et les représentants de la nation métisse convenaient de négocier l'établissement d'un territoire et, lorsque des terres seraient fournies, le Canada et les provinces (sauf l'Alberta) convenaient

de rendre disponible leur juste part des terres de la Couronne aux fins des transferts aux institutions métisses autonomes<sup>121</sup>;

Toutefois, quant aux communautés métisses non visées par l'ANM, les questions de compétence, d'obligations et de droits étaient moins précises que dans l'entente de Charlottetown.

*Les établissements métis étaient protégés par une modification de la Loi sur l'Alberta*

Une dernière proposition de l'Accord de Charlottetown visait la modification de la *Loi sur l'Alberta*. Dans l'Alberta-Metis Settlements Accord<sup>122</sup>, la province s'était engagée à tenter d'assurer la protection des terres d'établissement métis par la Constitution canadienne en modifiant la *Loi sur l'Alberta* en conformité avec l'art. 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En Alberta, on croyait que la modification proposée n'aurait d'effet que sur cette province et que, par conséquent, le Parlement et l'assemblée législative albertaine pouvaient effectuer ce

changement sans consulter les autres provinces. Au moment où cette opinion se répandait, les conseillers juridiques du gouvernement fédéral s'y sont opposés et il n'a donc pas été possible d'obtenir l'appui du fédéral avant la signature de l'accord.

En réponse à ce problème, l'Alberta a voulu affirmer son engagement à faire modifier la *Loi sur l'Alberta* en ajoutant aux lois<sup>123</sup> adoptées en vertu de l'accord la disposition suivante :

[TRADUCTION] Attendu que Sa Majesté du chef de l'Alberta a proposé que les terres ainsi concédées bénéficient de la protection de la Constitution du Canada, mais jusqu'à l'adoption d'une telle mesure constitutionnelle, il est juste que les terres continuent d'être protégées en vertu de la Constitution de la province.

En conformité avec cet engagement, la province proposait, comme partie des modifications constitutionnelles, une modification pertinente de la *Loi sur l'Alberta*. Cette proposition a été acceptée par les autres participants.

#### **PARTIE 4 — APRÈS L'ÉCHEC DE CHARLOTTETOWN**

##### *Les conséquences de l'échec de Charlottetown*

##### *L'Accord de Charlottetown fournissait des moyens plutôt que des solutions*

L'échec des propositions de Charlottetown s'est avéré un pas en arrière considérable pour les dirigeants métis. L'accord réglait plusieurs questions fondamentales et établissait un cadre qui aurait permis d'en régler d'autres. Il reconnaissait le droit inhérent des Métis à l'autonomie gouvernementale, reconnaissait ce gouvernement comme un troisième ordre de gouvernement et fournissait un cadre permettant de préciser la compétence, les obligations et les droits des gouvernements fédéral et provinciaux de même que des Métis. Ce cadre fournissait notamment,

du moins en ce qui a trait aux Métis ANM, un mécanisme permettant de définir le terme «Métis» dans au moins un contexte. Bref, au lieu de proposer des solutions, l'accord fournissait des moyens de répondre aux questions fondamentales entourant le cadre juridique de la compétence, des obligations et des droits qui ont un impact sur les Métis à titre de peuple autochtone *dans un contexte précis*.

Les principales questions auxquelles l'entente de Charlottetown aurait répondu ou permis de répondre étaient :

- Qui fait partie du groupe? Quelles sont les personnes qui font partie du groupe des Métis à cette fin?
- Qui détient le pouvoir? Qui peut adopter les lois et prendre les décisions nécessaires à l'établissement et à la mise en oeuvre des règlements et des programmes dans ce contexte?
- Quels sont les droits du groupe ou des membres du groupe? Dans ce contexte, quels sont les droits visés par l'art 35?
- À qui incombe la responsabilité? Dans ce contexte, si un droit entraîne une obligation, à qui incombe cette obligation, et envers qui cette personne est-elle obligée?

*L'Accord de Charlottetown conserve son utilité à titre de modèle et de méthode*

L'accord ayant été rejeté, il faut trouver de nouveaux moyens. La précision exigée des tribunaux et le contexte contradictoire qui leur sont propres ne conviennent guère à l'élaboration des politiques et des cadres qui permettraient de résoudre ces questions fondamentales. Il faut une tribune informelle plus ouverte et plus favorable aux discussions, aux consensus et aux décisions. Ce type de tribune devrait s'inscrire dans le cadre d'une recherche de solutions plutôt que dans un exercice visant à faire valoir des droits. Dans le contexte d'une recherche de solutions, les questions de compétence, d'obligations et de droits sont secondaires. Leur résolution découle de la réponse à la question plus fondamentale «quelles sont les mesures qui s'imposent?» L'Accord de Charlottetown fournissait un tel cadre. En l'absence de l'accord ou d'un semblable

engagement à négocier, il faut aborder les questions de compétence, d'obligations et de droits dans le contexte d'une situation précise si la nation métisse veut invoquer l'autorité de la loi pour exiger l'application de mesures visant à résoudre des problèmes particuliers. Un bref examen de ces questions révèle qu'il s'agit d'une démarche extrêmement difficile, fort onéreuse et à laquelle il faudra consacrer beaucoup de temps.

Nous l'avons mentionné, la Constitution, la common law, les lois et les accords constituent des moyens d'élaborer un cadre juridique. La Constitution est une source dans la mesure où le par. 91(24) soulève quelque peu la question de compétence et que l'art. 35 reconnaît à la fois les Métis et leurs droits existants — ancestraux ou issus de traités. Toutefois, compte tenu de l'expérience de Charlottetown, les questions relatives au cadre — les composantes du cadre juridique dans un contexte particulier — ne seront probablement pas près d'être résolues par le biais de modifications constitutionnelles.

La common law, elle aussi, offre peu de solutions. Tel que susmentionné, il n'y a pas abondance de jurisprudence pertinente. De plus, il est peu probable que le cadre étroit et la nature contradictoire des litiges fournissent les réponses larges dont nous avons besoin en matière d'orientations. Reste donc les lois et les accords qui pourraient constituer des moyens de clarifier les questions relatives au cadre.

Le mérite de l'approche de Charlottetown était de fournir un cadre de reconnaissance et un moyen de créer des régimes juridiques applicables à une situation particulière par le biais d'un accord. Ces accords relatifs à l'autonomie gouvernementale apportaient des solutions contextuelles au problème que soulève la définition du terme «Métis». Dans l'approche fondée sur la conclusion d'accords, il était stipulé que la définition de ce terme faisait tout simplement partie de la négociation de l'accord. Si l'accord définit les droits d'individus ou de groupes, les

parties devront s'entendre sur l'identité des personnes qui jouiront de ces droits ou sur la manière dont elles seront identifiées. En cas contraire, il n'y aura pas d'accord.

Les parties peuvent s'entendre pour qualifier les personnes qui jouiront de droits en vertu de l'accord de Métis aux fins dudit accord. Cette solution ne lie pas nécessairement l'accord à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les Métis de l'accord pourraient être un sous-groupe, un sur-groupe, ou constitués d'un groupe autre que celui des Métis du Canada au sens de l'art. 35. Quoi qu'il en soit, les parties devront se demander «qui sont les Métis aux fins de la présente entente?» Dans ce contexte, il pourrait s'avérer plus utile de commencer par une approche plus téléologique en tentant d'abord d'atteindre un consensus sur les mesures qui s'imposent pour s'attaquer ensuite aux fins visées par telle action.

#### *L'Accord relatif à la nation métisse fournit un exemple du concept*

L'Accord relatif à la nation métisse<sup>124</sup> qui accompagnait l'Accord de Charlottetown est fondé sur une approche téléologique. Il avait pour objet de permettre aux Métis d'accéder à l'autonomie gouvernementale et d'entamer les pourparlers qui permettraient d'identifier le territoire sur lequel cette autonomie s'exercerait. À cette fin, l'accord proposait une définition de la nation métisse et un processus par lequel les groupes au sein de cette nation pourraient définir leurs droits en matière d'autonomie gouvernementale. Selon la définition proposée, il s'agissait d'un noyau de personnes et des personnes reconnues par ce noyau. Le noyau était lié, par le biais de l'établissement de la rivière Rouge ou du droit à des certificats de Métis, à des autochtones non indiens qui occupaient des terres de l'Ouest avant que cette région ne fasse partie du Canada.

La nation métisse comprenait ce noyau de Métis et toute personne d'ascendance autochtone acceptée par le groupe principal. Selon la définition, il n'était pas nécessaire que les personnes reconnues soient d'origine métisse. Par conséquent, toute personne de pur sang «indien», donc certainement comprise dans la catégorie des «peuples autochtones du Canada» au sens de l'article 35, pouvait devenir membre de la nation métisse aux fins de la définition du droit à l'autonomie gouvernementale d'un groupe de la nation métisse.

Les lois de l'Alberta adoptées en vertu de l'Alberta-Metis Settlements Accord reposent également sur une approche téléologique. Dans ces lois, le terme «Métis» s'entend d'une personne d'ascendance autochtone qui s'identifie à l'histoire et à la culture des Métis<sup>125</sup>. Cette définition distingue implicitement le terme «Métis» tel qu'il s'applique à un individu et tel qu'il s'applique à une histoire et à une culture. L'histoire et la culture appartenant à un peuple, la définition emprunte donc essentiellement le terme «Métis» non défini de la Constitution canadienne et, sans le définir, applique ce même terme pour préciser l'appartenance d'un individu à un groupe de personnes aux fins de l'accord.

L'accord visait à protéger les terres existantes, à fournir aux peuples qui y vivaient le pouvoir de gouverner ces terres et à assurer la disponibilité des fonds nécessaires à leur développement. L'accord, ainsi que les textes législatifs adoptés en vertu de celui-ci par la suite, sont un exemple d'utilisation des moyens que constituent la Constitution, la common law, les lois et les ententes pour l'élaboration d'un cadre juridique en matière d'autonomie gouvernementale des Métis dans un contexte particulier. L'exemple mérite un examen plus approfondi.

## *L'exemple de l'Alberta en matière d'autonomie gouvernementale restreinte des Métis*

### *L'Alberta-Metis Settlements Accord*

Les établissements métis de l'Alberta constituent un exemple d'utilisation des quatre sources du droit — la Constitution (celle de l'Alberta), la common law, les lois et les accords. Les régions d'établissement de l'Alberta ont été réservées aux associations d'établissements métis dès 1939. En 1968, ces associations, de même que leurs membres, ont intenté une poursuite contre la province pour recouvrer les revenus provenant de la vente du pétrole et du gaz trouvés dans les régions d'établissement. En 1989, à l'issue de négociations ardues, les représentants de ces associations et le gouvernement provincial signaient l'Alberta-Metis Settlements Accord, une entente sur un nouveau régime de droits fonciers et d'autonomie gouvernementale<sup>126</sup> pour les établissements qui mettait fin à la poursuite intentée. En 1990, la législature de l'Alberta adoptait quatre lois visant la mise en oeuvre de l'accord. Une de ces lois — la *Constitution of Alberta Amendment Act, 1990* — modifiait la Constitution albertaine de manière à protéger les terres métisses. Bref, l'Alberta et les établissements se sont d'abord engagés dans un litige puis les parties se sont entendues et ont implanté l'accord au moyen de lois qui comprenaient une partie constitutionnelle.

Les lois visant la mise en oeuvre de l'entente étaient fondées sur le principe que l'assemblée législative provinciale avait compétence pour adopter des lois relatives aux Métis et aux terres qui leur étaient réservées. Ces lois ont tout de suite clarifié la question de la compétence de l'assemblée législative provinciale au regard des établissements métis, mais cette clarification pourrait s'avérer temporaire puisque la question n'a pas encore été soumise aux tribunaux. Il est tout à fait possible que

la Cour suprême du Canada décide un jour que les Métis, au sens de la *Metis Settlements Act* de l'Alberta, sont visés par le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le cas échéant, le Parlement et nul autre a compétence pour adopter des lois à l'égard des Métis et des terres qui leur sont réservées. Le cadre élaboré par la législation provinciale pourrait alors être abrogé à moins qu'il ne soit protégé par la Constitution à titre de traité ou d'accord sur des revendications territoriales ou que le Parlement n'adopte une loi à cette fin.

L'ensemble des dispositions législatives visant les établissements métis de l'Alberta clarifient également en partie pour les Métis la question des obligations et des droits. En vertu de ces dispositions, la province est tenue de verser 310 millions de dollars aux établissements sur une période de 17 ans<sup>127</sup>. Les terres d'établissement des Métis sont protégées par la Constitution de l'Alberta<sup>128</sup>. Les Métis jouissent de certains droits fondamentaux en matière d'autonomie gouvernementale tels que le droit d'élire des conseils régionaux ayant le pouvoir d'adopter des règlements sur la vie dans les terres d'établissement. Telles dispositions doivent respecter les lois fédérales et provinciales pertinentes, de même que les politiques adoptées par le Conseil général des établissements métis (*Metis Settlements General Council*) qui représente tous les établissements. Tous les Métis de l'Alberta peuvent demander de devenir membre d'un établissement et, lorsqu'ils sont acceptés, demander une terre. La personne dont la demande d'adhésion ou de terrain est refusée peut interjeter appel auprès d'un tribunal indépendant chargé d'entendre les affaires relatives aux établissements métis, le *Metis Settlements Appeal Tribunal*, dont la plupart des membres sont métis<sup>129</sup>.

*La législation relative aux terres clarifiait les questions de droit de propriété, de protection et de gestion en matière de ressources*

L'accord réglait les litiges entourant le droit de propriété à l'égard des terres d'établissement métisses en reconnaissant que les établissements devaient détenir en pleine propriété les terres en fief simple. Les dispositions législatives subséquentes ont mis en oeuvre l'accord par l'émission de lettres patentes au Conseil général qui détenait les terres au nom de chacun des huit établissements. Les terres situées à l'intérieur des limites territoriales des établissements ont été cédées, y compris les lits et rives des rivières et des lacs de même que les terres réservées aux chemins et aux voies publiques<sup>130</sup>. La législature albertaine conservait le pouvoir de légiférer relativement à ces régions, mais le droit de propriété quant à la terre elle-même revenait aux Métis. Le droit de propriété sur les mines et les minéraux n'a pas été transféré.

*La Metis Settlements Land Protection Act*<sup>131</sup> a été adoptée afin d'empêcher toute perte foncière supplémentaire. Cette loi interdisait le transfert de quelque parcelle de terrain que ce soit sans l'accord du gouvernement, du Conseil général et de la majorité des gens des établissements. Afin d'assurer la protection continue du territoire, la *Metis Settlements Land Protection Act* a, à son tour, été protégée par la *Constitution of Alberta Amendment Act, 1990*<sup>132</sup>. On avait d'abord eu l'intention de protéger cette loi en modifiant la Constitution canadienne par le biais d'un amendement à la *Loi sur l'Alberta* en conformité avec l'art. 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Lorsqu'il est apparu clairement que le gouvernement fédéral se montrait réticent face à cette approche, les établissements ont accepté que la protection soit assurée par une modification de la Constitution de l'Alberta à condition que la province continue de tenter d'obtenir une modification de la Constitution canadienne.

La province a bel et bien tenté d'obtenir cette modification au cours des négociations de Charlottetown. Les propositions de modification de la Constitution que contenait l'Accord de Charlottetown comprenaient une modification de la *Loi sur l'Alberta* qui aurait assuré à cette loi la protection de la Constitution canadienne à l'instar de la protection conférée par la *Constitution of Alberta Amendment Act, 1990*. Avec l'échec de Charlottetown, l'engagement de l'Alberta n'a pas eu de suite.

En vertu de l'Alberta-Metis Settlements Accord, la Couronne cédait le droit de propriété de la surface de toutes les terres d'établissement mais conservait son droit à l'égard des mines et des minéraux. Toutefois, la province et les établissements acceptaient de gérer ensemble l'exploitation des ressources non renouvelables. En vertu de cette entente incorporée à la *Metis Settlements Act*, nul ne pouvait pénétrer dans les terres d'établissement dans le but de chercher ou d'exploiter les ressources non renouvelables sans la permission du conseil d'établissement et du Conseil général. Grâce à cette disposition, les Métis étaient donc très bien placés pour s'assurer que l'exploitation des ressources n'aurait lieu que si les chefs élus jugeaient que telle exploitation était dans l'intérêt de leur communauté.

Le 29 juillet 1968, les établissements exerçaient une action contre la Couronne du chef de l'Alberta pour réclamer les sommes perçues grâce à la vente de pétrole et de gaz provenant des régions d'établissement. Les tribunaux ont rejeté à regret la première action intentée au motif que les établissements n'avaient pas obtenu l'autorisation de la province pour exercer une poursuite contre elle. Une nouvelle action a été déposée le 5 février 1974. Cette poursuite n'en était encore qu'à l'enquête préalable lorsque l'accord a été signé en 1989. On comprendra qu'après plus de 20 ans de poursuites sans que l'action ne parvienne à procès, les établissements s'interrogeaient sur

l'utilité des tribunaux comme moyen de régler les litiges. L'accord contenait des engagements de part et d'autre à implanter rapidement « un processus acceptable aux deux parties qui permettrait de régler le litige ». La *Metis Settlements Accord Implementation Act* a interprété cet énoncé comme mettant fin au litige en attendant l'incorporation de la protection des terres d'établissement métis dans la Constitution canadienne.

Lorsque l'accord a été signé, ni la poursuite, ni l'accord ne prétendait reposer sur les droits ancestraux. Ni la province ni les établissements ne souhaitait créer un cadre juridique relatif aux établissements qui aurait pour effet d'accorder de nouveaux droits aux autochtones ou d'éteindre les droits existants dont bénéficiaient les Métis ou d'autres groupes autochtones. Conséquemment, les deux parties ont accepté de ne pas aborder cette question lors des discussions. Du point de vue des établissements, la définition des droits ancestraux était une question à la résolution de laquelle le gouvernement fédéral, la province et tous les Métis devaient participer. Compte tenu que l'Accord de Charlottetown comportait une telle entente, du moins quant au droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale, la décision de confier cette question à une autre tribune paraît opportune.

*Les pouvoirs relatifs à l'autonomie gouvernementale sont décrits dans la Metis Settlements Act*

La *Metis Settlements Act* propose un cadre applicable au gouvernement des établissements qui serait composé des conseils d'établissement, d'un conseil général représentant tous les établissements et d'une cour d'appel<sup>133</sup>. La loi reconnaît que les établissements constituent des personnes morales et elle prévoit leur gouvernement au moyen de conseils élus. Les établissements jouissent de sensiblement les mêmes pouvoirs que les personnes, et les conseils d'établissement peuvent adopter des règles sur les questions entourant le gouvernement régional

et les terres. La loi a ceci de particulier qu'elle porte que l'assemblée générale des membres doit approuver tout règlement avant qu'il n'ait force de loi<sup>134</sup>. Bref, la loi fait les trois choses suivantes :

- elle établit ou précise les principales institutions qui ont le pouvoir de prendre des décisions touchant le gouvernement des établissements, à savoir les conseils d'établissement, le Conseil général et le tribunal d'appel;
- elle précise, eu égard au gouvernement de l'établissement, les pouvoirs de chacune des institutions et les moyens qu'elles doivent prendre dans l'exercice de ce pouvoir;
- elle crée un organisme et les procédures visant le règlement des litiges.

La Loi repose sur le principe que le conseil d'établissement a le pouvoir législatif sous réserve toutefois de l'acceptation des membres de l'établissement, du Conseil général et du tribunal d'appel.

La Loi prévoit également la constitution d'un conseil général regroupant les huit conseils d'établissement<sup>135</sup>. Le Conseil général a deux fonctions principales : il détient les terres d'établissement<sup>136</sup> et est chargé d'élaborer les règles sur les questions qui préoccupent tous les établissements, principalement l'attribution des intérêts fonciers. Ces règles s'appellent «politiques» et lient tous les conseils d'établissement<sup>137</sup>. Les politiques sont nécessairement élaborées en consultation avec le ministre responsable, qui peut opposer son veto pendant un certain temps après leur adoption<sup>138</sup>. La plupart des politiques élaborées par le Conseil général doivent être approuvées par tous les établissements. Le ministre peut également, par règlement, adopter des règles de droit, mais telles règles doivent faire l'objet d'une demande du Conseil général<sup>139</sup>.

La *Metis Settlements Act* permet à un ministre de continuer de jouer un rôle. On ne saurait donc affirmer qu'elle crée une forme d'autonomie gouvernementale semblable au troisième ordre de gouvernement envisagé par l'Accord de Charlottetown. Il faut souligner

toutefois que le rôle du ministre comporte des limites. Sauf dans des situations d'urgence, le ministre ne peut adopter des règles relatives aux établissements en l'absence d'une demande du Conseil général. Le principal pouvoir dont dispose le ministre est celui d'opposer un veto aux politiques du Conseil général. Ce pouvoir doit être exercé dans les 90 jours de l'adoption de la politique, à défaut de quoi la politique entre en vigueur telle qu'adoptée.

Les critiques les plus acerbes de cet accord Alberta-Métis lui reprochent de ne pas prévoir, contrairement à l'entente de Charlottetown, la pleine propriété des ressources du sous-sol des terres d'établissement métisses. Dans l'Accord relatif à la nation métisse, les gouvernements provinciaux, sauf celui de l'Alberta, s'engageaient à débattre de la question du droit aux ressources dans le cadre du processus de définition des questions d'autonomie gouvernementale et de territoire. L'Alberta ne s'était pas engagée à l'époque mais depuis, elle a signé un protocole d'entente avec le Conseil général des établissements métis où elle s'engage à négocier le transfert du droit aux ressources du sous-sol.

#### *La loi établit une sorte de tribunal métis chargé de trancher les litiges*

Comparativement à la plupart des accords sur les revendications territoriales, l'Alberta-Metis Settlements Accord n'était qu'une simple charpente. Il ne visait pas l'établissement de lois relatives à l'autonomie gouvernementale mais l'élaboration d'un cadre permettant la préparation de ces lois. Par conséquent, l'accord fournissait des outils permettant le développement d'un droit global en matière d'établissements métis — droit à la fois statutaire et «jurisprudentiel». Le droit statutaire découlerait des règlements d'établissement par le biais des politiques adoptées par le Conseil général ou des règles établies par le ministre à la

demande du Conseil général. Le droit «jurisprudentiel» des Métis découlerait des décisions prises par le tribunal d'appel des établissements métis. Ce tribunal constitue l'une des composantes les plus intéressantes de l'ensemble de l'accord.

Le tribunal d'appel créé par la *Metis Settlements Act*<sup>140</sup> dispose de pouvoirs très larges en matière de règlement des litiges dans les établissements. Il s'agit, techniquement parlant, d'un tribunal administratif, mais puisqu'il est appelé à donner forme au cadre juridique, il s'apparente beaucoup plus à une cour métisse. En plus de sa compétence pour entendre les appels des décisions du Conseil sur les questions de terres<sup>141</sup> et d'appartenance<sup>142</sup>, le tribunal peut, si les parties y consentent, trancher les litiges portant sur un large éventail de questions qui influent sur la vie des établissements<sup>143</sup>. En pratique, il a déjà été saisi de divers problèmes allant du privilège du constructeur jusqu'à la disposition de successions. La plupart des membres du tribunal sont originaires des établissements et apportent à leur décision un bon sens et une connaissance culturelle fondée sur l'expérience de vie dans les établissements, facteur qui serait absent dans le système judiciaire normal. Au fur et à mesure que le tribunal rend ses décisions, la common law se développera pour étoffer la charpente proposée par la loi.

#### *Une option législative calquée sur le modèle de Charlottetown*

*Le Parlement pourrait créer un cadre visant la définition de la compétence, des obligations et des droits*

L'Accord de Charlottetown a été rejeté comme moyen de modifier la Constitution canadienne mais il fournit un point de départ utile permettant de régler les questions laissées en suspens par son échec. Il s'agit d'élaborer un mécanisme visant la création d'un cadre juridique

en matière de compétence, d'obligations et de droits dans lequel les collectivités métisses peuvent exercer les pouvoirs dont elles ont besoin eu égard aux fins visées. Le concept clé de Charlottetown était la reconnaissance du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale -- la reconnaissance que les gouvernements autochtones peuvent tirer leurs pouvoirs des collectivités autochtones plutôt que du Parlement ou d'une assemblée législative provinciale. Charlottetown a établi clairement ce principe en reconnaissant les gouvernements autochtones comme un troisième ordre de gouvernement en vertu de la Constitution. La présente partie a pour objet d'examiner une autre approche que pourrait adopter le Parlement en vertu de l'actuelle Constitution canadienne.

Ce que nous proposons, c'est un moyen éventuel d'inscrire les principes fondamentaux de l'entente de Charlottetown dans le droit canadien. Dans l'intérêt de la simplicité, nous allons simplement qualifier ce moyen de modèle de reconnaissance. Ce modèle permet la reconnaissance en droit canadien des chartes de gouvernement (*governance charters*) accordées par le peuple métis aux gouvernements métis. Il s'agit d'un des nombreux modèles possibles qui seront très certainement proposés lorsque les participants à l'Accord de Charlottetown se trouveront aux prises avec la nouvelle réalité. Il ne s'agit pas d'une solution de rechange à la modification de la Constitution mais d'une mesure provisoire. À notre avis, il ne faut pas écarter le travail accompli lors de l'Accord de Charlottetown tout simplement parce qu'une modification constitutionnelle est, à l'heure actuelle, impossible.

L'entente de Charlottetown inscrivait dans la Constitution la reconnaissance du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et prévoyait, dans une entente politique, sa mise en oeuvre au moyen d'accords. Le modèle de reconnaissance constitue une

approche semblable. Il serait fondé sur une loi du Parlement (la Loi portant reconnaissance, à défaut d'un titre plus convenable) qui

- reconnaît que des groupes métis précis peuvent exercer leur droit à l'autonomie gouvernementale que ce soit ou non sur un territoire donné;
- définit les principes et les protocoles gouvernant la reconnaissance des pouvoirs en matière d'autonomie gouvernementale;
- crée un organisme indépendant ayant le pouvoir d'assurer la reconnaissance si les principes et les protocoles sont respectés.

La Loi portant reconnaissance pourrait également préciser qu'elle

- n'a aucun effet sur les droits existants — ancestraux ou issus de traités — ou constitutionnels ni sur les négociations constitutionnelles futures;
- s'applique uniquement aux groupes métis qui souhaitent participer au régime proposé.

Une telle loi permettrait aux groupes métis de créer des chartes de gouvernement établissant les règles par lesquelles ils pourraient se gouverner, et disposant que les lois établies en conformité avec ces chartes seraient reconnues à titre de lois du Canada.

La Loi portant reconnaissance porterait essentiellement qu'en conformité avec celle-ci Sa Majesté pourrait déclarer à un groupe de Métis «Nous vous reconnaissons le pouvoir de former votre propre gouvernement, et le cas échéant, nous reconnâtrons ses lois au même titre que les lois adoptées par le Parlement du Canada». Cette reconnaissance rendrait disponible l'ensemble de l'appareil d'application du droit canadien. Par conséquent, il serait irréaliste, du point de vue politique, de s'attendre à ce que le Parlement adopte un tel mode de reconnaissance à moins que

- les lois reconnues respectent réellement certains principes fondamentaux du Canada et que
- le critère relatif à la procédure ait été respecté de sorte qu'il soit certain que le peuple qui sera gouverné a accordé l'autorité nécessaire.

Le premier principe est essentiellement le même que celui sur lequel était fondée la clause Canada de l'Accord de Charlottetown. Le terme clé du second principe est «procédure». La Loi portant reconnaissance devrait préciser un protocole acceptable pour les parties qui, s'il était respecté, entraînerait la reconnaissance. Il ne pourrait pas être laissé au gouvernement du Canada le soin de décider, à la fin du processus, de l'opportunité de reconnaître certaines institutions autonomes précises, ou certaines lois précises adoptées par telles institutions. En d'autres termes, une telle loi devrait disposer clairement que la seule question qui puisse être posée à un groupe qui revendique l'autonomie gouvernementale serait la suivante : «Le protocole établi dans l'entente que nous avons conclue en matière de reconnaissance a-t-il été respecté?»

La raison en est fort simple. Si l'objet visé est la reconnaissance du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, il ne peut être laissé au gouvernement du Canada le soin de déclarer légitime un gouvernement autochtone — telle légitimité ne pouvant être conférée que par le peuple qui reconnaît l'autorité d'un tel gouvernement. Il est toutefois raisonnable qu'un gouvernement affirme qu'il reconnaîtra les lois d'un autre gouvernement au même titre que ses propres lois à condition que ces lois respectent certains principes sur lesquels les parties se sont entendues. Cette approche a déjà été acceptée lors de la rédaction provisoire de la clause Canada; il ne devrait donc pas s'agir d'un obstacle infranchissable.

### *La mise en oeuvre de la reconnaissance*

Nous proposons le concept du modèle de reconnaissance comme simple point de départ des discussions. Il convient, pour préciser notre pensée, de fournir quelques détails supplémentaires. Tout d'abord, soyons clairs,

lorsque nous employons les termes «gouvernement» et «lois» dans la présente analyse, nous les entendons dans le sens très général d'un système d'organes décisionnels qui régissent l'exercice et la portée de leur pouvoir. Une charte de gouvernement pourrait n'être qu'un simple document qui permet aux représentants d'une collectivité métisse de gérer ses programmes sociaux, ou encore une véritable Constitution prévoyant un système de gouvernement exerçant son autorité sur les terres métisses. Dans tous les cas, la charte de gouvernement préciserait les principales fins visées, les moyens de déterminer les dirigeants des groupes chargés d'atteindre ces objectifs, les règles gouvernant la prise de décision des dirigeants et la portée des pouvoirs conférés à ces dirigeants par le peuple qui sera gouverné. Autrement dit, il s'agirait essentiellement de Constitutions métisses applicables aux institutions qui seraient accordées par les peuples gouvernés.

Bien entendu, il serait impossible de reconnaître l'autorité revendiquée par chaque personne qui prétend représenter un groupe en s'appuyant sur le principe du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Il faudrait donc des critères qui permettraient de déterminer si une personne peut, en application de ceux-ci, être reconnue à titre de représentant et si les membres d'un groupe qui serait vraisemblablement représenté sont, en fait, disposés à accorder les pouvoirs demandés. Ces questions de reconnaissance devront trouver réponse auprès d'un organisme indépendant établi conjointement par les participants au processus — les Métis et le gouvernement du Canada. Elles ne sauraient être déterminées par chaque partie indépendamment de l'autre si le résultat visé doit être la reconnaissance des pouvoirs de chacun. Afin de régler le problème de la reconnaissance, la loi proposée établirait un comité mixte indépendant représentant à la fois le Parlement et les Métis, comité qui serait chargé de gérer la reconnaissance des pouvoirs en matière d'autonomie gouvernementale. Il

faudrait également un organisme d'appel indépendant chargé de résoudre les litiges.

Dans sa forme la plus simple, la Loi portant reconnaissance établirait un processus en trois étapes :

- *La reconnaissance*

Tout groupe de Métis pourrait informer le Conseil des divers droits relatifs au gouvernement qu'il souhaite exercer. Ces droits seraient inscrits dans une charte de gouvernement accordée par les personnes devant être gouvernées. Avant d'aborder en détail le contenu de la charte nécessaire, le Conseil devra s'assurer que le groupe représente réellement le peuple qui, d'après le groupe, accorderait la charte. La législation établirait les procédures et les critères fondamentaux qui permettraient de prendre une telle décision. Si le groupe satisfait aux critères, il serait reconnu par le Conseil aux fins de l'élaboration d'une charte de gouvernement appropriée. Quant à la portée de la charte, elle pourrait prévoir tant l'établissement d'un simple troisième palier de gouvernement que la gestion d'une institution métisse située dans une ville.

- *La préparation*

Suivant les procédures établies par la loi, le Conseil travaillerait avec le groupe reconnu, les ministères fédéraux touchés et les organismes-ressources, si nécessaire, afin d'élaborer la charte qui s'impose. Lorsque c'est possible, on utilisera des modèles de chartes souples, déjà négociées, comme point de départ. Chaque charte réglerait toutes les questions obligatoires relatives aux terres et aux pouvoirs nécessaires en matière d'établissement des lois. Lorsque tous les participants au processus d'élaboration ont reconnu qu'un ensemble de droits, de responsabilités, de

ressources et de règles constitue un ensemble valable, cet ensemble deviendrait une charte de gouvernement au sens de la Loi portant reconnaissance. Il faudrait également obtenir un consensus sur le critère applicable en matière de confirmation.

- *La confirmation*

Une fois la charte de gouvernement nécessaire préparée, il appartiendrait au peuple qui doit être gouverné en vertu de la charte de confirmer que telle charte a pour effet de conférer son autorité. Une fois la confirmation obtenue, le groupe deviendrait un organisme métis bénéficiant du droit à l'autonomie gouvernementale ayant le pouvoir de posséder, de contrôler et de gouverner les programmes ou les terres aux termes de la charte de gouvernement. Les lois adoptées en vertu de la charte seraient reconnues à titre de lois du Canada.

De plus, il faut un organisme indépendant chargé de régler les litiges qui surgiront au cours du processus de reconnaissance.

À défaut d'une loi portant reconnaissance, le Canada et les Métis pourraient s'entendre sur les principes fondamentaux dans un traité. Quelques participants aux négociations de Charlottetown avaient avancé cette solution. Par la suite, le Parlement reconnaîtrait le traité qui entrerait en vigueur en vertu d'une loi du Parlement.

Quel que soit le moyen juridique employé pour l'application de ces principes, le document fondamental qui définit la relation doit prévoir :

- *La reconnaissance* — la reconnaissance qu'il peut exister, au Canada, des gouvernements dont les pouvoirs sont conférés et déterminés par un peuple autochtone — non par le Parlement ou une législature provinciale

- *Les principes* — un énoncé des principes du droit canadien qu'un gouvernement autochtone devra reconnaître en contrepartie de la reconnaissance par le droit canadien des lois édictées par le gouvernement autochtone
- *Le processus* — un cadre bipartite ou indépendant, comportant des dispositions en matière d'appel, visant à déterminer
  - la représentation — si un groupe qui veut obtenir la reconnaissance de ses pouvoirs de gouverner peut négocier au nom des personnes gouvernées;
  - la compatibilité — si le régime de gouvernement proposé, y compris les moyens par lesquels le peuple représenté confirmera l'autorité qu'il confère et son désir que cette autorité soit reconnue en droit canadien, s'inscrit dans les principes reconnus par les deux parties dans la *Loi portant reconnaissance*<sup>144</sup>
- *Les ressources* — faire en sorte que le gouvernement reconnu possède la capacité d'obtenir les revenus nécessaires au respect des obligations qu'il devra assumer.

Tel que susmentionné, le premier principe est le principe fondamental de l'Accord de Charlottetown. Le deuxième reprend essentiellement la clause Canada de l'accord. Le troisième a été inscrit dans certains accords accessoires sur les questions autochtones qui étaient en voie d'être négociés au moment où l'ensemble de l'accord a été annoncé. Le quatrième a été invoqué dans l'Accord relatif à la nation métisse et dans l'Alberta-Metis Settlements Accord mentionnés plus haut. Nous avons abordé le premier et le deuxième principe très brièvement. Le troisième et le quatrième principe méritent également notre attention.

Toute structure visant l'établissement de chartes de gouvernement applicables doit tenir compte du temps, de l'argent et de l'information nécessaires à leur application. L'expérience des établissements métis de l'Alberta révèle que les peuples appelés à être gouvernés sont très prudents quant aux pouvoirs qu'ils souhaitent conférer à leurs dirigeants. Par exemple, une des parties essentielles des dispositions législatives sur les établissements métis porte la condition

que les membres de l'établissement doivent approuver les règlements lors d'une réunion générale des membres. Fondamentalement, c'est donc l'ensemble des membres qui exercent un contrôle sur toutes les décisions fondamentales relatives aux établissements, telles que l'approbation du budget. Il est apparu clairement au cours des réunions de la collectivité chargée d'examiner les versions préliminaires des lois qu'une telle restriction était essentielle à l'obtention de l'appui de la collectivité. D'autres communautés pourront adopter un point de vue différent, mais il semble raisonnable de présupposer que tout processus fondé en définitive sur un référendum auprès des gouvernés visant l'obtention du pouvoir exigera une consultation auprès de l'ensemble de la collectivité. Il s'agit d'un processus à la fois long et onéreux. Il faut le reconnaître d'emblée pour que l'objectif visé, c'est-à-dire l'autonomie gouvernementale, soit réalisable. En termes simples, l'élaboration des chartes de gouvernement exigera temps et argent.

Gouverner exige également des ressources financières. Il ne sert à rien d'amorcer le processus et de soulever les attentes des membres de la collectivité s'il n'est pas certain que les gouvernements disposeront de suffisamment de fonds pour respecter les obligations que leur impose la charte. Cet argent peut provenir des membres, des terres, de l'activité économique ou des contributions d'autres gouvernements. Quelle que soit la source de financement, il faut régler cette question de manière réaliste en inscrivant, dans la charte, le pouvoir d'obtenir des fonds et en s'assurant que les engagements des autres gouvernements suffiront. Ces questions financières n'étaient toujours pas résolues à la fin des pourparlers de Charlottetown. Les versions finales des documents sur les autres questions intéressant les autochtones constataient l'engagement des gouvernements autochtones à offrir des programmes et des services à leur peuple. On y déclarait de plus :

[TRADUCTION] dans le cadre des ententes relatives à l'autonomie gouvernementale, le Parlement et le gouvernement du Canada, de même que les législatures et les gouvernements des provinces, et les assemblées législatives et les gouvernements des territoires s'engagent à fournir aux gouvernements des peuples autochtones les ressources financières ou autres, notamment les terres pour leur venir en aide :

- i) pour qu'ils soient en mesure de diriger leurs propres affaires;
- ii) pour respecter les engagements mentionnés à l'alinéa a) en tenant compte des services offerts aux autres Canadiens de la région visée et de la capacité d'un gouvernement autochtone de tirer des revenus de ses propres sources<sup>145</sup>

Il n'y a aucune raison de croire que les gouvernements fédéral et provinciaux ont changé d'avis en ce qui a trait à l'entente provisoire portant que leur engagement peut dépendre de la «capacité d'un gouvernement autochtone de tirer des revenus de ses propres sources». Par conséquent, pour être viable, une charte portant reconnaissance doit garantir que le gouvernement autochtone a la capacité d'obtenir de tels revenus. Dans ce cas, le terme «capacité» ne désigne pas que la simple autorité conférée par la loi d'aller chercher de l'argent. Il présuppose également une source de revenus. Pour la plupart des collectivités métisses, les terres, les ressources naturelles et les autres gouvernements constituent les seules sources réalistes dans un avenir prévisible. La structure économique des collectivités ne leur permet certainement pas d'assumer le coût des services communautaires fondamentaux. En matière de financement, l'approche qui respecte le plus le principe du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale est celle qui serait fondée sur les revenus tirés des terres. L'exercice du droit à l'autonomie gouvernementale ne peut se fonder que sur un territoire à gouverner et le droit de toucher les revenus que pourrait produire ce territoire. À notre avis, il faudrait prendre tous les moyens de favoriser ce lien, que ce soit dans le traité fondamental, dans la Loi portant reconnaissance ou dans les chartes des gouvernements autochtones particuliers qui en

constatent l'existence. Dans le cas contraire, le financement proviendrait de transferts d'autres gouvernements, ce qui pourrait en amener certains à parler de dépendance — perception qui nuirait aux deux collectivités en cause.

Nous n'avons donné dans la présente partie qu'un aperçu très succinct d'une option qui serait fondée sur les efforts déployés à Charlottetown et non sur un hypothétique déblocage constitutionnel. Notre objet n'est pas de proposer une nouvelle loi mais plutôt de souligner la nécessité d'être créatif compte tenu de l'impasse constitutionnelle actuelle. La situation des Métis exige davantage que l'excuse selon laquelle les Canadiens n'accepteront aucune modification de la Constitution.

## **PARTIE 5 — CONCLUSION**

Onze ans après l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la situation des peuples métis du Canada en matière de reconnaissance et de protection de leurs droits ancestraux demeure incertaine. Il est toutefois possible d'affirmer que le droit constitutionnel canadien devrait permettre de reconnaître et de protéger leurs droits plus que ce n'était possible avant 1982.

En l'absence d'une modification constitutionnelle qui confirmerait que les Métis sont visés par le terme «Indiens» du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la question de l'application de cette disposition ne sera peut-être pas résolue pour l'ensemble des collectivités métisses du Canada qui se définissent comme telles. Le recours aux tribunaux comme dans l'affaire *Dumont* ne peut apporter une solution qu'aux parties et aux personnes qui se trouvent dans une situation comparable. Cette voie ne peut toutefois convenir à tous les groupes de Métis canadiens pour les motifs invoqués plus haut.

Cette question a toutefois perdu de son importance depuis 1982. L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* permet maintenant à tous les Métis du Canada de se faire reconnaître leurs droits ancestraux en se définissant aux termes des dispositions constitutionnelles. Quelques-unes des méthodes qui leur permettront de le faire ont été décrites dans le présent document.

En réalité, il existe plusieurs peuples métis au Canada. Aucune méthode uniforme ne permet de régler la question de la protection de leur identité collective à titre de peuples autochtones. Chaque collectivité devra avoir recours à l'outil juridique adapté à sa situation particulière. Au cours de ce processus, certaines collectivités seront mieux placées que d'autres. Mais cette affirmation s'applique à tous les peuples autochtones du Canada et n'est pas particulière aux Métis. À tout le moins, il existe maintenant un espoir que les Métis ne soient plus le peuple autochtone oublié.

## NOTES

1. L'Accord de Charlottetown a été signé le 28 août 1992. Dans cette étude, nous nous référons au projet de texte juridique de l'accord publié le 9 octobre 1992.
2. Dans cette étude, le terme «droit» s'entend uniquement du droit positif canadien. Certaines Premières nations et d'autres groupes autochtones possèdent leurs propres systèmes juridiques et mécanismes d'application. Certains de ces systèmes ont été codifiés ou sont en train de l'être. Il est possible qu'avec le temps ces systèmes soient reconnus en droit canadien. Nous ne saurions prétendre toutefois être des spécialistes de ces autres systèmes juridiques et, par conséquent, nous n'en avons pas tenu compte dans cette étude.
3. *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.) 30 et 31 Vict., c. 3.
4. Les auteurs de la version anglaise de l'étude affirment n'attacher aucune importance à la distinction entre le terme «Métis» et le terme «Metis».
5. *Metis Settlements Act*, c. M-14.3, S.A. 1990, al. 1j).
6. Règlement relatif à la *Loi fédérale sur les pêcheries* DRS/87-153, par. 2(1) du *Règlement de pêche de l'Alberta*.
7. La *Loi constitutionnelle de 1982* constitue l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, ch. 11.
8. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.
9. Voir Paul Chartrand, «Aboriginal Rights: The Dispossession of the Metis» (1991) 29 *Osgoode Hall L.J.* 457 aux pages 460 et 461; Catherine Bell, «Who are the Metis People in Section 35(2)» (1991) 29 *Alta L.R.* 351 à la page 359; B.W. Morse et R.K. Groves, «Canada's Forgotten Peoples: The Aboriginal Rights of Metis and Non-status Indians» (1987), 2 *Law and Anthropology* 139 aux pages 143 à 145.
10. S.C. 1870, c. 3.
11. Chartrand, précité, note 9, p. 462; Bell, précité, note 9, pp. 359 et 360.
12. Précité, note 10, art. 31.

13. Adoptée initialement par S.C. 1872, c. 23. Cette loi a subi de nombreuses modifications subséquentes.
14. S.C. 1879 — 81, c. 31.
15. D. Sanders, «Aboriginal Peoples and the Constitution» (1981), 19 *Alta. L.R.* 410, pp. 419, 420, tel que cité dans W. Pentney, *The Aboriginal Rights Provisions in the Constitution Act, 1982* (Saskatoon: Native Law Centre, University of Saskatoon, 1987), p. 96.
16. Pentney, *ibid.*, p. 97.
17. Bell, précité, note 9, pp. 375 et 376.
18. Morse et Groves, précité, note 9, pp. 143 à 146.
19. *Ibid.*
20. *Ibid.*
21. *Ibid.*
22. Bell, précité, note 9, p. 353.
23. R.S.A. 1970, c. 233, al. 2a).
24. Précité, note 5.
25. Précité, note 6.
26. Voir Clem Chartier, *In the Best Interest of the Metis Child* (Saskatoon: Native Law Centre, University of Saskatchewan, 1988), c. 3.
27. Ralliement national des Métis, *The Métis: A Western Canadian Phenomenon*, cité dans Chartier, *ibid.*, pp. 36-37.
28. R.E. Gaffney, C.P. Gould et A.J. Sample, *Broken Promises: The Aboriginal Constitutional Conferences* (Fredericton: New Brunswick Association of Metis and Non-Status Indians, 1984), cité dans Chartier, précité, aux pages 23 et 24. Se reporter également à M. Dunn, *Access to Survival: A Perspective on Aboriginal Self-Government for the Constituency of the Native Council of Canada* (Kingston: Institute of Intergovernmental Relations, 1986) aux pages 4 et 5.

29. S.C. 1868, c. 42.
30. S.R.C. 1985, c. I-5, al. 2a).
31. *Ibid.*, al. 2a).
32. [1939] R.C.S. 104.
33. S.R., c. S-19.
34. *Ibid.*, p. 105.
35. Aujourd'hui la *Loi constitutionnelle de 1867*.
36. Précité, note 32, p. 108.
37. *Ibid.*, p. 115.
38. *Ibid.*, p. 118.
39. *Ibid.*, p. 119.
40. «Indians: An Analysis of the Term They Used in S. 91(24) of the British North America Act, 1867» (1978-1979) 43 *Saskatchewan L.R.* 39.
41. Kingston, Institute for Intergovernmental Relations, 1986.
42. Voir le c. 17, en particulier à la p. 217.
43. Précité, note 41, pp. 218 à 220.
44. T. Flanagan, «The Case Against Metis Aboriginal Rights» (1983), 9 *Canadian Public Policy* 314, *Metis Lands in Manitoba* (Calgary: University of Calgary Press, 1991).
45. Flanagan, «The Case Against Metis Aboriginal Rights», p. 322.
46. *Ibid.*, p. 318.
47. [1982] 3 C.N.L.R. 122, p. 131.
48. [1982] 3 C.N.L.R. 95.
49. *Loi constitutionnelle de 1930*.

50. *R. v. Ferguson* (5 mars 1993) Peace River C0280204050A01/A02 (C.P. Alta); (24 septembre 1993) Peace River App. 9209005-S5-0101, 9309005-S5-0102 (B.R. Alta).
51. Voir l'analyse de Schwartz, *supra*, note 41, pp. 184 et 185.
52. Voir *ibid.* ainsi que l'analyse de Chartier, *supra*, note 26, c. 3.
53. *Metisism: A Canadian Identity* (Edmonton: Alberta Federation of Metis Settlement Associations, 1982), p. 17.
54. *Ibid.*, p. 19.
55. Chartier, précité, note 40, pp. 64 et 65.
56. Schwartz, précité, note 41, p. 228.
57. Flanagan, «The Case Against Metis Aboriginal Rights», précité, note 44, p. 324.
58. Pentney, précité, note 15, c. 4.
59. *Ibid.*, p. 84.
60. *Ibid.*, p. 88.
61. *Ibid.*
62. *Ibid.*, pp. 95 à 100.
63. *Ibid.*, pp. 97 et 98.
64. *Ibid.*, p. 100.
65. Voir Bell, précité, note 9; «Métis Aboriginal Title», thèse de maîtrise, Faculté de droit, U.B.C., 1989, c. 2; «Metis Rights», inédit.
66. Bell, précité, note 9, p. 379.
67. Bell, «Métis Aboriginal Title», précité, note 65, p. 82.
68. Précité, note 32.
69. «Understanding Aboriginal Rights» (1987) 66 *R. du B. can.* 727, p. 757.

70. *Ibid.*
71. Précité, note 8, p. 178.
72. *Ibid.*, p. 179.
73. *Ibid.*, p. 180.
74. Précité, note 1.
75. Voir Schwartz, précité, note 41, pp. 187 et 188; Bell, «Métis Aboriginal Title», précité, note 65, p. 82; Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada* (Toronto: Carswell, 1992), 27-4.
76. Sous l'intitulé *Manitoba Metis Federation c. Le procureur général du Canada*, [1987] 2 C.N.L.R. 85 (B.R. Man.), inf. en appel [1988] 3 C.N.L.R. 39 (C.A. Man.), inf. en appel [1990] 2 C.N.L.R. 19 (C.S.C.). Cette affaire est en cours.
77. Précité, note 10. Ces dispositions ont fait l'objet de nombreuses analyses. À titre d'exemples, voir Paul Chartrand, *Manitoba Metis Settlement Scheme of 1870* (Saskatoon: Native Law Centre, University of Saskatchewan, 1991); Flanagan, *Metis Lands in Manitoba*, précité, note 44; D.N. Sprague, *Canada and the Metis: 1869-1885* (Waterloo: Wilfrid Laurier University Press, 1988) en part. c. 4-7; «Government Lawlessness in the Administration of Manitoba Land Claims, 1870-1887» (1980), 10 *Manitoba L.J.* 415.
78. Déclaration modifiée, 18 février 1987, paragraphes 9, 10, 10A.
79. *Ibid.*, paragraphe 13.
80. *Ibid.*, paragraphes 11, 14.
81. *Ibid.*, paragraphe 12.
82. *Dumont et al. c. Canada*, Déclaration, 12 mai 1986.
83. *Ibid.*, paragraphe 10.
84. *Ibid.*, paragraphe 21.
85. [1985] 1 C.N.L.R. 120.
86. Précité, note 8, p. 180.

87. *Ibid.*
88. *Ibid.*
89. *Manitoba Metis Settlement Scheme of 1870*, précité, note 77; «Aboriginal Rights: The Dispossession of the Metis», précité, note 9.
90. Factum du Conseil national des autochtones du Canada, *Dumont et al. c. le Canada*, 1<sup>er</sup> novembre 1989 (C.S.C.) paragraphes 28-29.
91. *Manitoba Metis Federation Inc. v. Attorney-General of Canada*, [1988] 3 C.N.L.R. 39, p. 49 (C.A. Man.).
92. Chartrand, «Aboriginal Rights», précité, note 9, pp. 479, 480.
93. Précité, note 91.
94. *Ibid.*
95. *Manitoba Metis Federation c. Procureur-général du Canada*, [1990] 2 C.N.L.R. 19 (C.S.C.).
96. D. Sanders, «Getting Back to Rights», dans *Aboriginal Title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen* (Montréal: Institut de recherche en politiques publiques, 1992) 261, p. 282.
97. On trouvera dans l'arrêt *R. v. McPherson*, [1993] 1 W.W.R. 415 (Ct. Man.) une décision judiciaire récente d'après laquelle l'application aux Métis des restrictions en matière de chasse contenues dans une loi provinciale sur la faune constitue une violation des droits constitutionnels que possèdent les Métis aux termes de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cette décision a fait l'objet d'un appel.
98. [1979] 3 C.N.L.R. 17 (CF. div. 1<sup>re</sup> inst.).
99. *Ibid.*, p. 45.
100. Voir Slattery, précité, note 69, pp. 759, 760.
101. (1991), 79 D.L.R. (4th) 185, pp. 420, 421 (C.S.C.-B.). Voir également la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire 104 D.L.R. (4th) 470, pp. 512, 514 (par le juge MacFarlane; le juge Taggart a souscrit au jugement)

et aux pp. 575 à 577 (par le juge Wallace). Au moment où nous écrivons ces lignes, la demande d'autorisation d'interjeter appel de cette décision a été présentée à la Cour suprême du Canada. Il convient de signaler que le critère de l'arrêt *Baker Lake* n'a jamais été examiné par la Cour suprême du Canada.

102. Ce paragraphe énonce : «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».
103. *Précité*, note 8, pp. 169, 170.
104. Voir *Dossier en souffrance : Une politique de revendications des autochtones*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1982.
105. Voir *Politique de revendications territoriales globales*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986.
106. *Revendication territoriale globale des Dénés et des Métis, entente de principe entre le Canada et la Nation Dénée et l'Association des Métis des Territoires du Nord-Ouest*, le 9 avril 1990.
107. *Ibid.*, c. 21.
108. *Ibid.*, c. 8.
109. *Ibid.*, c. 10.
110. *Ibid.*, c. 13.
111. *Ibid.*, c. 28-31.
112. *Ibid.*, c. 7.
113. Y compris les modifications permettant de reconnaître la compétence législative subordonnée du gouvernement de l'Alberta
114. L'Accord de Charlottetown, précité, note 1.
115. *Ibid.*, p. 14.
116. *Ibid.*, p. 24

117. *Ibid.*, pp. 37 à 41.
118. Une version provisoire de l'Accord relatif à la nation métisse datée du 3 octobre 1992 accompagnait les avant-projets des textes juridiques de l'Accord de Charlottetown. On ignore jusqu'à quel point cette version avait été acceptée par les gouvernements fédéral et provinciaux ou s'il existe des versions subséquentes sur lesquelles les parties se sont entendues.
119. *Ibid.* Cette définition a été revue et corrigée plusieurs fois par le RNM au cours des négociations de Charlottetown. Il ne s'agit peut-être pas de la dernière définition adoptée au cours de ce processus par le RNM.
120. *Ibid.*, al. 1b).
121. *Ibid.*, art. 4.
122. Alberta-Metis Settlements Accord, conclu entre la province d'Alberta et l'Alberta Federation of Metis Settlement Associations, le 1<sup>er</sup> juillet 1989.
123. *Constitution of Alberta Amendment Act, 1990*, S.A. 1990, c. C-22.2.
124. Précité, note 118.
125. *Metis Settlements Act*, précité, note 5, al. 1j).
126. Le plan ne vise pas l'autonomie gouvernementale complète qui aurait été possible en vertu de l'Accord de Charlottetown. Il est fondé sur la compétence provinciale et accorde à un ministre de la Couronne certains pouvoirs de surveillance en matière d'administration financière et d'élaboration des lois.
127. *Metis Settlements Accord Implementation Act*, S.A. 1990, c. M-14.5, Partie 1.
128. Précité, note 123, art. 3, 4, 5.
129. Ces dispositions se trouvent dans la *Metis Settlements Act*. Voir également «Metis Settlements General Council Land Policy», *Alberta Gazette*, le 31 juillet 1992, p. 2592.
130. On trouvera ces dispositions dans les *Letters Patent*.

131. S.A. 1990, c. M-14.8.
132. Précité, note 123, art. 4, 5.
133. Précité, note 5, Parties 1 et 2 (pouvoirs du conseil de l'établissement); Partie 8 (établissement du Metis Settlements General Council); Partie 7 (Metis Settlements Appeal Tribunal).
134. *Ibid.*, art. 55
135. *Ibid.*, Partie 8, Division 1.
136. *Ibid.*, art. 2.
137. *Ibid.*, art. 222 et 223.
138. *Ibid.*, art. 222, 223 et 224.
139. *Ibid.*, Partie 10.
140. *Ibid.*, Partie 7.
141. *Ibid.*, par. 184(2).
142. *Ibid.*, par. 184(3).
143. *Ibid.*, art. 189.
144. Ces principes pourraient être calqués sur la clause Canada de l'Accord de Charlottetown.
145. Clause 3.1 du 7 octobre 1992, 10 h. Version optimale de l'accord politique relatif aux questions constitutionnelles intéressant les autochtones. Terre-Neuve a refusé d'adhérer à cette clause.

**LA MISE EN ŒUVRE  
DE L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE  
DES PEUPLES AUTOCHTONES :  
ASPECTS CONSTITUTIONNELS  
ET QUESTIONS DE COMPÉTENCE**

par Peter W. Hogg et Mary Ellen Turpel

**Table des matières**

SOMMAIRE	429
INTRODUCTION	430
Après l'Accord de Charlottetown	430
Le caractère inhérent du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale	432
Sphère de compétence des gouvernements autochtones	434
EXPRESSION DE LA COMPÉTENCE DES GOUVERNEMENTS AUTOCHTONES	436
L'énoncé contextuel	436
Formulation d'un nouvel énoncé contextuel	441
Processus de négociation des ententes	442
SPHÈRE DE COMPÉTENCE DES GOUVERNEMENTS AUTOCHTONES	443
Compétence territoriale	446
Compétence personnelle	447
Compétence en cas de situation d'urgence	449
POUVOIRS EXCLUSIFS ET POUVOIRS CONCURRENTS	450
COOPÉRATION INTERGOUVERNEMENTALE AU CANADA	452
Règles fédérales-provinciales en matière de lois incompatibles	453
Remplacement des lois fédérales et provinciales	455
Autonomie gouvernementale des Premières nations du Yukon	457
ADMINISTRATION DE LA JUSTICE	459
JUSTICIABILITÉ DE L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE	461
	427

FINANCEMENT DE L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE	464
Taxation	464
Paievements de transfert	466
L'exemple du Yukon	468
STATUT DES ENTENTES SUR L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE	469
Protection contre les modifications unilatérales	469
Application aux tiers	472
LIMITES DE L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE AUTOCHTONE	473
<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	474
Article 32	475
Article 25	476
Chartes des droits autochtones	478
CONCLUSION	479
NOTES	483
ANNEXE I	
EXEMPLE TIRÉ DES ENTENTES SUR L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE DES PREMIÈRES NATIONS DU YUKON	491

## SOMMAIRE

Cette étude a pour objet de proposer, en vue de la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale des autochtones, des moyens qui ne nécessitent aucune modification à la Constitution du Canada. Les auteurs soutiennent qu'il serait possible d'intégrer des éléments de l'Accord constitutionnel de Charlottetown dans un ou plusieurs accords politiques, qui pourraient former le cadre dans lequel se dérouleraient les négociations sur l'autonomie gouvernementale. Ils se penchent sur la nature des pouvoirs susceptibles d'être inclus dans une entente sur l'autonomie gouvernementale, en se référant abondamment aux ententes sur l'autonomie gouvernementale des premières nations du Yukon. Sont notamment examinées les questions suivantes : compétence personnelle et compétence territoriale, pouvoirs concurrents et exclusifs, rapports entre les lois autochtones, d'une part, et les lois fédérales et provinciales (ou territoriales), d'autre part, administration de la justice, financement de l'autonomie gouvernementale. Les auteurs recommandent que les ententes sur l'autonomie gouvernementale jouissent d'une protection constitutionnelle, et expliquent comment cela pourrait être réalisé sous le régime de l'actuelle Constitution. Ils abordent aussi l'applicabilité de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et recommandent l'élaboration de constitutions autochtones qui pourraient comporter des chartes des droits autochtones.

LA MISE EN ŒUVRE DE L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE  
DES PEUPLES AUTOCHTONES :  
ASPECTS CONSTITUTIONNELS ET QUESTIONS DE COMPÉTENCE

PAR PETER W. HOGG ET MARY ELLEN TURPEL

INTRODUCTION

*Après l'Accord de Charlottetown*

Depuis l'échec auquel a abouti l'Accord de Charlottetown en octobre 1992, il existe une incertitude au sujet de l'avenir de l'autonomie gouvernementale des autochtones, notamment en ce qui a trait à la mise en oeuvre des modifications constitutionnelles proposées qui les concernaient. De toute évidence, il n'y a plus de grande réforme constitutionnelle à l'ordre du jour maintenant que la population a rejeté l'accord. Des négociations sont en cours entre divers peuples autochtones<sup>1</sup> et des gouvernements canadiens sur des aspects aussi divers que la justice pénale et les revendications territoriales, mais le fondement de ces discussions demeure imprécis, tout comme la forme des éventuelles ententes susceptibles d'en résulter, tout particulièrement du point de vue de la reconnaissance ou de la protection constitutionnelle des droits. Les peuples autochtones ont exprimé à maintes reprises leur mécontentement à l'égard de l'objet des négociations, du rythme auquel elles ont lieu et des principes qui les sous-tendent. Le caractère limité des progrès réalisés incite à croire qu'il y aurait lieu de repenser de fond en comble la politique et l'action gouvernementales.

Le récent document de travail de la Commission royale sur les peuples autochtones intitulé *Partenaires au sein de la Confédération*<sup>2</sup> a utilement contribué à clarifier la source de l'autonomie gouvernementale et a mis de l'avant certaines suggestions quant à la mise en oeuvre du

droit des peuples autochtones à cette autonomie. Par ailleurs, l'élection en 1993, à l'échelon fédéral, d'un gouvernement libéral qui a manifesté son intention de reconnaître le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et de le mettre en oeuvre sans rouvrir les discussions constitutionnelles donne à penser que le contexte politique est maintenant propice à des progrès dans ce domaine<sup>3</sup>

Nous nous proposons, dans la présente étude, d'essayer de voir dans quelle mesure il est possible de faire avancer, dans le cadre de l'actuelle Constitution canadienne, la mise en oeuvre du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale. Nous laisserons de côté les arguments qui font abstraction de la Constitution, tout en reconnaissant que ces arguments devraient obligatoirement être examinés si on voulait prendre en compte la totalité des incidences politiques de l'autonomie gouvernementale<sup>4</sup>. Nous entendons plus particulièrement analyser les questions juridiques et constitutionnelles que suscite la mise en oeuvre du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale sans les modifications constitutionnelles expresses proposées dans l'Accord de Charlottetown. Parmi ces questions figurent les suivantes : l'élaboration des compétences gouvernementales autochtones à la lumière des lois fédérales et provinciales d'application générale en vigueur; le financement de l'autonomie gouvernementale; la protection constitutionnelle des ententes sur l'autonomie gouvernementale; le règlement des conflits causés par l'incompatibilité de textes législatifs (autochtones, d'une part, fédéraux ou provinciaux, d'autre part); l'application aux gouvernements autochtones de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

## *Le caractère inhérent du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale*

L'Accord de Charlottetown reconnaissait expressément aux autochtones un droit «inhérent» à l'autonomie gouvernementale<sup>5</sup>. Cela est important, tant du point de vue politique que du point de vue juridique. Le droit à l'autonomie gouvernementale, pour tous ceux qui ont participé aux négociations de Charlottetown, était un droit préexistant dont l'origine se situe dans la longue période où les peuples autochtones ont occupé et gouverné cette terre avant la colonisation européenne. Il ne s'agit pas d'un concept nouveau en droit constitutionnel canadien. Bien que les tribunaux n'aient pas explicitement reconnu aux autochtones un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale (pour la bonne raison qu'ils n'ont pas directement été saisis de la question), ils ont reconnu l'existence d'autres droits ancestraux. La Cour suprême du Canada a expressément reconnu que ces droits découlent du fait que des peuples autochtones vivent au Canada depuis très longtemps, et qu'ils ont exercé des droits que doivent respecter ceux qui se sont installés plus récemment sur ce territoire<sup>6</sup>. Comme le professeur Brian Slattery l'a bien montré, les droits ancestraux sont des droits que possèdent les autochtones, non pas parce qu'ils leur ont été octroyés par la Couronne, par des textes de loi ou par des traités, mais plutôt [TRADUCTION] «en raison du fait que les peuples autochtones, à une certaine époque, étaient des entités indépendantes, autonomes, qui possédaient la plupart des terres formant aujourd'hui le Canada<sup>7</sup>». Ce raisonnement permet de conclure que les droits dont jouissent les peuples autochtones en droit canadien tiennent d'une manière inhérente à leur histoire et à leur passé en tant que premiers peuples ayant vécu sur ce territoire. Bon nombre des traités conclus entre des peuples autochtones et la Couronne indiquent aussi que ces peuples ont exercé leurs droits à l'autonomie gouvernementale en organisant leurs relations avec les gouvernements

du Canada sur la base du consentement et de la reconnaissance mutuelle.

Quel est le sens de l'autonomie gouvernementale, aujourd'hui? Comment peut-elle être conciliée avec l'actuelle structure constitutionnelle et politique du Canada? Le caractère inhérent du droit à l'autonomie gouvernementale ne permet pas de répondre à ces questions. Cette incertitude rend indispensable la tenue de discussions politiques au plus haut niveau sur la signification de l'autonomie gouvernementale des autochtones dans un contexte politique contemporain. Car dans la situation actuelle, le tribunal qui se verrait soumettre le problème ne disposerait d'aucun critère — et de toute façon, il s'agit de questions qui ne se prêtent pas vraiment à une solution judiciaire<sup>8</sup>. Les gouvernements comme les peuples autochtones ont intérêt à explorer les formules qui ne nécessitent pas de modifications constitutionnelles (même si de telles modifications constitueraient la meilleure solution<sup>9</sup>). Quelles sont donc ces formules, et comment s'accordent-elles avec le droit constitutionnel? Le présent document a pour objet de répondre à ces questions. Nous voulons essayer de voir comment pourrait être établie l'autonomie gouvernementale des autochtones d'une manière sereine et conforme à la Constitution. Dans les pages qui suivent, nous explorerons un certain nombre de solutions et d'approches concernant divers aspects du problème : compétences, protection constitutionnelle des ententes, justiciabilité. C'est aux élus qu'il appartiendra d'apprécier dans quelle mesure les idées développées sont politiquement applicables. Notre seule ambition est de suggérer des solutions qui sont juridiquement possibles au regard du texte actuel de la Constitution.

## *Sphère de compétence des gouvernements autochtones*

L'Accord de Charlottetown prévoyait un mécanisme pour la définition de la portée des droits à l'autonomie gouvernementale des divers peuples autochtones. On y sous-entendait par ailleurs que les gouvernements autochtones jouiraient d'un statut équivalent aux deux ordres de gouvernement existant actuellement au Canada, en les décrivant comme l'un des trois ordres de gouvernement<sup>10</sup>; en d'autres mots, on devait considérer les gouvernements autochtones comme souverains dans leurs propres domaines de compétence. Sur de nombreux points, l'Accord demeurait imprécis : un autre projet d'accord devait définir le mécanisme suivant lequel seraient résolus les problèmes susceptibles de surgir lors des négociations et les conflits de compétence. On prévoyait en outre une instauration graduelle de l'autonomie gouvernementale : négociation d'ententes, report de la justiciabilité du droit inhérent, règles relatives aux conflits de lois. La reconnaissance d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale était certes un volet important de l'Accord de Charlottetown. Mais ce qui était encore plus important sans doute, du point de vue pratique, c'était la méthode proposée pour la mise en vigueur concrète de ce droit. Car si la négociation d'ententes sur l'autonomie gouvernementale a débuté à l'échelle nationale au début des années 80, l'Accord aurait établi pour la première fois un cadre juridique et politique précis pour le déroulement des négociations, qui aurait permis de trancher des questions préliminaires — comme la définition des parties —, de préciser l'étendue des sphères de compétence autochtones<sup>11</sup>, de garantir le financement adéquat du processus et des gouvernements qui devaient en sortir — et qui aurait permis enfin la constitutionnalisation et la mise en oeuvre des ententes sur l'autonomie gouvernementale. À notre avis, cette structure globale, à laquelle ont souscrit tous les gouvernements,

représentait la véritable innovation dans l'accord. Il est possible, à partir de là, de concevoir une nouvelle voie conduisant à la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale.

Les dispositions de l'Accord de Charlottetown sont capitales, parce que le droit constitutionnel canadien classique se concilie mal avec le droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale. Il comporte en effet nombre de notions, parfois tout à fait fondamentales, qui s'avèrent incompatibles avec la reconnaissance de ce droit. L'une des principales est la théorie de l'exhaustivité, suivant laquelle toutes les compétences législatives pouvant être exercées au Canada sont actuellement réparties entre les gouvernements fédéral et provinciaux en vertu des articles 91 et 92 (et des autres dispositions attributives de compétence) de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>12</sup>. Cette théorie semble ne laisser aucune place à l'autonomie gouvernementale des autochtones, sauf sous la forme d'une délégation de responsabilités législatives et administratives par les autorités fédérales ou provinciales. La théorie de l'exhaustivité a bien sûr été élaborée sans tenir compte de la réalité autochtone au Canada et, comme l'a indiqué la Commission royale sur les peuples autochtones, on peut considérer qu'elle concerne la question de la portée des pouvoirs, non celle de leur exclusivité<sup>13</sup>. Cette théorie, au surplus, a été formulée dans le contexte de conflits relatifs à la répartition des pouvoirs entre le fédéral et les provinces, dans lequel les peuples autochtones ne jouaient aucun rôle.

D'autre part, la théorie de l'exhaustivité a été élaborée avant que l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne soit ajouté à la Constitution canadienne. Cet article confère aux droits — ancestraux et issus de traités — des autochtones une protection constitutionnelle plus explicite. Il importe que les avocats spécialisés en droit constitutionnel et les élus se penchent sur les théories qui, telle la théorie de l'exhaustivité, témoignent de l'orientation eurocentrique du droit constitutionnel

et du gouvernement canadiens, pour amorcer le réaménagement institutionnel et doctrinal indispensable à la pleine expression du fait que la présence autochtone au Canada est très ancienne. L'urgence de ce travail s'accroîtra à mesure qu'avancera la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale. Nous nous contenterons de dire ici que la théorie de l'exhaustivité ne devrait pas s'opposer à l'élaboration de la compétence gouvernementale autochtone. La question devra certes faire l'objet de discussions, mais rien n'empêche la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale dans le cadre du régime constitutionnel existant.

#### **EXPRESSION DE LA COMPÉTENCE DES GOUVERNEMENTS AUTOCHTONES**

##### *L'énoncé contextuel*

Sur la reconnaissance d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, il existe un très large consensus politique et juridique. La mise en oeuvre de ce droit en ce qui concerne tel ou tel peuple autochtone pose cependant des difficultés d'ordre juridique. Il existe plusieurs peuples autochtones, qui ont chacun des traditions gouvernementales, des territoires et des aspirations qui leur sont propres. Il faut donc faire preuve de souplesse et d'inventivité pour répondre à cette diversité de situations. L'Accord de Charlottetown proposait une méthode qui favorisait la souplesse en ce qui a trait à l'expression de l'étendue de la compétence autochtone. Elle mérite d'être étudiée de près, parce qu'il s'agit d'une solution intéressante, à mi-chemin entre deux extrêmes. L'une de ces solutions extrêmes consiste dans la reconnaissance pure et simple du droit inhérent, sans que soient établis des principes directeurs pour sa mise en oeuvre. Cette solution, qui par son caractère très général et son imprécision permet de répondre aux

diverses situations et aspirations des peuples autochtones, est néanmoins difficile à appliquer dans la pratique, justement à cause du flou qui la caractérise. À l'autre extrême, il y a l'élaboration d'un plan détaillé d'autonomie gouvernementale qui s'appliquerait à tous les gouvernements autochtones, indépendamment des différences existant entre eux sous le rapport de leur situation, de leur culture et de leurs aspirations.

L'Accord de Charlottetown préconisait une voie intermédiaire entre ces deux solutions. Il y était proposé qu'un «énoncé contextuel» soit ajouté aux modifications constitutionnelles relatives à l'autonomie gouvernementale des autochtones. Il s'agissait d'orienter l'exercice de la compétence gouvernementale selon les fins et les objectifs auxquels devrait répondre le droit inhérent. Cet énoncé devait être suffisamment souple pour être applicable à diverses circonstances et conditions, mais suffisamment précis en même temps pour indiquer d'une manière générale la portée de l'autonomie gouvernementale. Le libellé de l'énoncé contextuel mérite d'être reproduit intégralement (bien qu'aucun texte juridique définitif n'ait été ratifié) :

L'exercice du droit à l'autonomie gouvernementale comprend le pouvoir des organes législatifs dûment constitués des peuples autochtones, chacun dans sa propre sphère de compétence<sup>14</sup>,

(a) de préserver leurs langues, leurs cultures, leurs économies, leurs identités, leurs institutions et leurs traditions et de veiller à leur épanouissement, et

(b) de développer, de maintenir et de renforcer leurs liens avec leurs terres, leurs eaux et leur environnement

afin de déterminer et de contrôler leur développement en tant que peuples selon leurs propres valeurs et priorités et d'assurer l'intégrité de leurs sociétés<sup>15</sup>

L'énoncé contextuel décrit les objectifs auxquels répond l'autonomie gouvernementale et les principales fonctions des organes législatifs

autochtones. Gouvernements et organisations autochtones ont souscrit à cet énoncé. Il devrait donc être toujours utile pour établir le but général ou le contexte des négociations sur l'autonomie gouvernementale.

L'énoncé précise on ne peut plus clairement que les gouvernements autochtones ont le pouvoir d'édicter et de faire appliquer des lois permettant aux peuples autochtones d'avoir la maîtrise de leur propre développement en tant que peuples, de favoriser l'épanouissement de leurs membres en fixant leurs propres priorités, et tout particulièrement de protéger leurs terres, leurs langues et leurs cultures.

Il n'est pas fait explicitement mention, dans l'énoncé contextuel, de la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale dans le cas des peuples autochtones signataires de traités. Nombre de dirigeants des premières nations utilisent l'expression anglaise *treaty government* et donnent à entendre que les traités constituent un moyen efficace de mise en oeuvre du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. La confusion entourant les rapports entre les traités et l'ensemble de modifications constitutionnelles relatives à l'autonomie gouvernementale proposées à Charlottetown a causé des dissensions lors du débat sur l'Accord au sein des collectivités autochtones. Il ne fait aucun doute que des éclaircissements s'imposent à ce sujet. Le président de l'Union of Nova Scotia Indians s'est exprimé en ces termes devant la Commission royale sur les peuples autochtones :

[TRADUCTION] Pour nous, le droit à l'autonomie gouvernementale est un droit inhérent, qui ne provient pas d'autres gouvernements. Il n'a pas son origine dans nos traités. Le droit à l'autonomie gouvernementale et à l'autodétermination vient du peuple micmac — c'est sous son autorité que nous gouvernons. Les traités reflètent la reconnaissance par la Couronne du fait que nous avons l'autonomie gouvernementale et que nous continuerions à l'avoir, mais ce ne sont pas eux qui ont créé notre nation. [...] Dans cette perspective, les traités devraient constituer le moyen par lequel est mis en oeuvre notre droit (protégé par la Constitution) d'exercer des compétences et

des pouvoirs en tant que gouvernements. L'autonomie gouvernementale peut commencer par l'interprétation et la mise en oeuvre intégrale du traité de 1752 puis, à partir de là, conduire à une compréhension de la relation politique entre le peuple micmac et la Couronne<sup>16</sup>.

La mise en oeuvre des traités faisait l'objet d'une section distincte de l'Accord de Charlottetown<sup>17</sup>, mais on n'y établissait pas clairement le rapport entre la mise en oeuvre des traités et la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale. Pour certains peuples autochtones, la mise en oeuvre du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale est indissociablement liée à la réalisation intégrale d'une relation antérieure fondée sur des traités.

Selon nous, une nouvelle version de l'énoncé contextuel, qui pourrait être utilisée comme élément du cadre de mise en oeuvre du droit inhérent, devrait refléter le rôle central des traités et du gouvernement ressortissant à un traité dans le cas des premières nations visées par des traités. On pourrait par exemple ajouter, à la fin de l'énoncé contextuel, une phrase comme à celle-ci :

[...] étant entendu que, dans le cas des premières nations signataires d'un traité, la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale suppose la formulation des droits et responsabilités découlant des traités existants, qui devront être intégralement respectés et mis en oeuvre par les gouvernements canadiens à titre de volet central de la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale.

Suivant le libellé de l'énoncé contextuel, les «organes législatifs dûment constitués» peuvent prendre des mesures en vue de réaliser certains objectifs. Le fait qu'il soit question d'organes législatifs dûment constitués obligerait le peuple autochtone concerné à élaborer une constitution prévoyant la création d'un organe législatif, celui-ci devant en outre jouir d'un appui manifeste au sein du peuple en question<sup>18</sup>. On peut présumer que cette constitution serait écrite, mais il n'est pas

exclu qu'elle revête une forme correspondant davantage aux coutumes et traditions autochtones, si tel est le désir du peuple autochtone concerné. Chez les Iroquois, par exemple, on pourrait se servir de ceintures de wampum pour exprimer la constitution ainsi que les responsabilités des organes législatifs et gouvernementaux. La souplesse est certainement de mise à cet égard. Il demeure quand même probable que la plupart des constitutions seraient également formulées par écrit.

Les objectifs qui seraient poursuivis par l'organe législatif autochtone sont définis aux alinéas (a) et (b) de l'énoncé contextuel, et plus particulièrement à la fin de l'énoncé, où il est précisé que le grand objectif consiste, pour le peuple concerné, à déterminer et à contrôler son développement en tant que peuple selon ses propres valeurs et priorités et d'assurer l'intégrité de sa société. Il s'agit là d'une rupture radicale par rapport à l'état actuel des choses, dans lequel les peuples autochtones se voient déléguer des pouvoirs limités sous le régime de la *Loi sur les Indiens* ou des autres régimes législatifs auxquels ils sont assujettis. L'énoncé vient confirmer ce sur quoi tout le monde s'entend : il faut renoncer à la *Loi sur les Indiens* et instaurer à sa place une relation fondée sur la notion d'autonomie gouvernementale interne.

On n'a jamais imaginé que l'énoncé contextuel permettrait de déterminer quels sont exactement les pouvoirs que possède ou que devrait posséder un gouvernement autochtone, ou de résoudre les inévitables conflits entre les lois autochtones et les autres lois. Ce texte, en revanche, situe dans une perspective plus large les discussions relatives à l'autonomie gouvernementale par lesquelles les diverses communautés autochtones et les gouvernements pourront résoudre les problèmes liés à la détermination des sphères de compétence. C'est l'assise sur laquelle les divers peuples autochtones pourront élaborer une liste de pouvoirs et négocier une entente avec le gouvernement afin de préciser l'étendue de leurs compétences, voire leur responsabilité fiscale.

### *Formulation d'un nouvel énoncé contextuel*

À cause de l'échec de l'Accord de Charlottetown, l'énoncé contextuel ne fait pas partie de la Constitution. Et si on veut être réaliste, force est de convenir qu'il y a peu de chances que des modifications constitutionnelles sur l'autonomie gouvernementale soient adoptées dans un avenir rapproché. Il n'en demeure pas moins qu'un texte analogue à celui de l'énoncé pourrait encore maintenant constituer le cadre général à l'intérieur duquel on chercherait à favoriser la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale. Rien n'empêcherait par exemple les organisations autochtones et les gouvernements fédéral et provinciaux de conclure un ou plusieurs accords politiques arrêtant des orientations générales en vue de la mise en oeuvre du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale.

Outre la formule de l'accord politique, les peuples autochtones et le gouvernement souhaiteront peut-être explorer la solution consistant à établir un tel cadre général dans une loi fédérale. Cette solution permettrait (à la condition que la loi en question recueille l'adhésion des autochtones et de leurs représentants) l'élaboration d'accords politiques spécifiques avec les peuples autochtones. Et grâce à sa souplesse, il serait possible de tenir compte des différences entre les peuples autochtones du point de vue de leur situation et de leurs priorités. Cette solution législative est peu coûteuse au regard de son efficacité, et elle nécessite moins de temps que la négociation d'accords politiques distincts avec chaque peuple autochtone concerné sur toutes les questions relevant du cadre général. Le texte législatif fixerait les principes de base, qui seraient précisés dans des accords spécifiques.

Qu'on choisisse la voie des accords politiques ou celle du texte législatif, l'énoncé contextuel, retravaillé, pourrait constituer l'un des éléments centraux du cadre de mise en oeuvre du droit inhérent à

l'autonomie gouvernementale. Voici le texte dont nous proposons

l'inclusion dans un éventuel accord politique ou texte de loi :

L'exercice du droit à l'autonomie gouvernementale comprend le pouvoir des organes législatifs dûment constitués des peuples autochtones :

(a) de préserver leurs langues, leurs cultures, leurs économies, leurs identités, leurs institutions et leurs traditions et de veiller à leur épanouissement,

(b) de développer, de maintenir et de renforcer leurs liens avec leurs terres, leurs eaux et leur environnement

afin de déterminer et de contrôler leur développement en tant que peuples selon leurs propres valeurs et priorités et d'assurer l'intégrité de leurs sociétés, étant entendu que dans le cas des premières nations signataires d'un traité, la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale suppose la formulation des droits et responsabilités découlant des traités existants, qui devront être intégralement respectés et mis en oeuvre par les gouvernements canadiens.

### *Processus de négociation des ententes*

Le but de tout accord politique ou autre cadre établi en vue de la mise en oeuvre du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale doit consister dans la conclusion d'ententes négociées avec des peuples autochtones (premières nations, Inuit, Métis) au sujet de la sphère de compétence, du financement et du règlement des conflits. Nous privilégions nettement pour notre part l'établissement d'un cadre politique conduisant à des ententes négociées. Si les gouvernements choisissent l'inaction, les peuples autochtones prendront des initiatives unilatérales qui donneront naissance à d'interminables différends juridiques dont l'issue est tout à fait imprévisible<sup>19</sup>. À notre sens, l'existence d'un énoncé contextuel sur lequel tout le monde se serait mis d'accord ne pourrait que favoriser la conclusion d'ententes sur l'autonomie gouvernementale, parce que ce texte préciserait les objectifs

qui devraient orienter le processus de négociations ainsi que le contenu de toute éventuelle entente.

Toute entente sur l'autonomie gouvernementale conclue entre une collectivité autochtone donnée et un ou plusieurs gouvernements comportera nécessairement une liste des différentes compétences à l'égard desquelles le gouvernement autochtone pourrait légiférer à sa guise. Cette liste devra renvoyer à l'énoncé contextuel et être interprétée à la lumière des objectifs établis dans celui-ci, ce qui facilitera la mise en oeuvre correcte du droit à l'autonomie gouvernementale. L'énoncé contextuel ne serait pas le seul élément susceptible d'orienter l'élaboration des compétences législatives, ni le seul document susceptible de faciliter l'interprétation judiciaire. Dans le cas des premières nations signataires d'un traité, par exemple, il pourra y avoir des droits prévus par le traité qui entraînent une responsabilité dans certains domaines de compétence<sup>20</sup> Les ententes modernes relatives à des revendications territoriales conféreront également certains pouvoirs ayant trait à la gestion des terres et des ressources appartenant au peuple autochtone concerné.

### **SPHÈRE DE COMPÉTENCE DES GOUVERNEMENTS AUTOCHTONES**

Nous ferons souvent état, dans la présente étude, des ententes sur l'autonomie gouvernementales conclues avec les Indiens du Yukon<sup>21</sup> Ces ententes sont en effet utiles pour notre analyse parce qu'elles montrent bien le type de progrès susceptibles d'être réalisés dans le cadre constitutionnel existant, et qu'elles témoignent de la nécessité de repenser certaines politiques et approches gouvernementales qui entravent la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale<sup>22</sup> Pour bien comprendre la portée de ces ententes, un rappel du contexte s'impose.

Le Conseil des Indiens du Yukon, qui représente 14 premières nations du Yukon, a conclu un accord-cadre définitif avec le gouvernement du Canada et le Yukon<sup>23</sup>. Cet accord, où figurent les clauses fondamentales du règlement des revendications territoriales du Yukon, ne constitue cependant pas un accord sur des revendications territoriales au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et demeure sans effet juridique tant que ses clauses ne sont pas intégrées à une entente définitive conclue par une Première nation du Yukon. Quatre Premières nations ont ainsi conclu des ententes définitives qui reprennent la totalité des clauses de l'Accord-cadre, auxquelles viennent s'ajouter des dispositions particulières applicables à la Première nation concernée. Ces quatre ententes définitives constituent, elles, des accords sur des revendications territoriales au sens de l'article 35.

L'Accord-cadre définitif, et partant les quatre ententes définitives, prévoyaient la négociation d'ententes sur l'autonomie gouvernementale par les Premières nations du Yukon. Mais le gouvernement du Canada a insisté pour que l'Accord-cadre définitif et les quatre ententes définitives conclues chacune avec une première nation précisent, à l'article 24.12.1, que les ententes sur l'autonomie gouvernementale n'entraîneraient pas la création de «droits issus de traités» au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les quatre Premières nations du Yukon qui ont conclu des ententes définitives ont également conclu des ententes sur l'autonomie gouvernementale. Ces ententes sont très semblables les unes aux autres, puisqu'elles sont fondées sur une entente type négociée par le Conseil des Indiens du Yukon en 1992. Les quatre devaient prendre effet en vertu de textes législatifs sur l'autonomie gouvernementale qui allaient être adoptés (et qui l'ont du reste été<sup>24</sup>) par le Parlement du Canada et par l'assemblée législative du Yukon.

Nous reproduisons à l'annexe 1 les dispositions d'une des ententes sur l'autonomie gouvernementale qui ont trait aux pouvoirs législatifs, auxquelles nous renverrons à l'occasion. Ces dispositions se présentent sous la forme de quatre listes de pouvoirs. La première (article 13.1) est une liste de pouvoirs législatifs exclusifs attribués à la Première nation. (Les autres pouvoirs législatifs sont concurrents. Les termes «exclusifs» et «concurrents» sont expliqués plus loin.) La deuxième (article 13.2) énumère des pouvoirs législatifs qui s'étendent sur tout le territoire du Yukon, mais qui s'appliquent uniquement aux citoyens de la Première nation. C'est un cas de compétence personnelle — notion qui sera explicitée plus loin. La troisième liste (paragraphe 13.3) est une liste de pouvoirs législatifs restreints au territoire de la Première nation; ces pouvoirs s'appliquent à tous ceux qui se trouvent sur le territoire en question, et pas seulement aux citoyens de la Première nation. C'est un cas de «compétence territoriale» — expression qui elle aussi sera explicitée ci-après. La quatrième liste de pouvoirs (article 13.4) est une liste de «pouvoirs en cas de situation d'urgence»; il s'agit de pouvoirs spéciaux conférés à la Première nation pour faire face à des situations d'urgence se produisant sur le territoire des Premières nations.

Nous reconnaissons que les aspects précis de l'autonomie gouvernementale différeront radicalement d'une partie du Canada à l'autre. Des solutions qui conviennent bien au Yukon en raison de sa population dispersée risquent en effet de ne pas être applicables dans le Sud. Les ententes du Yukon donnent tout de même une idée des types de pouvoirs législatifs qu'un gouvernement autochtone pourrait souhaiter exercer. Il faut cependant souligner que ce n'est pas un hasard si les ententes sur l'autonomie gouvernementale des Premières nations du Yukon ont été conclues peu de temps après qu'on fut parvenu à un accord sur le règlement des revendications territoriales globales. Pour les

peuples autochtones, en effet, la question du territoire joue un rôle central dans l'autonomie gouvernementale. À cet égard, nous tenons simplement à souligner que, dans le cadre de la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale, les questions liées aux terres et aux ressources seront déterminantes pour l'instauration d'un gouvernement digne de ce nom. Les terres et les ressources actuellement reconnues aux Premières nations, dans la plupart des cas, ne leur permettraient pas d'exercer leur autonomie gouvernementale d'une manière efficace, et il faudra s'intéresser à ce problème sans délai dès que s'amorcera le passage du régime de la *Loi sur les Indiens* à l'autonomie gouvernementale.

### *Compétence territoriale*

Dans toute entente sur l'autonomie gouvernementale, il faut préciser les limites du pouvoir législatif conféré à la Première nation. Cela peut se faire notamment par l'établissement d'une liste de pouvoirs dont l'exercice est restreint au territoire de la Première nation. Il va de soi que chacune des Premières nations doit avoir des pouvoirs très étendus sur son propre territoire. La gestion du territoire, la réglementation de l'activité sur celui-ci (chasse, pêche, cueillette, exploitation minière et forestière...), l'octroi de permis aux entreprises, la planification, le zonage, les codes du bâtiment, la protection de l'environnement et l'administration de la justice sont autant de domaines que toute Première nation souhaitera assujettir à sa réglementation sur son propre territoire. L'exercice des pouvoirs de ce type serait vraisemblablement limité au territoire de la Première nation<sup>25</sup> En effet ces pouvoirs ne s'étendraient pas aux autochtones qui se trouvent à l'extérieur de ce territoire. Mais sur celui-ci, ils s'appliqueraient tant aux autochtones qu'aux non-autochtones.

Dans les ententes sur l'autonomie gouvernementale des Premières nations du Yukon<sup>26</sup>, qui comportent quatre listes de pouvoirs, l'une de ces listes (paragraphe 13.3) s'applique uniquement aux terres visées par le règlement. Ces pouvoirs sont des exemples de compétence territoriale.

### *Compétence personnelle*

Parmi les pouvoirs qu'une Première nation pourrait vouloir exercer, il en est d'autres dont l'application ne devrait pas être limitée au territoire de cette nation. La Première nation souhaitera peut-être fournir toute une gamme de services sociaux à ses citoyens, y compris à ceux qui vivent à l'extérieur de son territoire. Ainsi, la réglementation de questions comme l'adoption, la tutelle, la garde des enfants ne saurait être confinée au territoire de la Première nation. Ces questions revêtent une importance capitale pour la réalisation des objectifs décrits dans l'énoncé contextuel et les arrangements ayant trait à la compétence personnelle feront partie de la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale. C'est pourquoi il est probable que toute Première nation exigera une deuxième liste de pouvoirs, applicables aux citoyens de cette nation, qu'ils se trouvent ou non sur son territoire. Les textes législatifs adoptés par la Première nation en vertu de cette liste s'appliqueraient à ses citoyens, où qu'ils se trouvent, mais pas aux non-autochtones. Dans les ententes sur l'autonomie gouvernementale des Premières nations du Yukon, deux des quatre listes de pouvoirs (paragraphe 13.1 et 13.2) ne sont pas limitées dans leur application au territoire de la Première nation. Les pouvoirs en question s'appliqueraient aux citoyens de cette dernière partout au Yukon. Il s'agit là d'un exemple de compétence personnelle.

La compétence personnelle d'un gouvernement autochtone, à l'instar de sa compétence territoriale, peut avoir un caractère contraignant. Ainsi, l'enfant autochtone qui a été confié à une famille vivant à l'extérieur du territoire autochtone ne serait pas pour autant assujéti au droit provincial ou territorial, du point de vue de la garde. Il serait donc protégé contre le risque que des décisions prises par des organismes non autochtones modifient les mesures prévues par le droit autochtone. Les gouvernements autochtones auraient, bien entendu, la faculté de ne pas exercer dans son intégralité leur compétence personnelle, cette question étant déterminée selon le processus politique interne établi par le peuple concerné. Signalons par ailleurs que la *Charte canadienne des droits et libertés* s'appliquerait selon toute vraisemblance à l'exercice par un gouvernement autochtone de sa compétence personnelle (comme de sa compétence territoriale). (Cette question est traitée plus bas.)

D'autres Premières nations auront sans aucun doute besoin de pouvoirs législatifs qui s'appliquent à leurs citoyens indépendamment du lieu où ils résident. Dans le cas du Yukon, même la compétence personnelle a été restreinte aux limites du Yukon; pour d'autres Premières nations, cette compétence pourrait de manière analogue être restreinte à une province ou à un territoire, ou au contraire s'appliquer d'un bout à l'autre du Canada.

Dans les régions urbaines du Canada, l'autonomie gouvernementale autochtone pourrait revêtir la forme d'institutions qui fournissent des services aux citoyens inuit, métis ou d'une Première nation ne résidant pas sur un territoire autochtone. L'établissement de la compétence personnelle serait pour cela essentiel. Les divers gouvernements autochtones devront veiller à coordonner leurs efforts le mieux possible s'ils veulent fournir des services à leurs citoyens habitant

des régions urbaines, faute de quoi ils ne pourront éviter les dédoublements inutiles et coûteux.

La compétence personnelle signifiera que la loi «suivra» les citoyens autochtones quand ils quitteront les territoires autochtones. Il ne s'agit pas là d'un concept radicalement nouveau puisqu'il fait déjà partie du droit canadien dans de nombreux domaines, comme le droit de la famille. Ces situations sont régies par un ensemble très complexe de principes ayant trait aux conflits de lois. En outre, des ententes déjà en vigueur entre des provinces et avec des pays étrangers au sujet de l'exécution des jugements relatifs aux pensions alimentaires et au droit de garde montrent qu'il est possible d'établir une coordination entre des régimes juridiques différents dans un souci d'efficacité. Les gouvernements autochtones pourront recourir à des moyens analogues. Et, dans le contexte autochtone, nous connaissons déjà la notion de transférabilité de droits, tel le droit à l'éducation garanti par traité, à l'extérieur du territoire. La compétence personnelle, élaborée à partir de ces concepts existants, garantit aux gouvernements autochtones qu'ils auront véritablement les pouvoirs dont ils ont besoin pour réaliser les objectifs de la politique gouvernementale, comme la protection culturelle dans le cas du bien-être des enfants.

#### *Compétence en cas de situation d'urgence*

Il peut être souhaitable, dans une entente sur l'autonomie gouvernementale, d'attribuer une compétence susceptible d'être exercée à l'égard de personnes ou d'un territoire en cas de situation d'urgence. Dans les ententes sur l'autonomie gouvernementale des Premières nations du Yukon, on a tenté (paragraphe 13.4) de prévoir certains problèmes qui pourraient se présenter en cas de situation d'urgence, du fait des limites établies quant à la compétence territoriale et personnelle

des Premières nations. Il pourrait arriver, par exemple, qu'un enfant soit en danger sur le territoire visé par un règlement, et que les responsables de la protection de l'enfance au sein de la Première nation ne sachent pas d'une manière certaine si cet enfant est un citoyen de la nation. Ou encore, qu'un enfant soit en danger à l'extérieur du territoire visé par le règlement, sans qu'on sache avec certitude quel ordre de gouvernement est compétent en l'occurrence. Pour que des mesures puissent être prises sans tarder dans de telles situations d'urgence, les ententes du Yukon donnent à la Première nation le pouvoir d'agir à l'extérieur du territoire visé par le règlement, même si ce sont les lois d'application générale qui sont applicables. Un pouvoir analogue permet au gouvernement du Yukon de prendre des mesures en cas de situation d'urgence à l'extérieur des terres visées par un règlement, même si la situation relève d'une loi de la Première nation. Dans tous les cas, l'autorité gouvernementale compétente reprendrait les choses en main dès que cela serait possible.

#### **POUVOIRS EXCLUSIFS ET POUVOIRS CONCURRENTS**

Dans toute entente sur l'autonomie gouvernementale, les clauses ayant trait à la compétence doivent également préciser quels pouvoirs législatifs autochtones seront «exclusifs» et lesquels seront «concurrents». Les pouvoirs exclusifs sont ceux que les autochtones sont les seuls à posséder; ni le Parlement fédéral ni les assemblées législatives provinciales (ou territoriales) ne pourraient les exercer. Quant aux pouvoirs concurrents, ce sont des pouvoirs attribués non seulement au peuple autochtone, mais également au Parlement fédéral ou à l'assemblée législative provinciale (ou territoriale). L'inconvénient des pouvoirs exclusifs, c'est qu'ils obligent le peuple autochtone à se donner des textes de loi exhaustifs, les éventuelles lacunes ne pouvant

être comblées par d'autres textes législatifs. L'inconvénient des pouvoirs concurrents, c'est qu'ils rendent possibles les conflits de lois, entre une loi édictée par les autochtones et l'autre édictée par le Parlement fédéral ou l'assemblée législative provinciale (ou territoriale). De toute évidence, il faut établir les règles qui s'appliqueront dans un tel cas; c'est à cette question qu'est consacrée la section suivante de notre étude.

Dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, les pouvoirs législatifs du Parlement fédéral, d'une part, et des assemblées législatives provinciales, d'autre part, sont énumérés dans deux listes de domaines, dont chacune est considérée comme exclusive. Dans la pratique, toutefois, la vie ne se prête pas à une telle compartimentation, et l'interprétation judiciaire a permis depuis 1867 une évolution considérable et un important partage des pouvoirs. Les tribunaux ont eu tendance à reconnaître l'existence de chevauchements importants entre les deux listes — de pouvoirs concurrents, en d'autres mots. La protection de l'environnement est un bon exemple. Il n'en est aucunement fait état dans une liste ou l'autre, pour la bonne raison que les rédacteurs du texte de 1867 n'avaient jamais imaginé que le gouvernement pourrait souhaiter ou serait obligé un jour de veiller à la protection de l'environnement. Les tribunaux canadiens ont jugé à notre époque que les deux ordres de gouvernement possèdent des pouvoirs étendus en la matière, pouvoirs qui se chevauchent. On pourrait citer bien d'autres exemples. En réalité, bon nombre des pouvoirs législatifs que possèdent le Parlement fédéral et les assemblées législatives provinciales sont concurrents. (Les constitutions australienne et américaine n'établissent qu'un petit nombre de pouvoirs législatifs exclusifs; d'une manière générale, les pouvoirs sont concurrents.)

Les ententes sur l'autonomie gouvernementale des Premières nations du Yukon comportent (au paragraphe 13.1) une brève liste de pouvoirs exclusifs. D'une manière générale, cette liste concerne les

règles relatives à la régie interne des affaires de la Première nation, ainsi que l'administration des droits et avantages institués dans l'entente sur les revendications territoriales. Les autres listes, décrites dans la section précédente du présent article, contiennent des pouvoirs concurrents.

## **COOPÉRATION INTERGOUVERNEMENTALE AU CANADA**

La fédération canadienne existe depuis 1867. Depuis lors, les gouvernements fédéral et provinciaux ont exercé des pouvoirs gouvernementaux sur le même territoire et sur les mêmes personnes (malgré une controverse quant à l'exercice par ces gouvernements d'une compétence relative aux peuples autochtones). Il y a certes eu nombre de différends sans gravité et quelques poursuites judiciaires, mais les deux ordres de gouvernement ont appris à coexister d'une manière harmonieuse. Aucun gouvernement ne fonctionne dans l'isolement, et un réseau très étendu de relations s'est formé à l'échelon des ministres et des fonctionnaires pour échanger de l'information et des idées, et le cas échéant pour veiller à la coordination des politiques. Dans bien des domaines où les pouvoirs sont concurrents, des ententes officielles ont été conclues afin que les deux paliers de gouvernement travaillent ensemble à la poursuite d'objectifs communs.

Ainsi, les régimes provinciaux d'assurance-maladie et d'aide sociale sont financés en partie par le gouvernement fédéral en vertu d'ententes sur le partage des frais qui établissent les principes fondamentaux de ces deux types de programmes. Mentionnons aussi les ententes suivant lesquelles la Gendarmerie royale du Canada fournit des services de police à huit provinces et à un grand nombre de municipalités, les coûts étant assumés en partie par les autorités provinciales et municipales concernées. On peut citer également les ententes en matière de perception des impôts : le gouvernement fédéral

perçoit l'impôt sur le revenu pour neuf provinces, ces dernières s'engageant en contrepartie à utiliser la même assiette fiscale que celle de l'impôt fédéral sur le revenu.

Les gouvernements autochtones viennent s'intégrer à ce réseau complexe de relations fédérales-provinciales. Ils trouveront avantageuses bon nombre des techniques de coopération élaborées par les gouvernements fédéral et provinciaux pour répondre aux besoins de citoyens vivant dans des régions et des situations différentes. Par exemple, un gouvernement autochtone pourra conclure avec un autre gouvernement des ententes sur la perception des impôts, ou encore décider de cotiser à des services de police ou de poursuites judiciaires fournis par un autre gouvernement. Il pourra y avoir des responsabilités que telle ou telle Première nation préférera assumer progressivement, en acceptant qu'un autre gouvernement fournisse des services à ses citoyens jusqu'à ce qu'elle se soit donné la capacité de prendre les choses en main ou ait établi une politique en la matière.

Ce qu'il faut souligner, en matière de coopération inter-gouvernementale, c'est que l'autonomie gouvernementale n'est pas établie dans un vide politique. Les gouvernements autochtones n'auront pas à assumer immédiatement toutes les fonctions d'un gouvernement moderne. Divers types d'ententes sont nécessaires pour qu'un ordre de gouvernement soit pleinement opérationnel. Et dans le fédéralisme canadien, la coopération intergouvernementale ainsi que le partage des compétences et des ressources sont davantage la norme que l'exception.

### *Règles fédérales-provinciales en matière de lois incompatibles*

Toute entente sur l'autonomie gouvernementale doit comporter des clauses sur les rapports entre les lois fédérales et provinciales (ou territoriales), d'une part, et les lois autochtones, d'autre part. Dans le

contexte fédéral-provincial, c'est par la règle de la primauté des lois fédérales que sont résolus les conflits entre des lois fédérales et provinciales : la loi fédérale a préséance sur toute loi provinciale incompatible avec elle. Cette règle n'a pas autant d'importance qu'il peut paraître, du fait que les tribunaux donnent un sens très étroit à l'incompatibilité : pour que l'incompatibilité donne lieu à l'application de la règle de la primauté des lois fédérales, il faut qu'une loi soit en contradiction expresse avec l'autre. Si les deux lois peuvent coexister sans qu'il y ait contradiction, on conclut à l'absence d'incompatibilité et les deux demeurent en vigueur.

Dans l'arrêt *Construction Montcalm c. La Commission du salaire minimum*<sup>27</sup>, par exemple, la Cour suprême du Canada a jugé qu'une loi fédérale prescrivant aux entrepreneurs fédéraux un salaire minimum n'était pas incompatible avec une loi provinciale qui établissait un salaire minimum plus élevé. La Cour suprême a considéré que la loi fédérale n'interdisait pas l'établissement d'un salaire minimum supérieur; les deux lois pouvaient donc coexister. Concrètement, l'entrepreneur fédéral devait verser le salaire minimum prévu par la loi québécoise et ne pouvait invoquer la loi fédérale pour verser un salaire inférieur. Cette décision montre que les tribunaux font tout pour préserver la validité des textes législatifs en vigueur, et sont bien peu disposés à conclure à l'incompatibilité dès lors qu'il est possible de concilier les deux lois en cause.

Cette définition étroite de l'incompatibilité signifie que la théorie de la primauté fédérale ne s'applique que rarement. La plupart du temps, quand une loi fédérale et une loi provinciale sont applicables aux mêmes faits, les tribunaux font en sorte qu'elles continuent à coexister. Rien ne permet de croire qu'ils adopteraient une attitude différente pour des lois autochtones.

## *Remplacement des lois fédérales et provinciales*

Toute entente sur l'autonomie gouvernementale doit comporter des dispositions transitoires, afin d'éviter qu'il y ait un vide législatif pendant la période initiale, avant que le gouvernement autochtone ait eu le temps d'édicter les lois relevant de sa sphère de compétence. Un problème analogue s'est du reste posé en 1867, lors de la création du Parlement du Canada et des assemblées législatives de l'Ontario et du Québec. (Les autres provinces étaient déjà dotées d'assemblées législatives.) La solution retenue en 1867 est formulée à l'article 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, où il est précisé que toutes les lois en vigueur en 1867 allaient le demeurer jusqu'à leur abrogation, leur abolition ou leur modification par le Parlement du Canada ou par l'assemblée législative d'une province. C'est ainsi que les lois antérieures à la constitution de la fédération pouvaient continuer à s'appliquer. Malgré le caractère principalement transitoire des dispositions de l'article 129, certains textes antérieurs à la fédération n'ont jamais été abrogés et sont restés en vigueur jusqu'à ce jour.

L'Accord de Charlottetown prévoyait des dispositions semblables à celles de l'article 129, à l'égard de l'instauration de l'autonomie gouvernementale. On y précisait (article 47) que «les lois fédérales et provinciales continueront de s'appliquer jusqu'à ce qu'elles soient remplacées par des lois adoptées par les gouvernements de peuples autochtones en vertu de leurs compétences». Les lois antérieures à l'autonomie gouvernementale auraient donc continué de s'appliquer jusqu'à ce qu'elles aient été remplacées par des lois autochtones.

De telles dispositions transitoires ne régiraient pas uniquement le passage à l'autonomie gouvernementale : elles auraient un effet permanent. Suivant l'importante règle générale qu'auraient établie ces dispositions, les lois autochtones auraient pu «remplacer» des lois

d'application générale. Autrement dit, en cas d'incompatibilité entre une loi autochtone et une loi d'application générale, la loi autochtone l'emporterait sur celle d'application générale.

L'Accord de Charlottetown prévoyait (également à l'article 47) une exception à la règle générale de la primauté des lois autochtones. Les lois fédérales ou provinciales «essentielles au maintien de la paix, de l'ordre et du bon gouvernement au Canada» devaient en effet l'emporter sur toute loi autochtone incompatible. La portée de cette exception relative à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement a suscité certaines discussions<sup>28</sup>, et il ne fait aucun doute que cette disposition est celle qui a provoqué les plus grandes réticences chez les autochtones lors du débat au sujet de l'Accord. À notre avis, toutefois, les tribunaux auraient attribué une portée restreinte à cette exception; une analogie peut en effet être faite avec la jurisprudence qui a ainsi interprété d'une manière restrictive les mots «paix, ordre et bon gouvernement» à l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Sans entrer dans les détails<sup>29</sup>, il est permis de croire que l'exception viserait les lois relatives à des situations d'urgence et les lois visant à empêcher qu'un préjudice soit causé à des non-autochtones ou à des terres appartenant à des non-autochtones. Il est tout à fait justifié que certaines lois relevant de cette catégorie (à savoir, essentielles à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement) s'appliquent aux peuples autochtones, et qu'elles ne puissent être remplacées par des lois autochtones. Par exemple, si une province oblige tous ses résidents à se faire vacciner contre la variole en raison d'une épidémie, les autochtones devraient être assujettis à cette décision comme les non-autochtones. Du reste, quel gouvernement autochtone voudrait mettre en péril la santé de ses ressortissants ou de leurs voisins non autochtones? De telles limitations à la compétence autochtone ne poseraient pas de problèmes majeurs dans la pratique.

L'Accord de Charlottetown ne précisait pas comment devait être définie l'incompatibilité pour l'application des dispositions sur la primauté des lois fédérales et provinciales. Ce silence signifie sans doute que la définition restrictive élaborée dans le contexte fédéral-provincial serait également applicable en l'occurrence. Par exemple, une Première nation pourrait adopter des lois réglementant le rejet de déchets par une entreprise située sur son territoire. Cette entreprise pourrait en même temps être assujettie à la réglementation provinciale. Dans un tel cas, les tribunaux concluraient vraisemblablement que les deux lois ne sont pas incompatibles : l'entreprise serait tenue de se conformer aux deux réglementations. Si les règles édictées par cette dernière sont les plus sévères, elles auraient primauté dans les faits.

#### *Autonomie gouvernementale des Premières nations du Yukon*

Les ententes sur l'autonomie gouvernementale des Premières nations du Yukon, à l'instar de l'Accord de Charlottetown, prévoient (au paragraphe 13.5) que les lois d'application générale continueront de s'appliquer à la Première nation, à ses citoyens et à ses terres. En cas d'incompatibilité entre un texte législatif édicté par la Première nation et un texte législatif du Yukon, celui de la Première nation l'emportera. En cas d'incompatibilité entre un texte législatif de la Première nation et une loi fédérale, les ententes sur l'autonomie gouvernementale sont incomplètes. Elle prévoient (au paragraphe 13.5.2) la conclusion, entre la Première nation et le Canada, d'une entente qui précisera «les domaines où les textes législatifs [de la Première nation] l'emportent sur les dispositions incompatibles des lois fédérales d'application générale». Aucune entente de cette nature n'est encore intervenue<sup>30</sup>

Nous tenons à souligner au passage qu'à notre avis, il est regrettable que les ententes sur l'autonomie gouvernementale des

Premières nations du Yukon ne fixent pas la forme précise des règles de primauté devant s'appliquer en cas d'incompatibilité entre des lois fédérales et des lois édictées par une Première nation. Idéalement, toutes les questions ressortissant aux compétences législatives devraient être réglées dans l'entente sur l'autonomie gouvernementale, et non être soumises à un mécanisme futur. Il faut toutefois signaler que les dispositions figurant dans les ententes indiquent qu'il pourrait y avoir des domaines où les lois de la Première nation l'emporteront sur les lois fédérales.

En ce qui a trait à l'incompatibilité entre une loi édictée par une Première nation et une loi du Yukon (celle de la première nation devant avoir la primauté dans ce cas), les ententes du Yukon substituent à la définition étroite de l'incompatibilité en common law une définition plus large. Selon le paragraphe 13.5.3 des ententes sur l'autonomie gouvernementale des Premières nations du Yukon, une loi du Yukon est inopérante «dans la mesure où elle traite d'une matière à l'égard de laquelle [la Première nation] a édicté un texte législatif». Cela signifie que, chaque fois qu'une loi édictée par la Première nation traite d'un domaine également visé par une loi du Yukon, celle-ci est supplantée. Il n'est pas nécessaire de faire la preuve que les deux lois sont incompatibles au sens étroit du terme (à savoir qu'elles se contredisent); le simple fait qu'elles contiennent des dispositions relatives à la même matière entraîne la primauté de la loi édictée par la Première nation. L'idée générale est la suivante : lorsqu'une Première nation a décidé de fournir un service donné (jusqu'à là fourni par le Yukon) ou de réglementer une activité donnée (jusqu'à là réglementée par le Yukon), elle deviendra la seule autorité responsable de la fourniture de ce service ou de cette réglementation, ce qui obligera l'Administration territoriale du Yukon à se retirer du champ de compétence en question.

## ADMINISTRATION DE LA JUSTICE

Les gouvernements autochtones devront disposer du pouvoir de faire appliquer leurs propres lois. Ils souhaiteront peut-être, en outre, veiller à l'application des lois fédérales et provinciales (ou territoriales) qui demeurent en vigueur sur le territoire autochtone. Les autochtones souhaiteront la mise en place de toutes les institutions nécessaires pour garantir la paix et le respect de la loi au sein de leur communauté : police, ministère public, systèmes judiciaire et correctionnel. Ils exigeront également que le système judiciaire, dans tous ses aspects, soit administré en prenant en compte les façons de faire et les problèmes des autochtones. L'administration de la justice sera d'ailleurs un élément d'une extrême importance : il ressort de plusieurs études récentes que la discrimination contre les autochtones dans le système de justice pénale canadien rend nécessaire la mise au point de nouvelles méthodes dans ce domaine, et qu'il faudrait que les peuples autochtones jouissent d'une plus grande latitude dans l'élaboration et la mise en oeuvre, au sein de leurs collectivités, de mesures relevant de la justice pénale<sup>31</sup>

Les gouvernements fédéral et provinciaux (ou territoriaux) voudront également veiller à l'application de leurs lois d'application générale sur le territoire autochtone. Étant donné la persistance des intérêts des deux autres ordres de gouvernement et le caractère limité des ressources financières et humaines dont les gouvernements autochtones disposeront, il pourra s'avérer réaliste et rentable pour ces derniers d'exercer leur pouvoir en matière d'administration de la justice en conformité avec une entente conclue à ce sujet avec les deux autres ordres de gouvernement. Le gouvernement autochtone obtiendrait ainsi l'accès à des services et à un financement provenant des autorités fédérales et provinciales, et les trois ordres — fédéral, provincial (ou

territorial) et autochtone — prendraient part à l'élaboration d'un régime compatible avec leurs objectifs légitimes.

Les ententes sur l'autonomie gouvernementale des Premières nations du Yukon représentent l'un des modèles possibles, en ce qui concerne les dispositions relatives à l'administration de la justice. Elles stipulent qu'une Première nation dispose, parmi les pouvoirs législatifs qui lui sont reconnus à l'égard de ses terres, du pouvoir de légiférer en matière d'«administration de la justice» (paragraphe 13.3.17)<sup>32</sup> La Première nation accepte cependant (paragraphe 13.6.3) de ne pas exercer ce pouvoir d'une manière unilatérale pendant une période de 10 ans. Pendant ce temps, le pouvoir ne peut être exercé qu'en conformité avec une entente conclue avec les gouvernements fédéral et territorial. Les ententes (paragraphe 13.6.1) obligent la Première nation et les deux gouvernements à négocier une entente sur l'administration de la justice. Une fois cette entente négociée, la Première nation exercerait son pouvoir en matière d'administration de la justice de manière à donner effet à l'entente. Jusqu'à la conclusion d'une entente — et dans le cas où les parties ne réussiraient pas à se mettre d'accord —, des règles provisoires (établies au paragraphe 13.6.4) régissent l'application des lois édictées par les Premières nations, la compétence des tribunaux et l'exécution des peines. Ces règles provisoires doivent être remplacées par une entente relative à l'administration de la justice, mais si une telle entente n'est pas conclue, elles cesseront de s'appliquer à l'expiration de la période de 10 ans (paragraphe 13.6.6). À ce moment-là, la Première nation exercera pleinement sa compétence en matière d'administration de la justice. En revanche, si une entente est alors en vigueur, il va de soi que la Première nation devra s'y conformer.

## JUSTICIABILITÉ DE L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE

Une fois conclues les ententes sur l'autonomie gouvernementale, des différends de toutes sortes surgiront inévitablement quant à leur interprétation, leur application ou leur mise en oeuvre. Et même avant, il y aura des conflits sur l'étendue de la compétence gouvernementale autochtone et sur des questions fiscales. Bon nombre de ces différends soulèveront des questions d'ordre juridique et, partant, ressortiront à la compétence des tribunaux fédéraux ou provinciaux (ou territoriaux). Or, à moins qu'on institue des juridictions spéciales pour connaître des aspects juridiques des ententes sur l'autonomie gouvernementale — ce qui serait constitutionnellement possible mais complexe —, ces différends seront soumis à des tribunaux canadiens. Leur charge de travail devrait s'en trouver sensiblement accrue et la mise en place de l'autonomie gouvernementale suscitera à coup sûr de nouveaux défis juridiques pour eux. Il conviendrait donc de mettre sur pied, dès à présent, à l'intention de la magistrature, des programmes de formation permanente dans le domaine des droits ancestraux et issus de traités, ainsi que des programmes visant à favoriser le recrutement de juges autochtones.

Dans le contexte plus large du règlement des différends, nous prévoyons que les conflits qui surgiront durant la période de transition se présenteront tant au sein de la communauté autochtone qu'à l'extérieur de celle-ci. Les différends internes opposent des citoyens des collectivités autochtones, ou encore des citoyens et des gouvernements autochtones. Ils peuvent être de nature pénale ou civile (et notamment familiale), et ils supposent l'établissement, dans les arrangements sur l'autonomie gouvernementale, de mécanismes de règlement des différends au sein de la collectivité. Les différends externes, quant à eux, sont ceux qui opposent des citoyens de la communauté autochtone

et des gouvernements non autochtones, ou encore des gouvernements autochtones et des gouvernements non autochtones. Sans doute les peuples autochtones souhaiteraient-ils se donner des systèmes judiciaires qui statueront sur les relations internes entre leurs citoyens résidant sur leurs territoires, et dans certains cas les non-résidents et les visiteurs (le cas du Yukon en est du reste un exemple). Il y a lieu, cependant, d'essayer de prévoir dès maintenant de quelle façon les différends externes seront résolus.

Jusqu'ici, tous les différends qui ont surgi entre des peuples autochtones et des gouvernements ont été soumis aux tribunaux canadiens. Mais comme les problèmes seront plus complexes et plus spécialisés pendant la négociation ou la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale, le recours aux tribunaux canadiens ne saurait constituer la solution la plus rentable pour le règlement de ces différends<sup>33</sup> On a par ailleurs mis en doute l'opportunité de leur confier le règlement des différends entre des peuples autochtones et le gouvernement, à cause du caractère interculturel de ces différends et du fait que les tribunaux ne reflètent pas la culture autochtone, ni même un rapport de forces égal entre autochtones et non-autochtones au sein de la société canadienne<sup>34</sup> Pour notre part, nous estimons préférable d'établir des mécanismes visant à faciliter le règlement des différends sans recours aux tribunaux judiciaires, dans un cadre d'où sont exclus l'antagonisme et le formalisme, en faisant appel à des médiateurs, des arbitres et des conseillers qui sont bien au fait de l'entente sur l'autonomie gouvernementale et des usages autochtones. Il serait opportun de soumettre à des tribunaux non judiciaires les différends qui naîtront durant les négociations et la mise en oeuvre des ententes. L'intervention d'un tribunal formé par exemple d'experts dans le domaine serait en outre intéressante du point de vue du rapport coût-efficacité et de la rapidité, et elle favoriserait le respect des

différentes traditions culturelles et juridiques des parties. Un tel tribunal pourrait être mis sur pied soit dans le cadre d'une entente sur l'autonomie gouvernementale, soit par un accord-cadre prévoyant des négociations sur l'autonomie gouvernementale.

Les Premières nations du Yukon, dans les ententes relatives à leurs revendications territoriales, ont établi des mécanismes de règlement des différends axés sur la médiation et la négociation. Les ententes sur leur autonomie gouvernementale précisent, au paragraphe 24.0, que ces mécanismes peuvent être utilisés dans le cas des différends ayant trait à ces ententes. Il s'agit d'une solution très intéressante, qui pourrait être reprise dans d'autres ententes.

S'il est possible de recourir à diverses formules non judiciaires de règlement des différends<sup>35</sup> pour faciliter les négociations sur l'autonomie gouvernementale et la mise en oeuvre des ententes à ce sujet, des problèmes juridiques se présenteront inévitablement de temps à autre, qui devront être tranchés par les tribunaux judiciaires. On peut présumer que le tribunal canadien saisi d'un différend concernant l'étendue de l'autonomie gouvernementale ou d'autres questions juridiques connexes abordera cette tâche en interprétant la Constitution dans le même esprit que dans les causes portant sur les droits garantis par la Charte (une interprétation large et libérale, fondée sur les buts visés par les textes en cause). Cela signifie qu'il examinerait le but visé par l'instauration de l'autonomie gouvernementale et tiendrait compte de la nécessité de respecter les droits ancestraux et issus de traités qui sont protégés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le fait que les peuples autochtones se trouvent en situation de vulnérabilité dans leurs rapports avec la Couronne, étant donné que celle-ci est plus puissante sur le plan politique et qu'elle dispose de ressources supérieures, amènerait par ailleurs le tribunal à examiner la conduite du gouvernement dans ses relations avec les peuples autochtones, pour

vérifier s'il s'est pleinement acquitté de ses obligations en tant que fiduciaire.

## FINANCEMENT DE L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE

Pour prendre tout leur sens, l'autonomie gouvernementale et les compétences autochtones doivent s'appuyer sur un financement adéquat. Cela signifie que les gouvernements autochtones devraient avoir accès aux mêmes moyens que les autres gouvernements : perception d'impôts et de taxes, transferts de la part des autres ordres de gouvernements, emprunts lorsque c'est nécessaire. Toutes ces choses devraient être précisées dans les ententes sur l'autonomie gouvernementale.

### *Taxation*

La *Loi constitutionnelle de 1867* (qui est absolument silencieuse sur la question des gouvernements autochtones) confère des pouvoirs de taxation au Parlement fédéral et aux assemblées législatives provinciales. Elle distingue la taxation directe et la taxation indirecte. Les taxes et impôts directs sont ceux que la personne assujettie ne peut normalement pas «refiler» à une autre personne. Sont considérés comme de la taxation directe l'impôt sur le revenu, l'impôt foncier et les taxes de vente (à la condition que la taxe soit exigée du consommateur, et non du vendeur). Les taxes indirectes sont celles que la personne assujettie peut normalement se faire rembourser d'une manière telle qu'il est difficile d'identifier les personnes qui au bout du compte se trouvent à les payer. Les droits de douane et les taxes d'accise relèvent de la taxation indirecte, puisqu'on s'attend à ce que l'importateur ou le fabricant les inclue dans le prix qu'il demande pour le produit importé ou fabriqué et que c'est au bout du compte le consommateur qui devra en supporter le coût.

Selon la *Loi constitutionnelle de 1867*, les provinces n'ont d'une manière générale le droit de prélever que des taxes et impôts directs : on a estimé qu'elles ne devraient pas être autorisées à exporter le fardeau de leurs taxes aux résidents d'autres provinces, le Parlement fédéral étant en revanche autorisé à recourir à la taxation tant indirecte que directe<sup>36</sup>. Comme les deux ordres de gouvernement ont le pouvoir de percevoir des taxes et impôts directs, le contribuable se voit souvent placé dans la situation où il doit payer des impôts à deux gouvernements. Dans le cas de l'impôt sur le revenu des particuliers, le gouvernement fédéral a conclu des accords avec neuf des 10 provinces, en vertu desquels il accepte de percevoir la part provinciale de l'impôt, les provinces s'engageant quant à elles à utiliser la même assiette fiscale que celle de l'impôt fédéral. Cela évite au contribuable d'avoir à produire deux déclarations d'impôts avec des renseignements et des calculs différents.

Des impôts sont également prélevés à l'échelon municipal, en vertu des pouvoirs délégués aux municipalités par les provinces ou les territoires. L'impôt municipal le plus courant est l'impôt sur les immeubles.

La solution la plus logique, en ce qui concerne les pouvoirs de taxation des autochtones, consisterait à conférer aux peuples autochtones les mêmes pouvoirs que ceux dont disposent les provinces en matière de taxation directe. Ce n'est pourtant pas ce qui se passe dans le cas des bandes régies par la *Loi sur les Indiens*, qui, selon l'alinéa 83(1)a) de cette loi, ont le pouvoir de percevoir des impôts fonciers semblables à ceux que prélèvent les municipalités, sous réserve de l'approbation du ministre des Affaires indiennes. La *Loi sur l'autonomie gouvernementale de la bande indienne sechelte* confère un pouvoir de taxation analogue

au pouvoir prévu par la *Loi sur les Indiens*, mais sans exiger l'approbation du ministre.

Les ententes sur l'autonomie gouvernementale des Premières nations du Yukon, au paragraphe 14.0, confèrent aux Premières nations non seulement le pouvoir de prélever des impôts fonciers, mais aussi celui de prélever des impôts directs auprès de leurs citoyens, sur le territoire visé par le règlement. Elles prévoient cependant que les Premières nations concluront des ententes fiscales avec le gouvernement du Yukon, de façon qu'il y ait un partage de l'«espace» fiscal et une coordination générale entre les systèmes fiscaux des deux gouvernements. C'est seulement en vertu de ces ententes inter-gouvernementales que les premières nations obtiendraient le pouvoir de lever d'autres impôts ou taxes que l'impôt foncier auprès des non-autochtones (personnes physiques et morales) qui se trouvent sur le territoire visé par le règlement. Aucune entente sur le partage fiscal relatif au territoire du Yukon n'a encore été conclue; de telles ententes pourraient toutefois prévoir, par exemple, l'établissement d'un organisme unique chargé de la perception des impôts institués par le Yukon et par la Première nation, ou encore préciser les taux d'imposition fixés par chaque gouvernement, de façon que les obligations relatives aux déclarations fiscales et le fardeau total de la fiscalité demeurent dans des limites raisonnables et prévisibles<sup>37</sup>

### *Paiements de transfert*

Même en jouissant de pleins pouvoirs en matière de taxation directe, la plupart des collectivités autochtones ne disposeront pas de l'assiette fiscale qui leur permettrait de percevoir des recettes suffisantes pour fournir les services auxquels sont en droit de s'attendre des citoyens du Canada. C'est du reste le cas des provinces «pauvres» et des deux

territoires, qui sont des bénéficiaires nets des paiements de transfert fédéraux. Voici le texte du paragraphe 36(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* :

Le Parlement et le gouvernement du Canada prennent l'engagement de principe de faire des paiements de péréquation propres à donner aux gouvernements provinciaux des revenus suffisants pour les mettre en mesure d'assurer les services publics à un niveau de qualité et de fiscalité sensiblement comparables.

Cette disposition fixe une norme relative aux paiements de transfert fédéraux aux provinces, mais elle n'apporte aucune précision en ce qui concerne les territoires, ou les gouvernements autochtones.

Lors des pourparlers qui devaient aboutir à l'Accord de Charlottetown, les organisations autochtones ne sont pas parvenues à faire modifier le paragraphe 36(2) de façon à ce que son application soit étendue aux gouvernements autochtones. L'Accord prévoyait plutôt (article 50) que la question du financement de l'autonomie gouvernementale serait réglée dans un accord politique ultérieur. Cet accord politique «engagerait [...] les gouvernements fédéral et provinciaux à l'égard du principe consistant à fournir aux gouvernements autochtones les ressources financières et autres, telles que fonds de terre, pour les aider à diriger leurs propres affaires». L'Accord de Charlottetown (à l'article 50 toujours) précisait explicitement que les gouvernements autochtones devaient être capables de «fournir des services publics essentiels de niveau raisonnablement comparable à ceux offerts aux autres Canadiens dans les environs». On y reconnaissait donc explicitement le principe que les paiements de transfert aux gouvernements autochtones devaient être suffisants pour permettre à ces derniers de fournir des services publics d'une qualité semblable à ceux que fournissent les autres ordres de gouvernement. Cette norme devrait se retrouver dans les ententes financières conclues avec les peuples autochtones.

### *L'exemple du Yukon*

Les ententes sur l'autonomie gouvernementale des premières nations du Yukon, dont les clauses ont été établies avant l'Accord de Charlottetown, obligent le Canada (paragraphe 16.0) à négocier un «accord de transfert financier en matière d'autonomie gouvernementale» avec chaque Première nation, «en vue de [lui] fournir [...] les ressources qui lui permettront d'assurer des services publics à des niveaux raisonnablement comparables à ceux qui ont généralement cours au Yukon et ce, également à des niveaux d'imposition raisonnablement comparables». Les termes utilisés sont manifestement inspirés du paragraphe 36(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et la mention du Yukon (ainsi que d'autres dispositions, en particulier le paragraphe 16.4.4) invite les négociateurs à penser à la formule utilisée pour le financement du gouvernement du Yukon. Le financement des gouvernements des Premières nations proviendrait inévitablement, en partie, des transferts existants dont bénéficie le gouvernement du Yukon, du fait que des services qui étaient fournis par le Yukon le seront dorénavant par la Première nation. Mais les ententes sur l'autonomie gouvernementale prévoient (paragraphe 18.1) que la diminution du financement accordé par le fédéral au Yukon ne doit pas être importante au point d'entraîner une quelconque réduction de l'étendue ou de la qualité des services fournis par le Yukon à ses résidents non autochtones.

Les ententes sur l'autonomie gouvernementale des Premières nations du Yukon comportent des clauses (paragraphe 24) qui s'appliquent dans le cas où on ne parviendrait pas à s'entendre sur les modalités de l'accord de transfert financier en matière d'autonomie gouvernementale. Dans cette éventualité, l'une ou l'autre des parties peut soumettre la question au mécanisme de médiation prévu par

l'entente sur les revendications territoriales; en cas d'échec de cette médiation, le différend peut être soumis à une procédure d'arbitrage, elle aussi prévue par l'entente sur les revendications territoriales.

Les questions relatives aux compétences doivent être réglées dans une entente sur l'autonomie gouvernementale, mais seul le financement adéquat de cette autonomie peut garantir que le gouvernement autochtone deviendra opérationnel. Le modèle retenu au Yukon montre une des voies possibles, et il ne fait aucun doute que la pleine mise en oeuvre du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale suppose une combinaison de pouvoirs de taxation et de paiements de transfert.

## STATUT DES ENTENTES SUR L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE

### *Protection contre les modifications unilatérales*

Il était prévu dans l'Accord de Charlottetown (article 46) que les ententes sur l'autonomie gouvernementale entraîneraient la création de droits issus de traités visés par la protection constitutionnelle établie au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Du fait du paragraphe 35(1), et aussi par suite de la reconnaissance expresse du droit inhérent, les gouvernements autochtones auraient formé au sein de la fédération canadienne un «ordre de gouvernement» protégé par la Constitution. Le rejet de l'Accord de Charlottetown signifie que ces dispositions ne figurent pas dans la Constitution. Sous le régime de la Constitution actuelle, sans les modifications prévues par cet accord, quelle est donc la portée juridique des ententes sur l'autonomie gouvernementale?

Une entente sur l'autonomie gouvernementale faisant partie d'un accord sur des revendications territoriales serait bien sûr protégée constitutionnellement en vertu de l'article 35. L'entente ne faisant pas partie d'un semblable accord serait, du moins dans la mesure où elle ne

comporte aucune stipulation contraire, un traité moderne, lui aussi protégé constitutionnellement en vertu de l'article 35. Il ne fait pas de doute que l'«échange de promesses solennelles» est un traité, même s'il n'emporte aucune cession de terres<sup>38</sup> Par ailleurs, il ressort clairement du paragraphe (3) de l'article 35 que ce dernier s'applique aux traités postérieurs à 1982; la mention au paragraphe (3) des «accords sur des revendications territoriales» n'exclut pas les autres types de traités modernes. Il s'ensuit qu'une entente sur l'autonomie gouvernementale entraînerait la création de «droits issus de traités» faisant l'objet de la protection constitutionnelle conférée par l'article 35. Cela signifie que les tribunaux jugeraient inconstitutionnelle toute tentative du Parlement du Canada ou d'une assemblée législative provinciale (ou territoriale) visant à modifier les clauses d'une entente sur l'autonomie gouvernementale sans le consentement de la Première nation concernée.

La politique actuelle du gouvernement du Canada consiste à refuser d'assimiler les ententes sur l'autonomie gouvernementale à des traités. Cette politique, inconciliable avec la mise en oeuvre efficace de l'autonomie gouvernementale, doit être réexaminée. Les ententes finales avec une Première nation du Yukon stipulent que les ententes sur l'autonomie gouvernementale ne doivent pas être considérées comme entraînant la création de droits issus de traités visés à l'article 35. La politique du gouvernement fédéral, antérieure à l'Accord de Charlottetown, était fondée sur l'espoir qu'il serait possible de préciser la nature constitutionnelle de l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones dans une modification constitutionnelle globale. L'échec de l'Accord de Charlottetown ayant annihilé cet espoir, nous pensions qu'il entraînerait l'abandon de la politique en question. Mais cela ne s'est pas produit : elle est toujours en vigueur. Le refus d'assimiler les ententes sur l'autonomie gouvernementale à des traités a été consacré par l'insertion, dans les ententes sur l'autonomie gouvernementale (ou, dans

le cas du Yukon, dans une entente sur les revendications territoriales qui comprend ou prévoit une entente sur l'autonomie gouvernementale), d'une clause dans laquelle le gouvernement fédéral et la Première nation concernée reconnaissent que l'entente sur l'autonomie gouvernementale ne doit pas entraîner la création de droits issus de traités au sens de l'article 35. On estime que ce type de clause fait effectivement en sorte que de telles ententes ne peuvent être assimilées à des traités au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Une entente sur l'autonomie gouvernementale que les parties ont expressément convenu de ne pas considérer comme un traité peut tout de même faire l'objet d'une protection constitutionnelle. C'est que l'article 35 protège les droits ancestraux des peuples autochtones aussi bien que leurs droits issus de traités, et que le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale est un tel droit ancestral. Il est donc permis de conclure que les ententes sur l'autonomie gouvernementale donnent une forme et une structure au droit des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale. Mais ce ne sont pas elles qui en sont à l'origine, puisqu'il est inhérent. Les ententes sont nécessaires, parce que, au *xx<sup>e</sup>* siècle, les gouvernements autochtones doivent coexister avec des gouvernements fédéral et provinciaux (ou territoriaux); ces textes établissent, entre autres choses, des règles mutuellement acceptables destinées à régir la relation entre les trois ordres de gouvernement. Il n'en demeure pas moins, cependant, que la Première nation qui adopte des lois et exerce d'autres pouvoirs relevant de l'autonomie gouvernementale exerce un pouvoir inhérent qui est protégé par l'article 35. Si tel est bien le cas, toute tentative de la part du Parlement du Canada ou de l'assemblée législative d'une province (ou d'un territoire) en vue de modifier les clauses d'une entente sur l'autonomie gouvernementale sans le consentement de la Première nation concernée serait jugée inconstitutionnelle par les tribunaux.

Nous arrivons donc à la conclusion que les ententes sur l'autonomie gouvernementale que les parties ont expressément refusé d'assimiler à des traités peuvent malgré tout être protégées par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, à titre d'expression des droits ancestraux des peuples autochtones. C'est à notre avis une autre raison qui devrait amener le gouvernement fédéral à reconsidérer sa politique en la matière. Il ne sert en effet à rien de ne pas les assimiler à des traités si, de toute façon, le droit à l'autonomie gouvernementale, tel qu'il est élaboré par les ententes, jouit d'une protection constitutionnelle. Nous avons déjà mentionné que le gouvernement fédéral aurait préféré (à juste titre, sans doute) une modification constitutionnelle générale portant sur l'autonomie gouvernementale — solution à laquelle on semblait du reste être parvenu à Charlottetown, mais qui paraît maintenant hors de portée. Dans ces conditions, le mieux est sans doute de reconnaître que les ententes sur l'autonomie gouvernementale constituent bel et bien des «traités». Ainsi, l'ordre de gouvernement autochtone bénéficiera de la protection constitutionnelle inscrite dans l'article 35. Il serait dès lors impossible au Parlement fédéral d'apporter unilatéralement des modifications à une entente sur l'autonomie gouvernementale<sup>39</sup>; les modifications devraient être faites selon la procédure prévue à cette fin dans l'entente, qui exigerait de toute évidence le consentement de la Première nation concernée.

### *Application aux tiers*

Même lorsque l'autonomie gouvernementale d'un peuple autochtone jouit de la protection constitutionnelle établie à l'article 35 — soit parce qu'elle repose sur un traité, soit parce qu'elle représente l'exercice d'un droit ancestral —, il est souhaitable que le Parlement du Canada, et peut-être aussi l'assemblée législative provinciale (ou territoriale),

adopte un texte de loi relatif à la mise en oeuvre de l'entente implicite sur l'autonomie gouvernementale. (C'est également vrai dans le cas des ententes sur des revendications territoriales<sup>40</sup>.) L'adoption d'un texte législatif permet d'avoir la certitude que l'entente sur l'autonomie gouvernementale (et, partant, tous les pouvoirs du gouvernement autochtone) a force obligatoire pour les tiers. Sans texte législatif, les personnes (physiques ou morales) non autochtones auxquelles une loi autochtone s'applique pourraient faire valoir qu'elles n'étaient pas tenues de s'y conformer, parce qu'elles n'étaient pas parties à l'entente dans laquelle a été définie la portée du pouvoir législatif du gouvernement autochtone. L'adoption d'un texte de loi empêche le recours à cet argument, puisqu'un tel texte a de toute évidence force obligatoire pour les non-autochtones comme pour les autochtones (sous réserve de l'article 35)<sup>41</sup>

#### LIMITES DE L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE AUTOCHTONE

Comme les autres gouvernements modernes, les gouvernements autochtones sont soumis à des limitations de différents types. Ces limitations sont externes et internes. Dans la catégorie des limitations externes figurent la *Charte canadienne des droits et libertés* et les normes internationales établies en matière de droits de la personne. Dans la catégorie des limitations internes, on peut citer celles qui sont imposées par les constitutions et les lois des peuples autochtones eux-mêmes, qui doivent prévoir l'existence de mécanismes favorisant l'équilibre des pouvoirs : procédures relatives au contrôle financier et à l'obligation de rendre des comptes, normes en matière de conflits d'intérêts, éthique des fonctionnaires... Certains de ces mécanismes internes sont peut-être, en un certain sens, étrangers aux cultures et aux traditions autochtones, mais les notions de devoir public et de

responsabilité publique sont essentielles au bon gouvernement, surtout dans une période de transition entre le régime de la *Loi sur les Indiens* et l'instauration de l'autonomie gouvernementale. À notre époque, l'établissement de règles relatives à la responsabilité financière et aux conflits d'intérêts forme la base même d'un gouvernement responsable, obligé de rendre compte de son action<sup>42</sup>

### *Charte canadienne des droits et libertés*

Les leaders autochtones, en particulier ceux des Premières nations, ont exprimé des réserves au sujet de l'application de la Charte aux gouvernements autochtones. Ces réserves tiennent à deux raisons. Tout d'abord, la Charte a été conçue sans la participation ni le consentement des peuples autochtones, et elle ne s'accorde pas avec leur culture, leurs valeurs et leurs traditions. Ensuite, la Charte suppose que les conflits relatifs aux droits fondamentaux doivent être réglés devant les tribunaux canadiens, selon une procédure fondée sur la notion d'antagonisme. Or, on pense que cette formule de règlement des différends risque de saper les méthodes autochtones de règlement des conflits, que l'on commence seulement à réhabiliter. Par contre, certaines organisations de femmes autochtones, telle la Native Women's Association of Canada, font valoir avec force que la Charte doit s'appliquer à tous les gouvernements autochtones, afin de garantir le respect des normes établies en matière de droits de la personne.

Le dialogue se poursuit sur cette question. Mais, pour de nombreux autochtones, l'application de la Charte est carrément inopportune parce que ce texte ne reflète ni les valeurs autochtones, ni les mécanismes autochtones de règlement des différends. Cela ne veut pas dire que les autochtones ne se soucient aucunement du respect des droits individuels et de la sécurité des personnes sous le régime de

gouvernements autochtones. L'opposition tient davantage aux quatre raisons suivantes : la Charte fait passer les garanties juridiques qui y sont énoncées avant les droits sociaux et économiques qui n'y sont pas garantis; l'accent y est mis davantage sur les droits que sur les responsabilités; on n'y accorde pas beaucoup d'importance aux droits collectifs; les mécanismes d'application de la Charte sont axés sur l'action en justice. Voilà quelques-unes des caractéristiques de la Charte qui sont étrangères à nombre de collectivités autochtones. La solution réside peut-être, comme nous l'expliquons plus loin, dans l'élaboration d'une Charte autochtone (ou de plusieurs chartes autochtones), qui pourrait exister parallèlement à la Charte canadienne.

### *Article 32*

Il n'est pas facile de savoir dans quelle mesure exactement les gouvernements autochtones sont assujettis à la Charte. L'article 32 énonce que celle-ci s'applique «au Parlement et au gouvernement du Canada» et «à la législature et au gouvernement de chaque province». La Cour suprême a déclaré que cette énumération des institutions assujetties à la Charte est exhaustive<sup>43</sup>. L'article 32 n'envisage pas l'existence d'un ordre de gouvernement autochtone. C'est la raison pour laquelle le projet de texte juridique de l'Accord de Charlottetown proposait (à l'article 26) que l'article 32 soit modifié de façon qu'il y soit expressément déclaré que la Charte s'applique également «à tous les corps législatifs et gouvernements des peuples autochtones du Canada».

Malgré le silence de l'article 32 au sujet des gouvernements autochtones, il est probable que les tribunaux arriveraient à la conclusion que ces gouvernements sont assujettis à la Charte<sup>44</sup>. Ce serait certainement le cas lorsque c'est un texte de loi qui a créé les institutions concrétisant l'autonomie gouvernementale ou leur a conféré

leurs pouvoirs, du fait que la Charte s'applique à tous les organismes exerçant des pouvoirs conférés par des dispositions législatives<sup>45</sup>

Quand les institutions par le truchement desquelles s'exerce l'autonomie gouvernementale ont été créées par le peuple autochtone et que leurs pouvoirs découlent d'une entente sur l'autonomie gouvernementale, la source des pouvoirs relatifs à l'autonomie gouvernementale est probablement un droit issu d'un traité (si l'entente sur l'autonomie gouvernementale est assimilée à un traité) ou un droit ancestral (droit inhérent à l'autonomie gouvernementale), ou les deux à la fois. Mais même dans ce cas, comme nous l'avons signalé, l'entente sur l'autonomie gouvernementale doit être complétée par un texte législatif afin qu'il soit établi clairement qu'elle a force obligatoire pour les tiers. La loi en vertu de laquelle l'entente sur l'autonomie gouvernementale est mise en application constitue sans doute alors une participation suffisante du Parlement du Canada pour entraîner l'application de la Charte.

### *Article 25*

Si l'on présume que la Charte est applicable aux gouvernements autochtones, il faut se demander quel est l'effet de l'article 25, suivant lequel le fait que la Charte garantit certains droits et libertés «ne porte pas atteinte aux droits ou libertés — ancestraux, issus de traités ou autres — des peuples autochtones du Canada». L'article 25 a pour principal objet de préciser que l'interdiction de la discrimination raciale à l'article 15 de la Charte n'a pas pour effet de supprimer les droits ancestraux ou issus de traités que possèdent une catégorie de personnes définie en fonction de la culture ou de la race. En d'autres mots, il vise à protéger les peuples autochtones contre une diminution de leurs droits (ancestraux ou issus de traités) dans les situations où des non-

autochtones pourraient contester le statut et les droits particuliers dont jouissent les autochtones en invoquant les garanties relatives à l'égalité. Mais comme les rédacteurs de la Charte n'ont pas envisagé la création de gouvernements autochtones, il est difficile de dire dans quelle mesure les tribunaux pourraient conclure que l'article 25 soustrait à l'application de la Charte l'exercice par les autochtones de l'autonomie gouvernementale.

À notre avis, les tribunaux ne concluraient vraisemblablement pas que l'article 25 donne aux gouvernements autochtones une immunité totale face à la Charte, même lorsque les pouvoirs exercés par ces gouvernements découlent d'un traité ou d'un droit ancestral (le droit inhérent). Il demeure néanmoins vraisemblable que certaines de leurs actions échapperaient à l'application de la Charte en vertu de l'article 25, et que les tribunaux interpréteraient la Charte en respectant et en prenant en compte la culture et les traditions des autochtones. Les gouvernements autochtones pourraient être soustraits à l'application de la Charte quand, par exemple, ils prennent des mesures en vue de mettre en oeuvre ou de régler des droits — ancestraux ou issus de traités — qui ont trait à la cueillette, à la chasse, à la pêche ou à la gestion des terres et des ressources autochtones. Dans ce cas, en effet, les autorités autochtones invoquent non seulement un droit relatif à la fonction gouvernementale mais également un autre droit, ancestral ou issu de traités.

Les tribunaux arriveraient sans doute à des interprétations de la Charte compatibles avec les cultures et les traditions autochtones dans les situations où des normes différentes s'appliquent et où cette différence est intimement liée à une politique fondée sur la culture de la collectivité autochtone. Dans le cas, par exemple, où serait institué à l'égard des jeunes délinquants un système de justice autochtone dans lequel on ne met pas un avocat à la disposition des «inculpés»,

conclurait-on à l'inconstitutionnalité à cause de cette atteinte aux garanties juridiques établies en faveur des inculpés? Dans la mesure où le système de justice en cause est conforme à la culture et aux traditions autochtones, l'article 25 empêcherait que de telles pratiques soient attaquées au nom des valeurs exprimées dans les garanties juridiques énoncées dans la Charte. Autrement dit, on donnerait à ces garanties une nouvelle interprétation, à la lumière de la culture et des traditions autochtones.

L'important, c'est que l'application de la Charte, compte tenu de l'article 25, ne devrait pas obliger les gouvernements autochtones à suivre les politiques des gouvernements fédéral et provinciaux ni à imiter leur style de gouvernement. L'article 25 permet aux gouvernements autochtones d'élaborer des programmes et des lois qui sont différents, pour des raisons culturelles légitimes, et de convaincre les tribunaux que ces raisons sont valables, dans le cas d'une contestation fondée sur la Charte. L'article 25 donnerait aux gouvernements autochtones la possibilité de protéger, de préserver et de promouvoir l'identité de leurs citoyens par le truchement d'institutions, de normes et de pratiques gouvernementales tout à fait particulières.

### *Chartes des droits autochtones*

Les incertitudes dont nous avons fait état quant à l'application de la Charte aux gouvernements autochtones seraient atténuées si les autochtones se donnaient leurs propres chartes des droits. Étant donné les différences culturelles des collectivités autochtones et la nécessité de rompre la tradition suivant laquelle on leur impose des normes et des instruments juridiques, ce sont les peuples autochtones eux-mêmes qui devraient définir les restrictions touchant les pouvoirs de leurs gouvernements. Les autochtones ont discuté de la possibilité d'instituer

des chartes parallèles qui, du point de vue de leur application aux gouvernements autochtones, remplaceraient la Charte canadienne ou coexisteraient avec elle.

Il faut bien reconnaître que l'élaboration d'une charte autochtone unique serait très ardue, en raison de la diversité des peuples autochtones. Il y en aurait vraisemblablement plusieurs. Nous ne devons pas oublier, par ailleurs, qu'il serait extrêmement difficile (voire impossible) d'obtenir les modifications à la Constitution du Canada qui seraient nécessaires pour que ces chartes autochtones remplacent en quelque sorte la Charte canadienne, à l'égard des autochtones. C'est pourquoi nous recommandons que chaque groupe métis, inuit ou appartenant aux Premières nations élabore ses propres dispositions en matière de droits de la personne dans le cadre de sa propre constitution. Ces dispositions assureraient la protection des droits jugés primordiaux dans chaque collectivité; elles pourraient également prévoir les mécanismes de règlement des éventuels différends en matière de droits de la personne. En l'absence d'une modification constitutionnelle, ces dispositions ne pourraient supplanter complètement la Charte canadienne, mais elles seraient prises en compte par les tribunaux, qui seraient alors plus susceptibles (vu l'article 25) de respecter les lois adoptées et les décisions prises par un gouvernement autochtone dans le cadre de sa constitution.

## CONCLUSION

Pour que l'autonomie gouvernementale des autochtones devienne un jour réalité, il faudra de la coopération, de l'imagination et de la volonté politique. Mais selon nous, il existe très peu de véritables obstacles constitutionnels à la réalisation de cette autonomie en droit constitutionnel canadien. L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*

constitue le fondement sur lequel les peuples autochtones et le gouvernement peuvent établir des ententes relatives à l'autonomie gouvernementale qui seront protégées par la Constitution.

De nombreuses raisons militent en faveur de la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones du Canada. Sur le plan juridique, les possibilités de litiges dans ce domaine sont très nombreuses et, dans la plupart des cas, le résultat demeure imprévisible. Les enjeux sont complexes et les procédures judiciaires sont longues et dispendieuses<sup>46</sup> En outre, la solution qui se dégage à l'issue d'un litige consiste habituellement dans la poursuite des négociations : il n'est jamais arrivé aux tribunaux d'imposer une entente aux parties, et peut-être cela leur était-il impossible vu la nature des intérêts des tiers qui étaient en jeu dans certains cas. Chose certaine, toutes les parties ont intérêt à entamer des négociations qui leur permettront d'arriver à une entente fondée sur des raisonnements ne se limitant pas à la doctrine juridique et aux solutions de nature constitutionnelle. Une telle entente permettra d'obtenir la certitude dont l'absence se fait sentir d'une manière tellement évidente dans le droit relatif aux droits autochtones. La conclusion d'ententes sur l'autonomie gouvernementale suppose une modification sensible de la politique du gouvernement et l'établissement de nouvelles priorités visant au rétablissement des relations entre les peuples autochtones et le gouvernement fédéral, ainsi que les gouvernements provinciaux et territoriaux<sup>47</sup>

Le gouvernement devra repenser bon nombre de ses politiques relatives aux autochtones s'il veut faciliter le processus de négociation. Certaines politiques qui témoignent de l'attitude du gouvernement à l'égard des peuples autochtones avant l'Accord de Charlottetown doivent être revues et remplacées par des politiques qui s'accordent mieux avec l'engagement de mettre en oeuvre le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. L'exemple du Yukon, bien qu'il ne soit

pas nécessairement utile pour tous les peuples autochtones, mérite qu'on l'étudie soigneusement, non seulement en raison des solutions innovatrices qu'il contient en matière de compétences et de financement, mais aussi parce qu'il présente certains problèmes, notamment le fait que les droits établis dans les ententes ne jouissent pas de la protection accordée aux traités.

Nos conclusions, en ce qui a trait à la mise en oeuvre du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, peuvent être résumées de la façon suivante :

1. Il ne faut pas que l'échec de l'Accord de Charlottetown interrompe la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale des autochtones. En fait, le remarquable consensus atteint à Charlottetown quant à la nature du droit inhérent et quant à la façon dont il convient de procéder pour qu'il puisse s'exprimer devrait encourager la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale.
2. Bon nombre des clauses de l'Accord de Charlottetown, et à coup sûr la reconnaissance du droit inhérent et l'énoncé contextuel, pourraient être incluses dans un accord politique entre les gouvernements et les organisations autochtones. L'accord en question pourrait constituer le cadre dans lequel se dérouleraient les négociations sur l'autonomie gouvernementale. Ce cadre pourrait viser globalement tous les peuples autochtones, ou comporter des volets distincts pour les Premières nations signataires de traités et pour les peuples autochtones non signataires de traités.
3. L'autonomie gouvernementale devrait être mise en oeuvre au moyen d'ententes sur l'autonomie gouvernementale conclues entre les gouvernements et les Premières nations. La conclusion d'ententes fera en sorte que les peuples autochtones n'aurent pas à prendre d'initiatives unilatérales, qui risqueraient de susciter des différends et des litiges dont l'issue est imprévisible.
4. Les ententes sur l'autonomie gouvernementale devraient comporter une liste des pouvoirs qui sont appropriés et nécessaires à l'exercice de la fonction gouvernementale par le peuple autochtone. Ces pouvoirs peuvent être exclusifs dans certains cas et concurrents dans d'autres. Certains d'entre eux

peuvent être fondés sur une compétence personnelle relative à un peuple autochtone donné, d'autres sur une compétence territoriale relative au territoire d'un peuple autochtone. Une compétence relative aux situations d'urgence peut également s'avérer nécessaire.

5. Les ententes sur l'autonomie gouvernementale doivent comporter des dispositions transitoires prévoyant l'application des lois d'application générale pendant la période initiale, avant qu'un peuple autochtone ait édicté ses lois et commencé à assumer les responsabilités prévues par l'entente.
6. Les ententes sur l'autonomie gouvernementale doivent comporter des dispositions visant à régler les désaccords entre les lois d'un peuple autochtone et les lois d'application générale. Ces dispositions préciseront quels types de lois l'emportent en cas de conflit.
7. Les ententes sur l'autonomie gouvernementale peuvent comporter des dispositions relatives à la coordination des politiques d'un peuple autochtone et des politiques des gouvernements fédéral ou provinciaux (ou territoriaux) dans les domaines où la compétence est concurrente. L'administration de la justice et la taxation sont deux domaines où le partage des ressources et une entente sur les politiques communes risquent d'être avantageux pour les peuples autochtones.
8. Les ententes sur l'autonomie gouvernementale devraient préciser que les tribunaux sont compétents pour statuer sur les questions de droit que suscite leur interprétation ou leur application. On devrait prévoir, dans les ententes, notamment dans les ententes-cadres, d'autres mécanismes susceptibles d'être utilisés pour le règlement des différends relatifs au processus et à la mise en oeuvre du droit à l'autonomie gouvernementale.
9. Les ententes sur l'autonomie gouvernementale doivent prévoir le financement adéquat des gouvernements autochtones par la taxation et par les transferts provenant des autres ordres de gouvernement.
10. Les ententes sur l'autonomie gouvernementale doivent jouir d'une protection constitutionnelle, afin qu'elles ne puissent être modifiées unilatéralement par le Parlement fédéral ou une assemblée législative provinciale. Cela n'exige pas une

modification constitutionnelle, puisque toute entente sur l'autonomie gouvernementale peut être considérée comme un traité moderne visé par la protection établie à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le gouvernement fédéral doit cesser de refuser d'assimiler à des traités les ententes sur l'autonomie gouvernementale.

11. Les ententes sur l'autonomie gouvernementale, même si elles jouissent d'une protection constitutionnelle, devraient tout de même être mises en application par des textes législatifs fédéraux et peut-être provinciaux (ou territoriaux) afin qu'il soit bien clair que les clauses qu'elles renferment ont force obligatoire auprès des tiers qui n'y ont pas adhéré.
12. La *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique probablement aux gouvernements autochtones. Les tribunaux, néanmoins, concluraient sans doute qu'elle permet aux peuples autochtones d'appliquer des politiques fondées sur leur culture qui, tout en respectant les droits individuels, diffèrent des pratiques des gouvernements fédéral ou provinciaux.
13. Tous les peuples autochtones devront adopter des constitutions où seront établies les institutions qui exerceront les pouvoirs relevant de l'autonomie gouvernementale. Ces constitutions pourront comporter une charte des droits adaptée aux valeurs et aux aspirations du peuple autochtone concerné. Toute charte autochtone devra jouir de l'appui du peuple autochtone et pourrait être interprétée parallèlement à la *Charte canadienne des droits et libertés*, à laquelle elle ne se substituerait cependant pas.

## NOTES

Les auteurs tiennent à souligner l'appui de la Commission, qui les a en outre autorisés à publier cette étude de manière indépendante. Ils expriment également leur gratitude à Douglas Brown, David Hawkes, Paul Joffe, Patrick Monahan, Arthur Pape et Brian Slattery, qui leur ont communiqué leurs observations après avoir lu une version préliminaire de l'étude.

Peter W. Hogg est professeur de droit à Osgoode Hall (Université York). Il était l'un des conseillers juridiques de l'Assemblée des premières nations durant les négociations qui ont abouti à l'Accord de Charlottetown et il a fait fonction de conseiller auprès du Conseil des Indiens du Yukon sur les aspects constitutionnels des ententes sur les

revendications territoriales et l'autonomie gouvernementale. Mary Ellen Turpel est professeur agrégé de droit à la Dalhousie Law School. Elle était l'avocate principale de l'Assemblée des premières nations lors des négociations qui ont conduit à l'Accord de Charlottetown; elle continue à conseiller les organisations des premières nations en matière de droits ancestraux et de droits issus de traités.

1. Dans cette étude, l'expression «peuples autochtones» désigne collectivement les premières nations (les Indiens), les Inuit et les Métis. Quand il est question de négociations ou d'accords spécifiques, nous employons des termes plus précis.
2. Commission royale sur les peuples autochtones, *Partenaires au sein de la Confédération : Les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution* (Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services, 1993).
3. Déclaration du chef libéral Jean Chrétien à Saskatoon (Saskatchewan) le 8 octobre 1993, qui dévoilait la plate-forme du Parti libéral du Canada à l'égard des peuples autochtones. Le livre rouge du Parti libéral, (Parti libéral du Canada, *Pour la création d'emplois, pour la relance économique*, 1993, p. 2) contient plusieurs engagements d'une extrême importance, dont celui-ci : «L'action des libéraux aura pour principe que l'autonomie gouvernementale est un droit inhérent aux peuples autochtones et un droit issu des traités [au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*]».
4. Par exemple, nous ne traiterons pas des arguments fondés sur la relation du type «nation à nation» entre les peuples autochtones et la Couronne ou sur le droit et la spiritualité autochtones, ni de la notion d'autodétermination en droit international.
5. «Rapport du consensus sur la Constitution», Charlottetown, 28 août 1992, p. 14 [ci-après Rapport du consensus].
6. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. Dans cet arrêt unanime de la Cour suprême du Canada, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont reconnu expressément le droit d'un membre de la bande indienne des Musqueams de pêcher le saumon dans le Fraser, «où ses ancêtres avaient pêché depuis des temps immémoriaux».
7. B. Slattery, «The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights» (1983) 8 *Queen's Law Journal* 232, p. 242. Voir également

Slattery, «Understanding Aboriginal Rights» (1987) 66 *R. du B. can.* 314.

8. Seules des discussions politiques peuvent permettre de régler adéquatement les questions ayant trait à la compétence, au financement et à la coopération intergouvernementale. Dans le contexte constitutionnel, la logique juridique n'a pas un caractère suffisamment général pour s'appliquer à toutes ces dimensions.
9. Selon nous, la meilleure solution consiste dans des modifications générales globales portant sur l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones. Cela contribuerait à clarifier le statut et la nature des gouvernements autochtones par rapport à l'actuelle organisation de la fédération canadienne fondée sur l'existence de compétences fédérales et provinciales. En outre, des modifications constitutionnelles globales permettraient de faire en sorte que la compétence des gouvernements autochtones n'ait pas un statut «inférieur» à celui des deux ordres de gouvernement existants, qui disposent déjà d'un solide fondement constitutionnel assorti de règles applicables en cas de conflits de compétence. Cela ne veut pas dire que les tribunaux ne concluraient pas, sans une réforme constitutionnelle, à une compétence autochtone exclusive dans certains domaines. Cependant, les litiges et les âpres conflits de compétence nécessitent l'affectation d'importantes ressources, et des modifications constitutionnelles globales permettraient des économies à cet égard.
10. «Rapport du consensus», p. 14.
11. L'Accord comportait des dispositions suivant lesquelles les peuples autochtones ayant déjà conclu des traités avec la Couronne pourraient décider, pour la mise en oeuvre de leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, d'engager un processus de révision et de mise à jour des traités.
12. Ce principe a été formulé dans l'arrêt *A.G. Ont. v. A.G. Can.* (Reference Appeal) [1912] A.C. 571, p. 583; le comité judiciaire du Conseil privé a déclaré que [TRADUCTION] «tout ce qui relève de l'autonomie gouvernementale du Canada appartient soit au Dominion, soit aux provinces, dans les limites de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*».
13. *Partenaires au sein de la Confédération*, cité à la note 2, p. 32.

14. L'expression «chacun dans sa propre sphère de compétence» a été ajoutée afin qu'il soit bien clair que les gouvernements autochtones exerceront des pouvoirs dans leur sphère de compétence. À notre avis, elle est redondante et on pourrait la supprimer sans rien enlever à la signification de l'énoncé.
15. «Rapport du consensus», pp. 14-15.
16. Union of Nova Scotia Indians, 1992. Comparution du président Alex Christmas devant la Commission royale sur les peuples autochtones, le 6 mai 1993, à Eskasoni (Nouvelle-Écosse).
17. «Rapport du consensus», p. 17.
18. L'énoncé contextuel n'impose aucune structure politique précise. C'est une question qui relève des peuples autochtones eux-mêmes. Une fois parvenus à une solution, il leur incombera de démontrer que les institutions et les structures de gouvernement jouissent de l'appui de la collectivité.
19. Nous ne prétendons aucunement que les gouvernements autochtones doivent attendre la conclusion d'accords pour exercer leur compétence. La Commission royale sur les peuples autochtones a déjà reconnu dans *Partenaires au sein de la Confédération* (cité à la note 2, p. 38) que les peuples autochtones peuvent agir immédiatement dans des domaines centraux de leur champ de compétence, sans la négociation d'ententes. Nous ne doutons pas que ce soit le cas sur le plan du droit constitutionnel. Toutefois, la voie de la négociation est la voie de la paix sociale. Elle permet d'éviter que des différends ayant trait à des questions juridiques abstraites et complexes soient portés devant les tribunaux, avec toutes les ressources que cela nécessite.
20. Par exemple, le Traité 6 oblige les chefs à maintenir la paix et l'harmonie parmi leur peuple, ainsi qu'entre leur peuple et les non-Indiens. La mise en oeuvre de cet accord paraît supposer la compétence en matière d'administration de la justice.
21. Il y a quatre ententes sur l'autonomie gouvernementale. Elles portent sur l'autonomie des premières nations de Champagne et de Aishihik, de la Première nation des Nacho Nyak Dun, du conseil des Tlingits de Teslin et de la première nation des Gwitchin Vuntut. Les quatre ont été signées à Whitehorse le 29 mai 1993 et publiées avec l'autorisation du ministre des Affaires indiennes et du

Nord canadien, par le ministre des Approvisionnement et Services du Canada.

22. *La Loi sur l'autonomie gouvernementale de la bande indienne sechelte*, S.C. 1986, c. 27, est un autre exemple d'entente sur l'autonomie gouvernementale. Cette entente a ouvert la voie, mais comme elle a été élaborée avant l'Accord de Charlottetown, il y a lieu de s'interroger sur sa pertinence pour «l'après Charlottetown». Signalons du reste que de nombreux peuples autochtones ont déclaré expressément qu'ils rejettent la solution adoptée en l'occurrence.
23. L'Accord-cadre définitif entre le gouvernement du Canada, le Conseil des Indiens du Yukon et le gouvernement du Yukon a été signé à Whitehorse le 29 mai 1993. Il a été publié en 1993 par le ministre des Approvisionnement et Services Canada avec l'autorisation du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien.
24. *Loi sur l'autonomie gouvernementale des premières nations du Yukon*, S.C. 1994, c. 35; *Loi sur l'autonomie gouvernementale des premières nations du Yukon*, L.Y. 1993, c. 5. Des textes donnant effet au règlement des revendications territoriales ont été adoptés au même moment : *Loi sur le règlement des revendications territoriales des premières nations du Yukon* S.C. 1994, c. 34; *Loi approuvant les ententes finales avec les premières nations du Yukon*, L.Y. 1993, c. 19.
25. Le fait que, au Yukon, on soit parvenu à des ententes portant à la fois sur les revendications territoriales et l'autonomie gouvernementale donne à penser que le règlement des questions liées à la terre est étroitement lié à la réalisation de progrès en matière d'autonomie gouvernementale. Il importe de s'en souvenir lorsqu'on applique la solution du Yukon à d'autres contextes.
26. Les clauses portant sur la compétence sont reproduites à l'annexe I.
27. *Construction Montcalm c. La Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754.
28. Voir A. Bissonnette, «Analyse posthume d'un accord mis à mort», (1993) *Recherches amérindiennes au Québec* 80, pp. 83-84.
29. On trouvera une analyse plus complète de la clause relative à la

paix, à l'ordre et au bon gouvernement dans P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3<sup>e</sup> éd., 1992), ch. 17.

30. La *Loi sur l'autonomie gouvernementale de la bande indienne sechelte*, note 22, prévoit aux articles 37 et 38 que les lois fédérales et provinciales d'application générale s'appliquent à la bande, à ses membres et aux terres sechelte. Les lois de la bande l'emportent cependant sur les lois provinciales, en cas d'incompatibilité. En revanche, s'il y a incompatibilité entre une loi fédérale et une loi de la bande, c'est la loi fédérale qui l'emporte. La Loi ne définissant pas l'incompatibilité, c'est sans doute l'interprétation étroite qui s'appliquerait (nécessité d'une contradiction expresse entre les deux textes).
31. Voir Commission royale sur les peuples autochtones, *Les peuples autochtones et la justice*, Rapport de la Table ronde nationale sur les questions judiciaires (Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1993)
32. Les ententes du Yukon ne reconnaissent pas la compétence des premières nations en matière de «justice criminelle», cette compétence étant à l'heure actuelle restreinte au gouvernement fédéral. Certaines premières nations peuvent souhaiter disposer tout au moins d'une compétence concurrente à l'égard de la législation pénale ainsi que de l'administration de la justice, qui relève en ce moment des gouvernements provinciaux.
33. Dans l'affaire *Delgamuukw c. Attorney-General of British Columbia* (1993) 104 D.L.R. (4th) 470 (C.A.C.-B.), le procès a duré plus de 350 jours, les audiences devant la Cour d'appel ont duré des mois et des milliers de pièces ont été produites. Ce cas n'est pas unique, et il ne fait pas de doute que les tribunaux qui doivent statuer sur de tels différends en fonction du droit traditionnel se trouvent devant une tâche démesurée. Dans *Delgamuukw*, la Cour d'appel a exprimé une très forte préférence pour le règlement politique des différends avec les autochtones. La Cour suprême du Canada, qui a autorisé un appel, a accordé un délai de 18 mois aux parties pour les inciter à chercher une entente.
34. Voir M.E. Turpel, «Aboriginal Peoples and the Canadian Charter of Rights and Freedoms: Interpretive Monopolies, Cultural Differences», (1989-90) 6 *C.H.R.Yb.* p. 3.

35. Pour être acceptable, un mécanisme de règlement des différends doit être le résultat d'une entente, refléter la culture autochtone et garantir la représentation des autochtones.
36. *Loi constitutionnelle de 1867*, paragraphes 91(3), 92(2).
37. Selon l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*, «les biens meubles d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve» sont exemptés de la taxation fédérale ou provinciale. Les tribunaux ont jugé que l'article 87 soustrait les Indiens inscrits à l'obligation de payer les taxes de vente et l'impôt sur le revenu. Cette exemption se limite aux réserves, et les tribunaux ont été amenés à essayer de définir la nature du lien qui doit exister entre un Indien et une réserve pour que cet Indien bénéficie de l'exemption. L'article 87 s'applique uniquement aux taxes et impôts fédéraux et provinciaux (ou territoriaux), et il n'empêcherait pas une première nation de percevoir des taxes auprès des Indiens inscrits vivant dans des réserves.

Les quatre premières nations du Yukon qui ont conclu des ententes sur les revendications territoriales ont décidé de renoncer à l'exemption établie à l'article 87 (Conseil des Indiens du Yukon, Accord-cadre définitif, 1993, article 20.6) moyennant le versement d'une indemnisation. Le rachat de l'exemption est reporté de trois ans, afin que la première nation ait le temps de se préparer à l'instauration de l'impôt.

L'article 87 institue une exemption fiscale pour les bandes visées par la *Loi sur les Indiens* ainsi que pour les particuliers. Il va sans dire que, sous le régime de l'autonomie gouvernementale, la première nation elle-même ainsi que les personnes morales qui en relèvent devraient continuer à être exemptées du paiement des taxes et impôts fédéraux et provinciaux. C'est du reste le cas dans la *Loi sur l'autonomie gouvernementale de la bande indienne sechelte* (article 35) et dans les ententes sur l'autonomie gouvernementale des premières nations du Yukon (paragraphe 15.0).

38. *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, p. 410.
39. Sans la protection constitutionnelle, le Parlement fédéral peut modifier unilatéralement les clauses d'une entente inter-gouvernementale : *Renvoi : Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525.

40. Andrew R. Thompson, «Land Claim Settlements in Northern Canada» (1991) 55 *Sask. L. Rev.*, p. 127.
41. Les ententes sur l'autonomie gouvernementale des premières nations du Yukon (ainsi que les ententes sur leurs revendications territoriales) ont été mises en oeuvre par le truchement de textes législatifs fédéraux et territoriaux : note 24.
42. Signalons qu'aux États-Unis, de nombreuses tribus ont établi des textes législatifs et des procédures qui s'appliquent lorsqu'on reproche au titulaire d'une charge publique d'être en situation de conflit d'intérêts. La nation navajo s'est dotée d'un bureau des conflits d'intérêts et de l'éthique au sein du gouvernement, qui statue sur les plaintes portées par des membres de la tribu et prononce des mesures de réparation en cas de manquement au code de déontologie navajo.
43. *SDGMR c. Dolphin Delivery*, [1986] 2 R.C.S. 573.
44. Kent McNeil Contra, «Aboriginal Government and the Canadian Charter of Rights and Freedoms: A Legal Perspective», avant-projet d'une étude réalisée pour la Commission royale sur les peuples autochtones, 1994.
45. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, cité à la note 29, section 34.2(b).
46. L'affaire *Delgamuukw*, évoquée à la note 33, en est un bon exemple.
47. Peut-être verrons-nous de tels changements se produire, étant donné la plate-forme du Parti libéral du Canada intitulée (*Pour la création d'emplois*, cité à la note 3). On y reconnaît le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, sans toutefois donner de détails quant aux mécanismes de mise en oeuvre. Le gouvernement libéral élu en 1993 après avoir présenté cette plate-forme n'a pas encore pris de mesures en vue de la mise en oeuvre du droit inhérent.

## ANNEXE I

### EXEMPLE TIRÉ DES ENTENTES SUR L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE DES PREMIÈRES NATIONS DU YUKON : L'ENTENTE SUR L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE DU CONSEIL DES TLINGITS DE TESLIN

#### PARTIE III

#### MESURES LÉGISLATIVES DU CONSEIL DES TLINGITS DE TESLIN

#### 13.0 Pouvoirs législatifs

- 13.1 Le conseil des Tlingits de Teslin a le pouvoir exclusif d'édicter des textes législatifs portant sur les matières suivantes :
- 13.1.1 l'administration de ses affaires ainsi que son fonctionnement et sa régie interne;
  - 13.1.2 la gestion et l'administration des droits ou avantages qui sont obtenus, conformément à l'entente définitive, par des personnes inscrites en vertu de cette entente, mais qui doivent être contrôlés par le conseil des Tlingits de Teslin;
  - 13.1.3 les questions accessoires à ce qui précède.
- 13.2 Le conseil des Tlingits de Teslin a le pouvoir d'édicter des textes législatifs portant sur les matières suivantes au Yukon :
- 13.2.1 la fourniture de programmes et services destinés aux citoyens et se rapportant à leurs croyances et pratiques spirituelles et culturelles;
  - 13.2.2 la fourniture de programmes et services destinés aux citoyens et se rapportant à leurs langues autochtones;
  - 13.2.3 la prestation de soins médicaux et de services de santé aux citoyens, sauf l'agrément et la réglementation des services offerts à partir

- d'installations situées à l'extérieur des terres visées par le règlement;
- 13.2.4 la prestation de services sociaux aux citoyens, sauf l'agrément et la réglementation des services offerts à partir d'installations situées à l'extérieur des terres visées par le règlement;
- 13.2.5 la fourniture de programmes de formation destinés aux citoyens, sous réserve, s'il y a lieu, des exigences gouvernementales en matière d'agrément;
- 13.2.6 l'adoption par des citoyens ou l'adoption de citoyens;
- 13.2.7 la tutelle, la garde, la prise en charge et le placement des enfants des Tlingits de Teslin, sauf l'agrément et la réglementation des services offerts à partir d'installations situées à l'extérieur des terres visées par le règlement;
- 13.2.8 la fourniture de programmes et services d'éducation destinés aux citoyens qui choisissent d'en tirer parti, sauf l'agrément et la réglementation des services offerts à partir d'installations situées à l'extérieur des terres visées par le règlement;
- 13.2.9 les règles de transmission successorale, les testaments, les successions *ab intestat* et l'administration des successions des citoyens, y compris les droits et intérêts à l'égard des terres visées par le règlement;
- 13.2.10 les procédures, conformes aux principes de la justice naturelle, en vue de déterminer la capacité mentale des citoyens, y compris l'administration des droits et intérêts de ceux qui sont déclarés incapables de gérer leurs propres affaires;
- 13.2.11 la prestation de services aux citoyens en vue de résoudre des différends sans recourir aux tribunaux;

- 13.2.12 la célébration de mariages des citoyens;
  - 13.2.13 l'attribution de permis à l'égard des matières énumérées aux articles 13.1, 13.2 et 13.3, en vue d'obtenir des recettes aux fins déterminées par le conseil des Tlingits de Teslin;
  - 13.2.14 les questions nécessaires pour permettre au conseil des Tlingits de Teslin de s'acquitter des responsabilités que lui attribue l'entente définitive ou la présente entente;
  - 13.2.15 les questions accessoires à ce qui précède.
- 13.3** Le conseil des Tlingits de Teslin a le pouvoir d'édicter des textes législatifs d'intérêt local ou privé, applicables sur les terres visées par le règlement, dans les matières suivantes :
- 13.3.1 l'utilisation, la gestion, l'administration, le contrôle et la protection des terres visées par le règlement;
  - 13.3.2 l'attribution ou l'aliénation de droits et intérêts dans les terres visées par le règlement, y compris l'expropriation par le conseil des Tlingits de Teslin à des fins déterminées par celui-ci;
  - 13.3.3 l'utilisation, la gestion, l'administration et la protection des ressources naturelles qui appartiennent au conseil des Tlingits de Teslin, qu'il contrôle ou à l'égard desquelles il a compétence;
  - 13.3.4 la cueillette, la chasse, le piégeage ou la pêche ainsi que la protection du poisson et de la faune et de leurs habitats;
  - 13.3.5 la réglementation ou l'interdiction de l'affichage, y compris l'installation d'enseignes et de panneaux publicitaires;
  - 13.3.6 la délivrance de permis aux personnes et entités exerçant une entreprise, un métier, une profession

- ou toute autre activité ainsi que la réglementation applicable à ces personnes et entités;
- 13.3.7 la réglementation ou l'interdiction de jeux, sports, courses et concours athlétiques d'ordre public et autres amusements du même genre;
  - 13.3.8 la réglementation de la construction, de l'entretien, de la réparation et de la démolition de bâtiments ou d'autres structures;
  - 13.3.9 l'adoption de mesures préventives contre le surpeuplement des résidences ou d'autres bâtiments ou structures;
  - 13.3.10 la réglementation de la salubrité des bâtiments ou propriétés;
  - 13.3.11 l'aménagement, la mise en valeur et le zonage du territoire;
  - 13.3.12 les couvre-feux, la prévention des atteintes à l'ordre public et la répression ou l'interdiction des nuisances;
  - 13.3.13 la réglementation ou l'interdiction de la conduite et de l'utilisation de véhicules;
  - 13.3.14 la réglementation ou l'interdiction du transport, de la vente, de l'échange, de la fabrication, de la fourniture, de la possession ou de la consommation de boissons alcoolisées;
  - 13.3.15 l'établissement, l'entretien, la mise à disposition, l'exploitation ou la réglementation des installations et services locaux;
  - 13.3.16 l'élevage et la possession d'animaux, notamment le bétail, la volaille, les animaux de compagnie et les oiseaux, ainsi que les soins destinés à ces animaux, la mise à la fourrière et la destruction des oiseaux et animaux maltraités ou errants, étant entendu que l'élevage du bétail et les soins

destinés au bétail n'incluent pas l'élevage ou l'exploitation du gibier;

- 13.3.17 l'administration de la justice;
- 13.3.18 la réglementation ou l'interdiction de tout acte, activité ou entreprise qui constitue ou pourrait constituer une menace pour l'ordre public ou encore pour la paix ou la sécurité publique;
- 13.3.19 la réglementation ou l'interdiction de toute activité, situation ou entreprise qui constitue ou pourrait constituer une menace pour la santé publique;
- 13.3.20 la prévention de la pollution, la lutte contre celle-ci et la protection de l'environnement;
- 13.3.21 la réglementation ou l'interdiction de la possession ou de l'utilisation d'armes à feu, d'autres armes et d'explosifs;
- 13.3.22 la réglementation ou l'interdiction du transport de matières dangereuses;
- 13.3.23 toute question relative à la bonne administration des citoyens sur les terres visées par le règlement.

#### **13.4 Pouvoirs en cas de situation d'urgence**

- 13.4.1 En cas de situation d'urgence touchant un citoyen se trouvant en dehors des terres visées par le règlement, le gouvernement peut exercer à l'égard des matières énumérées à l'article 13.2 un pouvoir conféré par une loi d'application générale, même si un texte législatif du conseil des Tlingits de Teslin peut s'appliquer à cette situation d'urgence.
- 13.4.2 Dès que possible après avoir déterminé que la situation d'urgence concerne un citoyen, la personne agissant conformément à l'article 13.4.1 avise le conseil des Tlingits de Teslin des mesures

prises et saisit du problème l'autorité compétente, le gouvernement cessant alors d'avoir le pouvoir d'agir conformément à l'article 13.4.1.

- 13.4.3 La personne agissant conformément à l'article 13.4.1 ne répond pas des actes qu'elle a accomplis de bonne foi parce qu'elle a raisonnablement cru qu'il fallait agir ainsi pour remédier à la situation d'urgence.
- 13.4.4 En cas de situation d'urgence touchant un non-citoyen se trouvant sur des terres visées par le règlement, le conseil des Tlingits de Teslin peut exercer à l'égard des matières visées à l'article 13.2 un pouvoir conféré par un texte législatif qu'il a édicté, même si une loi d'application générale peut s'appliquer à cette situation d'urgence.
- 13.4.5 Dès que possible après avoir déterminé que la situation d'urgence concerne un non-citoyen, la personne agissant conformément à l'article 13.4.4 fait part des mesures prises au gouvernement ou, lorsque la personne se trouvant dans une situation d'urgence est citoyen d'une autre Première nation du Yukon, en fait part à cette Première nation et saisit du problème l'autorité compétente, le conseil des Tlingits de Teslin cessant alors d'avoir le pouvoir d'agir conformément à l'article 13.4.4.
- 13.4.6 La personne agissant conformément à l'article 13.4.4 ne répond pas des actes qu'elle a accomplis de bonne foi parce qu'elle a raisonnablement cru qu'il fallait agir ainsi pour remédier à la situation d'urgence.
- 13.4.7 Par dérogation à la section 13.5.0, les lois d'application générale s'appliquent, en ce qui concerne les pouvoirs énumérés à l'article 13.3, à toute situation d'urgence qui se produit sur des terres visées par le règlement et qui a ou risque d'avoir des répercussions en dehors de ces terres.

## 13.5 Lois d'application générale

- 13.5.1 Sauf disposition contraire prévue par la présente entente, toutes les lois d'application générale continuent à s'appliquer au conseil des Tlingits de Teslin, à ses citoyens et aux terres visées par le règlement.
- 13.5.2 Le Canada et le conseil des Tlingits de Teslin entament des négociations en vue, dès que possible, de conclure une entente distincte ou d'apporter une modification à la présente entente indiquant les domaines où les textes législatifs du conseil des Tlingits de Teslin l'emportent sur les dispositions incompatibles des lois fédérales d'application générale.
- 13.5.2.1 Le Canada consulte le Yukon avant de mener à terme les négociations visées à l'article 13.5.2.
- 13.5.2.2 L'article 13.5.2 ne porte pas atteinte à la qualité du Yukon en tant que partie aux négociations ou ententes visées à la section 13.6.0 ou 17.0.
- 13.5.3 Sauf dans les cas prévus à la section 14.0, une loi du Yukon d'application générale est inopérante dans la mesure où elle traite d'une matière à l'égard de laquelle le conseil des Tlingits de Teslin a édicté un texte législatif.
- 13.5.4 Le Yukon consulte le conseil des Tlingits de Teslin avant de présenter à l'Assemblée législative une loi d'application générale qui, selon ses prévisions raisonnables, risque d'avoir des répercussions sur un texte législatif de ce conseil.
- 13.5.5 Le conseil des Tlingits de Teslin consulte le Yukon avant d'édicter un texte législatif qui, selon ses prévisions raisonnables, risque d'avoir des répercussions sur une loi du Yukon d'application générale.
- 13.5.6 Lorsqu'il est d'avis qu'un texte législatif édicté par le conseil des Tlingits de Teslin a rendu

partiellement inopérante une loi du Yukon d'application générale et que ce texte modifierait excessivement le caractère de celle-ci ou la rendrait trop difficile à appliquer à l'égard du conseil des Tlingits de Teslin, des citoyens ou des terres visées par le règlement, le commissaire en conseil exécutif peut déclarer que cette loi du Yukon d'application générale cesse de s'appliquer totalement ou partiellement au conseil des Tlingits de Teslin, à ses citoyens ou aux terres visées par le règlement.

- 13.5.7 Avant de faire la déclaration visée à l'article 13.5.6,
- 13.5.7.1 le Yukon consulte le conseil des Tlingits de Teslin et indique des solutions — y compris des modifications aux mesures législatives du Yukon — qui, selon le Yukon, répondraient aux objectifs du conseil des Tlingits de Teslin;
- 13.5.7.2 lorsque le Yukon et le conseil des Tlingits de Teslin conviennent, à l'issue de la consultation visée à l'article 13.5.7.1, de la nécessité de modifier la loi du Yukon d'application générale, le Yukon propose cette modification à l'Assemblée législative dans un délai raisonnable.

## **13.6 Administration de la justice**

- 13.6.1 Les parties entament des négociations en vue de conclure une entente sur l'administration de la justice par le conseil des Tlingits de Teslin, conformément à l'alinéa 13.3.17.
- 13.6.2 Les négociations en matière d'administration de la justice portent sur les sujets suivants : les procédures de jugement, les recours civils, les sanctions (y compris les amendes, peines et emprisonnements) visant à assurer l'application

des textes législatifs du conseil des Tlingits de Teslin, les poursuites judiciaires, les services correctionnels, le maintien de l'ordre, les rapports entre les tribunaux du conseil des Tlingits de Teslin et les autres tribunaux ainsi que les autres questions de justice autochtone dont conviennent les parties.

- 13.6.3 Par dérogation aux autres dispositions de la présente entente, le conseil des Tlingits de Teslin ne peut exercer le pouvoir qu'il tient de l'article 13.3.17 avant l'expiration du délai prévu à l'article 13.6.6, à moins que les parties ne parviennent à une entente conformément aux articles 13.6.1 et 13.6.2.
- 13.6.4 Les règles suivantes s'appliquent jusqu'à l'expiration du délai prévu à l'article 13.6.6 ou la conclusion d'une entente conformément aux articles 13.6.1 et 13.6.2 :
- 13.6.4.1 le conseil des Tlingits de Teslin peut punir d'une amende maximale de 5 000 \$ et d'un emprisonnement maximal de six mois toute contravention à un texte législatif qu'il a édicté;
- 13.6.4.2 la Cour suprême du territoire du Yukon, la Cour territoriale du Yukon et la Cour des juges de paix ont compétence, dans l'ensemble du Yukon, pour statuer sur les litiges concernant les textes législatifs édictés par le conseil des Tlingits de Teslin, conformément à la compétence que les lois du Yukon attribuent à ces tribunaux; toutefois, la Cour territoriale du Yukon a compétence exclusive en première instance à l'égard des infractions créées par un texte législatif édicté par le conseil des Tlingits de Teslin;
- 13.6.4.3 les procureurs nommés par le Yukon exercent, conformément à la *Summary Convictions Act*, R.S.Y.

- 1986, c. 164 (*Loi sur les poursuites par procédure sommaire*) les poursuites auxquelles donnent lieu les infractions créées par un texte législatif du conseil des Tlingits de Teslin comme s'il s'agissait d'une infraction à un texte du Yukon;
- 13.6.4.4 les peines d'emprisonnement prononcées par la Cour territoriale du Yukon en application de l'article 13.6.4.1 sont purgées dans un établissement de correction conformément aux dispositions de la *Corrections Act*, R.S.Y. 1986, c. 36 (*Loi sur les services correctionnels*).
- 13.6.5 L'article 13.6.4 n'a pas pour effet d'interdire :
- 13.6.5.1 les pratiques coutumières consensuelles ou existantes du conseil des Tlingits de Teslin touchant l'administration de la justice;
- 13.6.5.2 les programmes et pratiques touchant l'administration de la justice, y compris les sanctions de substitution ou autres recours appropriés, dont conviennent les parties avant qu'une entente ne soit conclue conformément aux articles 13.6.1 et 13.6.2.
- 13.6.6 Les dispositions de l'article 13.6.4 sont provisoires. Elles cessent de s'appliquer à l'expiration d'un délai de cinq ans courant à partir de la date d'entrée en vigueur de la présente entente ou à la date d'entrée en vigueur de l'entente conclue conformément aux articles 13.6.1 et 13.6.2, si cette dernière entente entre en vigueur avant la présente entente. Si les parties ne peuvent, au cours de ces cinq ans, parvenir à une entente conformément aux articles 13.6.1 et 13.6.2, l'application des dispositions provisoires est prolongée jusqu'au 31 décembre 1999.

- 13.6.7 Le Canada prend en charge tous les frais nouveaux et additionnels que supporte le Yukon du fait de la mise en oeuvre des dispositions provisoires de l'article 13.6.4, conformément aux lignes directrices que doivent négocier le Yukon et le Canada.

***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















N.L.C./B.N.C.



3 3286 50361 3172

ISBN 0-660-95106-1



9 780660 951065

«pandémonium» (capitale du royaume des Enfers dans le *Paradis perdu*), parce que la chute du pouvoir central a permis aux sentiments ethniques de faire surface :

[TRADUCTION] J'ai écrit ce livre en guise d'avertissement. Après la période de stabilité relative que nous avons connue au temps de la guerre froide, notre monde est maintenant entré dans une période de luttes ethniques. Le phénomène s'explique de la façon suivante. Au fur et à mesure que les structures en place se sont effritées, et que l'idéologie a perdu de son pouvoir, les peuples se sont tournés vers des critères plus primitifs de détermination de leur identité. Et c'est sur la base de tels critères que les conflits ont fini par éclater. Pour tout dire, la notion de «purification ethnique» n'a rien de nouveau<sup>43</sup>

Ignatieff, Maybury-Lewis et Moynihan semblent tous les trois convenir que l'attachement des êtres humains à certains traits distinctifs semble satisfaire leur besoin commun d'appartenir à un groupe, et que l'histoire a démontré à quel point cet attachement peut être profond et durable. Cela dit, alors que Moynihan et Ignatieff y décèlent une menace claire à la cause du maintien de la paix et de la survie des droits individuels, Maybury-Lewis voit dans l'expression politique de la diversité des groupes ethniques une réaction aux politiques d'assimilation de certains États, la suppression de ce qui peut distinguer ces peuples constituant pour lui la véritable source du problème :

[TRADUCTION] Le principe voulant que les efforts déployés pour reconnaître des cultures différentes de la nôtre et pour les faire coexister ne puissent mener qu'à d'interminables conflits ethniques n'est rien d'autre qu'un mythe. Pour tout dire, c'est par pure crainte que nous n'avons même pas essayé d'aller dans cette direction. Si seulement nous avions consacré au bon fonctionnement des systèmes fédéralistes autant d'énergie qu'à piétiner les groupes ethniques et à fabriquer de vastes sociétés homogènes, il est probable que les choses iraient mieux aujourd'hui [...] Ce que nous prenons pour du «tribalisme» — des individus qui s'accrochent à leur collectivité et qui la défendent contre leurs voisins — n'est que l'expression de l'attachement de ces individus à ce qui, dans leur collectivité,

constitue la source de leur identité. C'est là un combat qui remonte à la nuit des temps et dont je n'entrevois pas la fin. Le problème auquel notre monde moderne doit faire face n'est pas le tribalisme. Il réside plutôt dans les efforts, systématiques mais vains, que nous avons consacrés à supprimer ces facteurs d'identité dont les humains semblent avoir besoin<sup>44</sup>

À la lumière des positions exprimées dans le cadre des forums constitutionnels et internationaux, les Inuit semblent également être d'avis que la marche à suivre pour assurer la paix entre les groupes ethniques consiste non pas à réprimer toute identité nationale ou ethnique, mais bien à reconnaître que ces groupes ont eux aussi le droit de survivre et de déterminer leur avenir politique. Pour les Inuit, la reconnaissance d'un droit de survie pour chaque nation semble s'accompagner d'une reconnaissance de l'interdépendance qui existe entre les peuples, que ce soit à l'intérieur d'un même pays ou à l'échelle internationale. Dans cette optique, la cause de la paix entre les groupes ethniques et de la survie de toutes les nations requiert un respect et un soutien mutuels.

La mise en place d'institutions fondées sur aucun critère ethnique pourrait constituer un moyen juste de faire passer de la théorie à la pratique le droit inhérent des Inuit à l'autonomie gouvernementale (droit à l'autodétermination) et, en même temps, de reconnaître le principe de l'interdépendance des peuples au Canada. C'est dans le document de travail sur les questions constitutionnelles que l'ITC a soumis au très honorable Joe Clark en février 1992 que l'on trouve l'une des explications les plus justes de ce qui a pu amener les Inuit à favoriser avec autant de vigueur ce type d'institution :

[TRADUCTION] L'autodétermination au Canada pourrait prendre la forme d'institutions qui ne répondraient à aucun critère ethnique et qui correspondraient aux valeurs et aux objectifs de la majorité des Inuit. Compte tenu des caractéristiques géographiques et démographiques de l'Arctique canadien, cette forme de gouvernement représenterait pour un bon nombre

d'Inuit le modèle le mieux adapté à leurs territoires traditionnels. Vu que c'est précisément dans cette voie que comptent s'engager la plupart des collectivités inuit, il conviendrait que la Constitution soit modifiée de façon à confirmer officiellement que ce modèle fait partie des différentes options offertes aux autochtones au chapitre de l'autonomie gouvernementale. La forme finale que prendront les institutions autonomes des Inuit fera l'objet de négociations régionales devant aboutir à la signature d'ententes individuelles. Il est probable que les pouvoirs exclusifs et les pouvoirs partagés de nos administrations y seront définis, de même que les domaines dans lesquels elles auront préséance. Ces ententes comporteront également des dispositions garantissant la représentation des Inuit au sein de ces administrations et confirmant les droits acquis, au cas où la situation démographique changerait. L'absence de critères ethniques représente pour la plupart des Inuit le moyen le plus efficace et le plus juste d'offrir à tous les habitants des différentes régions un bon gouvernement, d'où leur préférence pour ce modèle. Cela dit, c'est à chacune des organisations régionales inuit qu'il appartiendra de décider de l'opportunité de prévoir ou non des critères ethniques, selon que les ententes visant la mise en place d'administrations fondées sur des critères non ethniques garantiront de façon suffisante ou non la survie de la langue et de la culture inuit. Ces ententes négociées devront bénéficier de la protection constitutionnelle en tant que «traités» au sens du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>45</sup>

L'utilisation de l'expression «non ethnique» dans ce contexte risque, et c'est involontaire, de s'avérer déroutante. En effet, le mot «ethnique», dont on se sert souvent pour parler de différentes «races» (au sens de «groupes d'individus présentant des traits physiques qui leur sont propres»), peut aussi servir, dans un contexte culturel, pour parler de groupes qui se distinguent les uns des autres par leurs valeurs sociales, leurs modes de vie, leurs formes d'expression artistique, etc. En règle générale, les Inuit demandent à pouvoir mettre en place des institutions gouvernementales qui ne considéreront pas la question raciale comme un critère de citoyenneté. Cela dit, il ne faudrait pas penser qu'il ne se trouvera aucun élément ethnique dans les ententes sur

les administrations autonomes du Nord. Quoiqu'il en soit, les organisations inuit croient que les administrations mixtes assureront la survie de la culture et de la langue inuit. Elles croient également, de toute évidence, que la supériorité numérique lors des élections permettra aux Inuit d'imprimer leurs valeurs culturelles dans ces administrations, sans pour autant violer les droits individuels des non-Inuit vivant dans ces territoires. Même si les organisations inuit préfèrent parler d'administrations mixtes ou populaires, il serait peut-être plus exact de parler d'administrations sans fondement racial.

L'exemple le mieux connu demeure sans doute ce territoire, le Nunavut, que les Inuit veulent aménager dans la portion est des Territoires du Nord-Ouest. Dans la première proposition officielle en vue d'un règlement des revendications territoriales des Inuit dans les Territoires du Nord-Ouest, on décrit le projet comme suit :

il s'agit essentiellement de créer un territoire, le Nunavut, dont la vaste majorité des habitants seront des Inuit. De cette façon, ce territoire et ses institutions refléteront mieux les valeurs et les perspectives des Inuit que ce n'est le cas à l'heure actuelle dans les Territoires du Nord-Ouest<sup>46</sup>

Bon nombre de révisions ont été apportées à cette proposition entre 1976 et 1993, date à laquelle a été adoptée la *Loi sur le Nunavut*<sup>47</sup>, mais la notion fondamentale d'une survie de la culture rendue possible par le contrôle d'un gouvernement démocratique sans fondement racial est demeurée intacte. Le gouvernement fédéral reconnaît cet objectif. Lors d'une réunion des ministres responsables des questions autochtones qui s'est tenue à Québec en mai 1994, réunion qui portait sur le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, il a décrit le Nunavut comme une voie d'accès à l'autodétermination et à la survie culturelle, indiquant ainsi qu'il comprend toute la latitude que requiert l'exercice du droit à l'autodétermination, du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, et qu'il comprend aussi que des administrations mixtes

sont parfaitement capables de défendre les intérêts culturels des Inuit dans des régions où ceux-ci représentent, et devraient continuer de représenter, la majorité de la population. L'autodétermination dans le cadre du modèle mixte est possible dans la mesure où les territoires relevant des nouvelles administrations regroupent une majorité inuit.

Dans deux autres régions visées par des revendications territoriales, soit l'Arctique de l'Ouest et le Nord québécois, on s'est prononcé en faveur de ce modèle<sup>48</sup>. Cette préférence semble reposer sur la possibilité qui s'offre ainsi d'étendre la compétence des nouvelles administrations aux terres de la Couronne plutôt que de la limiter aux terres visées par les ententes portant règlement des revendications. Les Inuit sont tout à fait conscients, en effet, de ce que doivent endurer les Indiens forcés de demeurer sur des terres de réserve.

Les Inuit ont pris soin de préciser que la formule du gouvernement mixte ne représente d'intérêt pour eux que dans la mesure où ils demeurent supérieurs en nombre sur leurs territoires traditionnels. Leurs associations ont indiqué que si cette condition n'est pas respectée, ils pourraient se tourner vers d'autres formules, basées sur des critères ethniques, ce qui serait conforme au principe qui veut que le droit d'un peuple à l'autodétermination lui donne en tout temps celui de déterminer son avenir politique et le type d'administration qui lui convient le mieux. Le recours aux origines comme critère d'établissement de la citoyenneté n'a rien d'inusité dans les démocraties libérales. Dans bien des pays, la citoyenneté sera reconnue strictement aux descendants des citoyens, comme en Allemagne, alors que dans d'autres pays, dont le Canada et les États-Unis, elle est également reconnue aux descendants d'immigrants. Une autre possibilité qui s'offre aux Inuit serait d'exiger une certaine forme de représentation garantie au sein des nouvelles administrations afin de parer à un éventuel bouleversement du paysage démographique.

Il est peut-être possible de mettre en place des administrations territoriales ou régionales ayant pour seul fondement ethnique les pouvoirs inhérents des peuples autochtones, que le *Black's Law Dictionary* définit comme des pouvoirs dont l'exercice découle d'un droit naturel et qui ne viennent d'aucune source extérieure<sup>49</sup>. On peut dire que, comme les provinces au moment de leur entrée dans la Confédération, les peuples autochtones possèdent déjà des droits inhérents<sup>50</sup>. L'étendue des pouvoirs dont seront investies les nouvelles administrations pourra être déterminée dans les ententes sur l'autonomie gouvernementale, mais pas nécessairement celle des pouvoirs inhérents, antérieurs aux dites ententes.

La recherche d'un fondement théorique particulier concernant les pouvoirs des nouvelles administrations risque de retarder indûment la mise en place de celles-ci. Question d'accélérer le processus, certaines collectivités inuit seront peut-être prêtes à accepter des pouvoirs délégués par le fédéral ou les provinces, à la condition toutefois qu'il soit entendu de quelque façon que ces pouvoirs viennent d'abord et avant tout du peuple et qu'il ne saurait être question de les leur retirer. Le rôle des instances fédérales et provinciales pourrait être perçu comme se limitant simplement à la définition la plus nette possible des pouvoirs qu'il est convenu d'accorder à une administration nouvellement reconnue ou constituée, les mesures législatives en question ne faisant que restituer aux peuples autochtones des pouvoirs dont la colonisation les avait jusqu'alors privés. Par exemple, dans la *Loi sur l'autonomie gouvernementale des premières nations du Yukon*<sup>51</sup>, on semble avoir pris soin d'éviter de dire que des pouvoirs leur sont «accordés». On indique plutôt que chacune des Premières nations visées «peut» édicter des textes législatifs dans les domaines figurant dans une certaine annexe, ce qui peut être interprété comme une clarification de la portée du pouvoir «inhérent» de faire des lois. Par contre, le fait que ce soit

une loi du Parlement qui définit les champs de compétence des Premières nations peut donner l'impression que les pouvoirs ainsi définis ont été dévolus ou délégués par le gouvernement fédéral. En d'autres mots, il subsiste une ambiguïté quant à la source des pouvoirs dont les premières nations visées disposent en vertu de cette loi. (Pareille ambiguïté n'est possible que dans la mesure où l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* peut être interprété comme englobant le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale dans les «droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones».)

À cet égard, il est intéressant de noter qu'une proposition soumise conjointement par les Inuvialuit et les Gwich'in en vue de la création d'un gouvernement «populaire» dans l'Arctique de l'Ouest insiste sur le fait que les pouvoirs détenus par la nouvelle administration seraient dévolus plutôt que délégués par le gouvernement fédéral<sup>52</sup>. Dans une entente-cadre qui a été conclue récemment entre le gouvernement du Québec et le négociateur en chef du Comité constitutionnel du Nunavik, et qui doit régir les négociations relatives à l'autonomie gouvernementale, il est également prévu de discuter du «transfert» des pouvoirs à l'Assemblée du Nunavik.

En règle générale, la *délégation* des pouvoirs désigne le transfert provisoire de ces pouvoirs d'un secteur du gouvernement à un autre, alors que le *transfert* peut avoir une connotation permanente. Dans le cas des pouvoirs énoncés dans une entente que reconnaît la Constitution, il serait peut-être préférable de parler de «transfert», terme jugé plus conforme que celui de «délégation» à la reconnaissance du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale.

Autre détail à noter, toujours dans le projet des Gwich'in et des Inuvialuit, tout en réclamant l'adoption d'une loi fédérale portant création d'une administration régionale et en définissant les pouvoirs, on précise que la légitimité de cette administration et son pouvoir de

légiférer lui viennent des collectivités elles-mêmes. Autrement dit, la loi fédérale établit les limites des pouvoirs détenus par la nouvelle administration, mais ceux-ci ne sauraient être exercés sans l'approbation des collectivités visées :

[TRADUCTION] Le Comité propose un modèle d'administration régionale aux pouvoirs étendus, dont un bon nombre sont actuellement exercés par le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest ou par le gouvernement du Canada. Ces pouvoirs seraient non pas délégués, mais bien dévolus au moyen d'une loi. En matière de législation, certains pouvoirs des nouvelles administrations auraient préséance sur ceux que détient actuellement le gouvernement territorial [...] Fait à souligner, les pouvoirs législatifs de l'administration régionale ne prendront effet que lorsque l'assemblée régionale (constituée de conseillers élus) aura décidé d'exercer lesdits pouvoirs. Les pouvoirs législatifs exercés par l'administration régionale lui viendront des collectivités elles-mêmes, par l'entremise de leurs représentants à l'assemblée. Ce n'est qu'à cette condition qu'elle pourra exercer pareils pouvoirs<sup>53</sup>

Des administrations «autochtones» ou «mixtes» pourraient également être constituées au niveau communautaire par les Gwich'in ou les Inuvialuit.

L'intérêt que portent les Inuit à la question des pouvoirs inhérents de légiférer ressort clairement de ces propos de l'ITC lors des discussions sur la réforme constitutionnelle :

Les pouvoirs souverains en matière de législation au Canada ne sauraient être séparés strictement entre Ottawa et les provinces, les autres ordres de gouvernement devant alors se contenter des pouvoirs qui leur ont été délégués par les hauts fonctionnaires fédéraux et provinciaux. La Constitution du Canada doit être modifiée de façon à ce que soient clairement reconnus les droits des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale. D'autres régions du pays ont négocié leur entrée dans la Confédération et se sont vu accorder le pouvoir exclusif de légiférer dans les domaines d'intérêt purement local. Les autochtones n'ont jamais eu la même chance de déterminer les modalités de leur union avec le Canada et de veiller à ce qu'elles soient inscrites dans la Constitution. Le mythe des deux peuples fondateurs venus de

France et d'Angleterre ne fait aucun cas de la contribution ni des besoins des autochtones en leur qualité de premiers habitants du Canada. C'est cette injustice politique que doit redresser la modification demandée au chapitre de l'autonomie gouvernementale. Par le passé, le débat constitutionnel a porté d'abord et avant tout sur l'opportunité pour les peuples autochtones d'accepter les pouvoirs que leur délègueraient les autorités fédérales et provinciales. Les autochtones continuent d'affirmer avec force qu'ils n'ont jamais renoncé à leurs droits en matière d'autonomie gouvernementale, ce qui signifie en même temps que ces droits ne sauraient leur venir d'ailleurs<sup>54</sup>

Cet intérêt se justifie en partie par la nécessité, pour les organisations régionales inuit, d'arriver à la table de négociation munies de pouvoirs déjà officiellement reconnus :

[TRADUCTION] la reconnaissance du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale placera sur un pied d'égalité les différentes parties aux négociations des ententes. Cela incitera, par ailleurs, les gouvernements fédéral et provinciaux à négocier en toute bonne foi<sup>55</sup>

Les organisations inuit ont entrepris de dresser une liste des liens qui existent entre les notions de droits ancestraux et de droits de la personne. Les propositions axées sur l'autonomie gouvernementale reposent sur les droits ancestraux des autochtones, considérés pour l'occasion comme des droits fondamentaux, individuels et collectifs, et témoignent d'un effort de marquer des points sur les deux tableaux. L'objectif poursuivi, toujours le même, est clair — mettre en place dans les territoires traditionnels des Inuit des gouvernements élus démocratiquement qui correspondent aux aspirations et aux valeurs des Inuit.

### *Pragmatisme et théorie*

Les chefs inuit disent souvent qu'ils s'intéressent davantage à cette fin ultime qu'est la mise en place d'administrations autonomes qui

répondent aux besoins de leurs collectivités, qu'aux débats sur d'abstraites principes politiques ou juridiques. Les arguments invoqués par les Inuit pour faire reconnaître leur droit à l'autonomie gouvernementale dans un cadre politique et juridique avec lequel ils n'ont à peu près rien eu à voir représentent sans doute un moyen d'arriver à cette fin — une fin qui peut paraître plus importante que les moyens. Les fondements théoriques des arguments utilisés dans un système juridique et politique dominé par des non-Inuit représentent d'abord et avant tout des moyens d'exprimer les objectifs politiques des Inuit en des termes qui suffisent à convaincre la société canadienne tout entière. C'est ce qui ressort des propos tenus par le regretté chef inuit Mark R. Gordon, pour qui les notions de revendications territoriales et de droits ancestraux des autochtones ont été introduites dans le débat par des avocats non inuit. Elles ne sont pas «de notre invention», mais elles ont été utilisées par les Inuit «avec l'intention de prendre des décisions pour nous-mêmes<sup>56</sup>». Les Inuit ont opté pour une utilisation pratique et prudente des traditions juridiques occidentales, comme en témoigne la déclaration suivante de l'Inuit Tapirisat du Canada :

[TRADUCTION] Sur le plan politique, le rapport de pouvoir inégal qui existe entre les décideurs non autochtones et les peuples autochtones offrait peu de chance à ces derniers de faire passer en terrain plus neutre un débat régi par les traditions juridiques occidentales. La décision de fonctionner à l'intérieur d'un cadre juridique commun, d'un cadre axé sur les droits de la personne ou de quelque autre cadre favorisant l'expression du droit des Inuit à l'autonomie gouvernementale, est une décision stratégique influencée par divers facteurs — politiques, juridiques et autres — très complexes. Forcés de faire valoir leur point de vue sur ce que sont leurs droits dans un système juridique qui leur est étranger, les Inuit se trouvent, à n'en pas douter, dans une situation plutôt désavantageuse<sup>57</sup>

Les aspirations des Inuit à l'autonomie gouvernementale et à l'autodétermination sur leurs territoires ont souvent été exprimées

comme un désir d'exercer un meilleur contrôle sur leurs propres vies. Par exemple, l'Inuit Ratification Committee a précisé que l'un des objectifs poursuivis dans l'Accord sur les revendications territoriales du Nunavut était de faire en sorte que les Inuit participent davantage aux décisions concernant leur mode de vie, et que ce mode de vie soit mieux protégé<sup>58</sup>. Dans une enquête menée auprès de femmes inuit, Pauktuutit affirme ce qui suit : «L'autonomie gouvernementale des autochtones n'est pas une notion abstraite qui a besoin d'être définie. C'est le moyen par lequel les Inuit peuvent recommencer à décider pour eux-mêmes<sup>59</sup>.»

Les difficultés socio-économiques ainsi que les privations auxquelles les Inuit doivent actuellement faire face sont considérées comme ayant une dimension politique; elles sont perçues comme intimement reliées à la violation des droits civils et politiques des Inuit, et tout particulièrement celui à l'autodétermination. À cet égard, l'Inuit Tapirisat du Canada a affirmé ce qui suit :

La situation actuelle des Inuit — des conditions socio-économiques navrantes, un territoire morcelé, l'absence d'autonomie politique, une culture et une langue menacées — n'a rien d'accidentel, et elle ne résulte pas non plus d'actes politiques neutres qu'auraient posés les colons européens. On parle de colonialisme lorsque le pouvoir est exercé dans le but avoué de dominer d'autres peuples, à la lumière de théories basées sur la supériorité culturelle et raciale, et ce type de pouvoir constitue l'une des plus graves violations des droits de la personne<sup>60</sup>.

Comme toujours, l'impact du colonialisme sur les Inuit se trouve décrit en termes de lois et de valeurs étrangères imposées sans que l'on tienne compte des systèmes social, politique et économique des Inuit, ni des effets négatifs que pouvait avoir une pareille situation. À titre d'exemple, voici ce que déclarait Josepi Padlayat, du Comité inuit sur les affaires nationales :

Lorsque les Qallunaats, c'est-à-dire les hommes blancs, ont commencé à s'installer dans notre pays en grand nombre, nous avons partagé avec eux nos terres et nos ressources, jusqu'à ce que, un beau jour, notre patrie soit devenue un territoire régi par les lois de quelqu'un d'autre. On a enseigné à nos enfants une langue différente de leur langue ancestrale, on nous a plongés dans un mode de vie nouveau, que cela nous plaise ou non. En bref, les nouveaux arrivants dans le nord se préoccupaient bien peu de nos droits territoriaux et de nos droits politiques, culturels et économiques. Nous participons donc au processus actuel avec la volonté de démontrer que, en tant qu'occupants originels de ce que l'on appelle aujourd'hui l'Arctique et le sous-Arctique canadien, nous avons des droits distinctifs qui doivent être consacrés dans la loi suprême du Canada, la constitution<sup>61</sup>

Quant à la Conférence circumpolaire inuit, sa position est la suivante :

En tant que peuple autochtone habitant l'Arctique, les Inuit détiennent sur leurs territoires traditionnels des droits de possession, de propriété et de contrôle à l'égard du sol et du sous-sol [...] Il est important de reconnaître que les violations ou les abus des droits fondamentaux des autochtones sont le plus souvent liés à des questions d'exploitation des ressources. Les projets d'exploitation imposés par les gouvernements et des tierces parties ont servi à dépouiller ces peuples de leur droit à l'autodétermination, d'une assise territoriale et d'une base de ressources qui répondent à leurs besoins, de leurs moyens de subsistance, ainsi que d'autres droits fondamentaux<sup>62</sup>

Tout en poursuivant, dans le dialogue en cours sur leur autonomie gouvernementale, des objectifs à caractère international, constitutionnel et régional, pour ne nommer que ceux-là, les Inuit concentrent le gros de leurs efforts sur la mise en place de structures régionales ou territoriales dans chacune des régions visées par leurs revendications : l'Arctique de l'Ouest, le Nunavut (l'Arctique de l'Est et du Centre), le Nunavik (Nord québécois) et le nord du Labrador. La position énoncée par les associations inuit nationales lors des discussions constitutionnelles et d'autres rencontres intergouvernementales découle des besoins et des objectifs exprimés par les régions représentées au

conseil d'administration de l'ITC, ainsi que par son président élu et par la présidente de Pauktuutit. (Le Nunavut se compose, de son côté, de trois régions également représentées au conseil de l'ITC : Baffin, Kitikmeot et Keewatin.) Les objectifs des organisations régionales inuit sont définis dans le cadre d'un processus permanent de consultation des collectivités. Les structures régionales et territoriales de gouvernement qu'elles réclament sont décrites plus loin.

Pour ce qui est des questions de compétence, le CIAN a indiqué que les Inuit réclament la parité avec les provinces dans des domaines comme l'éducation, la santé, la justice, la culture, les loisirs, le logement et la gestion des ressources renouvelables, un droit de regard dans certains domaines qui relèvent du gouvernement fédéral, comme la gestion et l'exploitation des régions et des ressources extraterritoriales, ainsi que la possibilité d'entrer en contact avec les Inuit habitant d'autres territoires circumpolaires<sup>63</sup>

Tout récemment, on résumait comme suit le dossier inuit :

Le débat touchant l'exercice de notre droit à l'autodétermination continuera de se dérouler sur un plan pratique et dans un climat de coopération avec tous les gouvernements dont l'influence s'étend jusque dans les territoires arctiques, comme le Canada, mais ce qui compte le plus à nos yeux, c'est d'être reconnus en tant que peuple. La souveraineté du Canada nous a été imposée sans qu'on nous consulte, et sans que l'on porte quelque attention à notre identité collective, ce qui constitue dans les deux cas, en droit international, une violation de notre droit à l'autodétermination. Cette situation doit être corrigée, et elle peut l'être de plusieurs façons : par la négociation d'ententes sur la mise en place d'administrations régionales autonomes, par la reconnaissance constitutionnelle de notre droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, et par la reconnaissance pleine et entière du droit des peuples autochtones de disposer d'eux-mêmes, conformément aux normes internationales en matière de droits de la personne<sup>64</sup>