

L'identité constitutionnelle des peuples autochtones au Canada : groupes à statut particulier ou acteurs fédéraux ?

*Patrick MACKLEM**

The Constitutional Identity of Indigenous Peoples in Canada : Status Groups or Federal Actors ?

La identidad constitucional de los pueblos aborígenes en Canadá : grupos con estatus particular o actores federales ?

A Identidade Constitucional dos Povos Indígenas no Canadá : Grupos com Status Particular ou Atores Federais ?

加拿大土著人的宪法身份：特殊身份群体还是联邦参与者？

Résumé

Les normes juridiques autochtones commencent à influencer la relation constitutionnelle existant entre les peuples autochtones et l'État canadien. Elles acquièrent une importance de plus en plus importante dans les litiges constitutionnels où des revendications de territoires autochtones, des droits issus de traités et des droits à l'autogouvernance

Abstract

Indigenous legal norms are beginning to influence the constitutional relationship between Indigenous peoples and the Canadian state. Indigenous legal norms possess increased salience in constitutional litigation where what is at stake are claims to Indigenous territory, treaty rights, and rights of selfgovernment. Indigenous legal norms act as

* Professeur de droit William C. Graham, Université de Toronto. L'auteur souhaite remercier Maude Normand pour sa contribution à cet article. Une version précédente de cet essai a été publiée sous Patrick MACKLEM, « The Constitutional Identity of Indigenous Peoples in Canada. Status Groups or Federal Actors », dans Andrew ARATO, Jean COHEN et Astrid VON BUSEKIST (dir.), *Forms of Pluralism and Democratic Constitutionalism*, New York, Columbia University Press, 2017.

sont en jeu. Elles servent à démontrer qu'une communauté autochtone a occupé ses terres ancestrales de façon suffisante pour revendiquer un titre ancestral sur ces terres, et contribuent à donner un sens aux dispositions des traités entre les Autochtones et le Canada. De plus, les tribunaux canadiens font de plus en plus référence au fait que des ordres juridiques autochtones existaient et continuent d'exister au Canada, aux côtés de l'ordre juridique canadien. C'est sur cette dernière conception que se penche principalement cet article. Il est possible, d'une part, de coordonner la pluralité des ordres juridiques autochtones et l'ordre juridique canadien en les concevant en tant que groupes à statut particulier, ou juridictions multiculturelles, lesquels possèdent des pouvoirs et une autorité qui émanent des identités culturelles autochtones précédant l'établissement de l'État canadien. Un autre mécanisme de coordination consiste à concevoir les ordres juridiques autochtones comme des acteurs fédéraux au sein de la fédération canadienne. Cet article relate tout d'abord l'histoire de la chute, puis de l'ascension du pluralisme juridique en tant qu'élément animant la relation entre les peuples autochtones et l'État canadien. Il identifie ensuite les différents défis institutionnels et normatifs que posent le pluralisme et le fédéralisme des groupes à statut particulier dans le contexte de la reconnaissance constitutionnelle de l'autorité gouvernementale autochtone.

Resumen

Las normas jurídicas de los autóctonos están empezando a influenciar la relación constitucional existente entre los pueblos autóctonos y el Estado cana-

evidence that an Indigenous community has occupied its ancestral lands in a manner sufficient for a claim of Aboriginal title to such lands. They assist in providing meaning to the terms and conditions of treaties between Indigenous peoples and Canada. And the Canadian judiciary increasingly makes reference to the fact that there were and continue to be Indigenous legal orders operating in Canada alongside the Canadian legal order. It is this last development that is the primary focus of this article. One way in which to coordinate the plurality of Indigenous legal orders with the Canadian legal order is to conceive of them in status group terms or as multicultural jurisdictions, whose power and authority emanates from Indigenous cultural identities that predate the establishment of the Canadian state. Another vehicle of coordination is to conceive of Indigenous legal orders as federal actors in the Canadian federation. This article first traces the demise and rise of legal pluralism as an animating feature of the relationship between Indigenous peoples and the Canadian state. It then identifies distinctive institutional and normative challenges that status group pluralism and federalism pose in the context of constitutional recognition of Indigenous governing authority.

Resumo

As normas jurídicas indígenas começam a influenciar a relação constitucional existente entre os povos indígenas e o Estado canadense. Elas adquiriram

diense. En efecto, estas normas adquieren una importancia cada vez mayor en los litigios constitucionales donde están en juego las reivindicaciones de territorios indígenas, los derechos provenientes de los tratados y los derechos al autogobierno. Además, demuestran que la ocupación de las tierras ancestrales por parte de una comunidad aborígen ha sido suficiente para reivindicar un título ancestral sobre estas tierras, y contribuyen a respaldar las disposiciones contenidas en los tratados entre los pueblos autóctonos y Canadá. Sumado a esto, los tribunales canadienses se remiten cada vez más al hecho de que las órdenes legales autóctonas existían y continúan existiendo en Canadá, al lado del orden jurídico canadiense. Es sobre esta última concepción que se inclina principalmente este artículo. Es posible, de un lado, coordinar la pluralidad de órdenes jurídicas autóctonas y el orden jurídico canadiense concibiéndolos como grupos de estatus particular, o jurisdicciones multiculturales, dotados de poder y autoridad que emanan de identidades culturales autóctonas que preceden al establecimiento del Estado canadiense. Otro mecanismo de coordinación consiste en considerar las órdenes jurídicas autóctonas como actores federales en el seno de la federación canadiense. Este artículo inicia con un relato de la historia de la caída, seguido por el ascenso del pluralismo jurídico como elemento que anima la relación entre los pueblos autóctonos y el Estado canadiense. Enseguida se identifican los diferentes desafíos institucionales y normativos de los grupos de estatus particular que plantean el pluralismo y el federalismo dentro del contexto del reconocimiento constitucional de la autoridad gubernamental autóctona.

uma importância cada vez mais relevante nos litígios constitucionais em que reivindicações de território indígena, dos direitos decorrentes dos tratados e dos direitos à autogovernança estão em jogo. Elas servem para demonstrar que uma comunidade indígena ocupou suas terras ancestrais de maneira suficiente para reivindicar um título ancestral sobre essas terras, e contribuem para dar sentido às disposições dos tratados entre os Indígenas e o Canadá. Ademais, os tribunais canadenses fazem cada vez mais referência ao fato que as ordens jurídicas indígenas existiam e continuam a existir no Canadá, ao lado da ordem jurídica canadense. É sobre essa última concepção que este artigo se dedica principalmente. É possível, de uma parte, coordenar a pluralidade de ordens jurídicas indígenas e a ordem jurídica canadense, concebendo-as tais como grupos com um status particular, ou jurisdições multiculturais, as quais possuem poderes e uma autoridade emanando das identidades culturais indígenas que precedem o estabelecimento do Estado canadense. Outro mecanismo de coordenação consiste em conceber as ordens jurídicas indígenas como atores federais no seio da federação canadense. Este artigo relata a princípio a história da queda e, depois, ascensão do pluralismo jurídico como um elemento que anima a relação entre os povos indígenas e o Estado canadense. Na sequência identificam-se os diferentes desafios institucionais e normativos que o pluralismo e o federalismo dos grupos com status particular colocam no contexto do reconhecimento constitucional da autoridade governamental indígena.

摘要

土著人法律法规开始影响到土著人和加拿大国家现有的宪法关系。它们在主张土著人领土、条约权利和自治权利等宪法性争议中的重要性越来越大。它们被用来证明，土著人社区已充分占有他们祖传的土地从而主张对这些土地的原始所有权，它们也有助于为土著人与加拿大政府之间的条约条款提供意义。此外，加拿大法院越来越多地提到土著人法律秩序在加拿大存在并将继续存在的事实。这正是本文重点关注的地方。一方面，把土著人看作是因先于加拿大国家成立的土著人文化身份而享有权力和权威的特殊身份群体或多元文化司法辖区，从而有可能协调土著人法律秩序与加拿大法律秩序的多元性。另一种协调机制在于把土著人法律秩序设计成加拿大联邦内部的联邦参与者。本文首先追溯了推动土著人与加拿大国家之间关系的法律多元主义的衰落和兴起，然后指出了在宪法承认土著人统治权威的背景下，特殊身份群体多元主义和联邦主义所带来的制度和规范方面的各种挑战。

Plan de l'article

Introduction	395
I. Le pluralisme juridique dans le contexte canadien	395
II. Reconnaissance constitutionnelle sous forme de « pluralisme constitutionnel».....	406
III. Groupes à statut particulier ou acteurs fédéraux au sein de la fédération canadienne?	415
Conclusion	429

Les normes juridiques autochtones commencent à influencer la relation constitutionnelle qu'entretiennent les peuples autochtones avec l'État canadien, nous amenant à nous questionner quant aux formes potentielles de pluralisme juridique qui pourraient structurer cette relation dans le futur. Elles prennent de l'importance dans les litiges constitutionnels où les revendications de territoires autochtones, les droits issus de traités et les droits à l'autogouvernance sont en jeu. Elles permettent de démontrer qu'une communauté autochtone a occupé ses terres ancestrales de manière suffisante pour réclamer un titre ancestral sur celles-ci. Les perspectives juridiques autochtones contribuent à donner un sens aux dispositions des traités entre les peuples autochtones et le Canada. De plus, le système judiciaire canadien réfère de plus en plus au fait qu'il y eût, et qu'il continue d'y avoir, des ordres juridiques autochtones existant aux côtés de l'ordre juridique canadien.

C'est cette dernière conception qui fait l'objet de cet article. Il est possible, d'une part, de coordonner la pluralité des ordres juridiques autochtones avec l'ordre juridique canadien en les concevant en tant que groupes à statut particulier, ou juridictions multiculturelles, lesquels détiennent des pouvoirs et une autorité qui émanent des identités culturelles autochtones précédant l'établissement de l'État canadien. Un autre mécanisme de coordination consiste à concevoir les ordres juridiques autochtones comme des acteurs fédéraux au sein de la fédération canadienne. Cet article relate tout d'abord l'histoire de la chute, puis de l'ascension du pluralisme juridique en tant qu'élément animant la relation entre les peuples autochtones et l'État canadien¹. Il identifie ensuite les défis institutionnels et normatifs particuliers que posent le pluralisme et le fédéralisme des groupes à statut particulier dans le contexte de la reconnaissance constitutionnelle de l'autorité gouvernementale autochtone.

I. Le pluralisme juridique dans le contexte canadien

La doctrine fait référence au « pluralisme juridique » pour qualifier un concept qui désigne l'existence d'une pluralité d'ordres juridiques existant

¹ Cette partie est tirée de Patrick MACKLEM, « Indigenous Peoples and the Ethos of Legal Pluralism in Canada », dans Patrick MACKLEM et Douglas SANDERSON (dir.), *From Recognition to Reconciliation. Essays on the Constitutional Entrenchment of Aboriginal & Treaty Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 2016, p. 17-34.

dans un même État souverain ou au-delà de ses frontières territoriales². Plusieurs mécanismes institutionnels expriment de façon formelle la présence d'une pluralité d'ordres juridiques. Un système fédéral confère l'autorité législative à deux paliers de gouvernement, qui sont chacun relativement autonomes de l'autre quant à la création de normes juridiques. Un État peut également décentraliser le pouvoir à des paliers de gouvernement régional ou local, allouant l'exercice de l'autorité législative déléguée à une part de sa population. Des formes de protection des minorités peuvent aussi promouvoir le pluralisme juridique, dans la mesure où elles considèrent qu'une communauté minoritaire a une part d'autorité législative relativement protégée du pouvoir législatif de la communauté politique élargie dans laquelle elle est située.

Le Canada fait preuve d'engagements profonds, en théorie³ et en pratique, envers le pluralisme juridique. L'exemple le plus probant est la nature fédérale de sa structure constitutionnelle, qui divise les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire entre deux paliers de gouvernement, chacun

² Voir par exemple Bruce DUTHU, *Shadow Nations. Tribal Sovereignty and the Limits of Legal Pluralism*, New York, Oxford University Press, 2013, p. 11 et 12 («le pluralisme juridique est profondément intéressé à identifier des formes d'ordonnement normatif, notamment des systèmes juridiques, qui ont une signification pour les sociétés socialement diversifiées et occupant le même domaine social, et à observer l'interaction de ces systèmes d'ordonnement normatifs avec le pouvoir de l'État» [notre traduction]). Pour en savoir davantage sur le pluralisme juridique, voir Paul SCHIFF BERMAN, *Global Legal Pluralism. A Jurisprudence of Law Beyond Borders*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012; Boaventura DE SOUSA SANTOS, *Toward a New Legal Common Sense. Law, Globalization and Emancipation*, 2^e éd., London, Butterworths Lexis Nexis, 2002; Carol WEISBROD, *Emblems of Pluralism. Cultural Differences and the Law*, Princeton, Princeton University Press, 2002; William CONNOLLY, *The Ethos of Pluralization*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1995.

³ Voir par exemple James TULLY, *Strange Multiplicity. Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995; Will KYMLICKA, *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1996; Harry ARTHURS, "Without the Law". *Administrative Justice and Legal Pluralism in Nineteenth Century England*, Toronto, University of Toronto Press, 1985; Roderick A. MACDONALD, «Metaphors of Multiplicity. Civil Society, Regimes and Legal Pluralism», (1998) 15 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 69; Tim SCHOOLS, *Shifting Boundaries. Aboriginal Identity, Pluralist Theory, and the Politics of Self-Government*, Vancouver, University of Vancouver Press, 2003; David SCHNEIDERMAN, «Canadian Constitutional Culture. A Genealogical Account», dans Peter OLIVER, Patrick MACKLEM et Nathalie DES ROSIERS (dir.), *The Oxford Handbook on the Canadian Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

souverain à l'intérieur de sa sphère de compétence, protégeant ainsi la nature distinctive de l'identité culturelle et linguistique du peuple québécois en le rendant majoritaire dans la province où il réside. Plusieurs montrent du doigt la nature fédérale de l'État canadien comme un facteur ayant contribué à l'ascension du mouvement sécessionniste au Québec, en raffermissant les différences culturelles et linguistiques sous la forme de droits, et en permettant aux acteurs politiques de tirer profit des différences nationales, ethniques, religieuses et linguistiques pour augmenter leur capital politique. Mais le fédéralisme canadien comme instrument encourageant la « défection » est contrebalancé par un ensemble d'arrangements constitutionnels conçus pour promouvoir la « prise de parole » au sein des institutions nationales, incluant un engagement envers le bilinguisme, des sièges garantis à la Cour suprême du Canada pour les juges du Québec et une importante représentation du Québec à la Chambre des communes et au Sénat⁴.

Un engagement moins familier envers le pluralisme juridique concerne la relation constitutionnelle entre les peuples autochtones et l'État canadien. Le pluralisme dont il est question dans ce contexte en est un où les sources mêmes de validité juridique sont de natures variées. Dans les exemples susmentionnés, les normes produites par les acteurs juridiques autres que le gouvernement central semblent tirer leur validité juridique d'une pluralité de sources. Une loi provinciale est juridiquement valide puisqu'elle a été adoptée par un corps législatif ayant la compétence de l'adopter. Un règlement municipal est juridiquement valide puisqu'il a été adopté conformément à la disposition législative le permettant. Une loi promulguée par une population minoritaire possède une validité juridique puisque cette population a un droit légal de la promulguer. Toutefois, en fin de compte, la validité juridique de chacune de ces normes est dérivée d'une source particulière : la Constitution de l'État. En revanche, le pluralisme juridique qui prend en compte les caractéristiques essentielles des relations autochtones-colonisateurs est un pluralisme constitutionnel, pour reprendre la phrase de Jean Cohen, où il existe une pluralité d'ordres constitutionnels d'un même État et, possiblement, au-delà de ses frontières. Dans un tel environnement, il existe de multiples normes juridiques à contenu varié, de multiples lieux de production des normes juridiques,

⁴ À propos de la défection et de la prise de parole, voir Albert O. HIRSCHMAN, *Exit, Voice, and Loyalty. Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, Cambridge, Harvard University Press, 1970.

de multiples sources pour ces lieux ainsi que multiples formes d'application des normes. Par conséquent, la «réalité juridique», selon John Griffiths, est un «collage non systématique de parts incohérentes et imbriquées, rendant difficile l'interprétation juridique» [notre traduction]⁵.

Au moment du contact initial entre, d'une part, les peuples autochtones et, de l'autre, les pouvoirs impériaux et leurs représentants coloniaux, la «réalité juridique» paraissait réceptive à l'idée d'un pluralisme constitutionnel. Plusieurs ordres juridiques autochtones exerçaient un pouvoir législatif sur les territoires et les peuples des Amériques. Les normes juridiques qui constituaient ces ordres juridiques spécifiaient et régissaient les pratiques économiques, sociales et politiques des individus et des groupes qui appartenaient à des nations autochtones distinctes, ainsi que les relations entre les nations autochtones et au sein de celles-ci. La validité juridique de ces normes reposait sur la nature même des ordres juridiques desquels elles émanaient. La conquête européenne a importé des normes juridiques coloniales pour lesquelles la validité dépendait en fin de compte des systèmes juridiques de la France et du Royaume-Uni. L'occupation coloniale a aussi marqué la genèse d'une série de rencontres intersociétales, les unes amicales, les autres hostiles, impliquant méfiance, confiance, suspicion et attentes, toutes contribuant de façon semblable à la formation d'une vision pluraliste qui caractérisait leurs relations. Pour emprunter les mots de Jeremy Webber, «les normes distinctives de toute société fournissent un point de départ, déterminant l'esprit d'interaction, colorant les premières interprétations des coutumes de l'autre et façonnant le début d'un langage normatif commun» [notre traduction]⁶.

⁵ John GRIFFITHS, «What is Legal Pluralism?», (1986) 24 *J. Leg Pluralism* 1, 4. Les juristes, moi inclus, ont souvent cité cet article en tant qu'expression classique du pluralisme juridique. Les travaux de David Schneiderman portant sur les pluralistes politiques et juridiques britanniques du début du vingtième siècle, notamment F.W. Maitland, Harold Laski, et John Neville Figgis, révèlent que Griffiths s'est intéressé plutôt tardivement à ce domaine. Voir David SCHNEIDERMAN, «Harold Laski, Viscount Haldane, and the Law of the Canadian Constitution in the Early Twentieth Century», (1998) 48 *U.T.L.J.* 521. Voir aussi David SCHNEIDERMAN, «Haldane Unrevealed», (2012) 57 *R.D. McGill* 593.

⁶ Jeremy WEBBER, «Relations of Force and Relations of Justice. The Emergence of Normative Community Between Colonists and Aboriginal Peoples», (1995) 33 *Osgoode Hall L.J.* 623, 627.

Le premier contact a donc mis la table pour de multiples relations constitutionnelles entre les peuples autochtones et les pouvoirs coloniaux. Les traités négociés de façon précoce dans l'histoire de l'expansion européenne ont formalisé les efforts pour atteindre une coexistence paisible entre les Premières Nations et les nouveaux arrivants du continent. Un traité de paix datant de 1665 entre la Couronne française et quatre nations autochtones de la Confédération iroquoise, par exemple, a confirmé l'arrêt des conflits et un état de paix entre les parties. Le texte du traité reconnaît indirectement le titre continu des Premières Nations sur leurs territoires ainsi que certains droits territoriaux de la Couronne française à coloniser Montréal, Trois-Rivières et Québec⁷. De tels traités révèlent un pluralisme constitutionnel naissant entre les parties. Basés sur une reconnaissance mutuelle, ils tiennent lieu de marqueurs formels des rencontres précoces et des interactions qui avaient le potentiel – si renforcées et multipliées – d'évoluer vers une forme de pluralisme constitutionnel durable, structurant les relations autochtones-colonisateurs sur le continent.

La promesse d'un « langage normatif commun » nous renseignant sur cette relation, toutefois, demeure inachevée. Plusieurs raisons complexes expliquent cette absence – des raisons qui s'étendent à plusieurs domaines, incluant l'épistémologie, l'économie, la politique et le droit. Mais un aspect mérite une attention particulière, même s'il brille par la complexité qu'il cherche à éclaircir. La vision d'un pluralisme constitutionnel inhérent entre les peuples autochtones et coloniaux a échoué à prendre forme et a été remplacée par son antithèse : une prise en compte moniste de l'ordre constitutionnel, comprenant résolument des sources d'autorité juridique non autochtones initialement fondées sur le droit britannique et, subséquemment, sur la Constitution du Canada.

Pourquoi le pluralisme constitutionnel a-t-il échoué à prendre forme ? Même si la Couronne a initialement pris part aux traités avec les peuples autochtones par des actes mutuels de reconnaissance afin de sécuriser sa

⁷ *Treaty of Peace between the Iroquois and Governor de Tracy*, New York Papers 111 A28. Le texte du traité peut être consulté dans Clive PARRY (dir.), *The Consolidated Treaty Series*, vol. 9, Dobbs Ferry (N.Y.), Oceana, 1969-1986, p. 363 et dans E.B. O'CALLAGHAN (dir.), *Documents Relative to the Colonial History of the State of New York*, vol. 3, Albany (N.Y.), Weed, Parsons, 1856-61, p. 21. Pour plus de renseignements sur le traité, voir COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Conclure des traités dans un esprit de coexistence. Une solution de rechange à l'extinction du titre ancestral*, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services, 1995, p. 21-23.

position juridique et factuelle précaire sur les territoires autochtones, elle s'est mise à négocier des traités pour des raisons différentes. Le droit international en était venu à stabiliser les déclarations de souveraineté des pouvoirs impériaux sur les terres autochtones. Le droit constitutionnel souscrivait à une conception hiérarchique de la souveraineté, incapable de comprendre de multiples acteurs souverains sur un même territoire. Par conséquent, la Couronne a cessé de concevoir les traités comme étant nécessairement liés à sa souveraineté sur le territoire autochtone⁸.

Au cours du dix-neuvième siècle, possiblement en raison du changement marqué dans la démographie et dans l'équilibre du pouvoir militaire et économique entre les peuples autochtones et la Couronne, le processus de négociation de traités, du point de vue de la Couronne, est plutôt devenu un moyen de faciliter le déplacement et l'assimilation des peuples autochtones. La Couronne voyait de plus en plus le processus de négociation de traités comme un moyen de déposséder officiellement les peuples autochtones de leur territoire ancestral, en échange de terres de réserve et de certains avantages offerts par les autorités étatiques, rendant la possibilité de faire du pluralisme constitutionnel une «réalité juridique» difficilement atteignable.

En outre, quoique les anciens traités démontrent l'existence d'une relation de respect mutuel de nation à nation, les parties ne les percevaient pas au départ comme établissant des droits juridiques pouvant être sanctionnés par un tribunal. Les traités servaient plutôt de preuve d'une relation continue; les droits et obligations n'émanaient pas du document comme tel, mais de la relation, officialisée par le traité⁹. Ce processus précoce de génération de normes de conduite et de reconnaissance s'est produit dans

⁸ Comparer avec Paul G. McHUGH, *Aboriginal Societies and the Common Law. A History of Sovereignty, Status, and Self-Determination*, New York, Oxford University Press, 2004: «Les avocats et tribunaux constitutionnels qui étaient intellectuellement portés vers le modèle unitaire de souveraineté en common law – en soi, en grande partie un modèle du dix-neuvième siècle – étaient incapables d'en reconnaître une version partagée ou multiple» [notre traduction].

⁹ Comparer avec William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England. Book the First*, Oxford, Oxford University Press, 1765-9, p. 428 (vision d'un contrat comme tributaire de l'existence d'une relation sociale et de droits et obligations préexistants). Voir aussi Patrick ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, Clarendon, 1979, note 40, p. 143 (la conscience juridique du dix-huitième siècle invoquait la notion de promesse «afin de supporter un devoir existant de façon indépendante» [notre traduction]); Owen KAHN-FREUND, «Blackstone's Neglected Child. The

un contexte d'imaginaire juridique colonial, qui allait connaître une séparation importante de la loi et de la politique, où certains enjeux sont perçus comme juridiques, et d'autres, politiques.

Lorsque le droit a graduellement émergé en tant que domaine relativement autonome de la vie sociale, les tribunaux ont commencé à aborder les conséquences juridiques du processus de négociation des traités. L'interprétation judiciaire des traités a débuté au Canada vers la fin des années 1800, alors que les tribunaux se mirent à considérer les traités comme des accords politiques inexécutoires. Le droit international prévoit qu'un accord entre deux « pouvoirs indépendants » [notre traduction] constitue un traité liant les parties à l'accord¹⁰. Toutefois, puisque les tribunaux considéraient les nations autochtones comme étant non civilisées, et donc non indépendantes, elles refusaient de voir les promesses de la Couronne comme des obligations pouvant être sanctionnées par les tribunaux en vertu du droit national ou international. Cette vision a été graduellement remplacée par une approche plus accommodante qui considérait un traité comme une forme de contrat¹¹. Les peuples autochtones étaient perçus comme possédant une personnalité juridique similaire à celle des non-Autochtones au Canada et, ainsi, comme étant capables de conclure avec la Couronne des accords ayant force exécutoire à l'intérieur du pays.

Mais puisque les traités prenaient l'aspect juridique d'un contrat, leurs modalités étaient sujettes à l'exercice unilatéral de l'autorité législative. Avant 1982, ceci eut l'effet de permettre aux législatures de réglementer ou d'éteindre les droits issus de traités existants. De plus, au départ, lorsque les tribunaux considéraient les traités comme des engagements contractuels, ils interprétaient leur contenu sans prendre en compte les attentes des

Contract of Employment», (1977) 93 R.T.D. 508, 512 («le contrat est seulement un *accidentale* et non un *essentielle* de la relation» [notre traduction]).

¹⁰ Voir par exemple Ian BROWNIE, *Principles of Public International Law*, 8^e éd., Oxford, Clarendon, 2012, p. 58-70. Même si les traités entre la Couronne et les Premières Nations constituaient bel et bien des traités d'un point de vue international, ce seul fait ne suffirait pas à les faire reconnaître comme tels par les tribunaux nationaux; l'adoption de lois serait nécessaire: *A.G. Canada v. A.G. Ontario (Labour Conventions)*, [1937] A.C. 326 (C.J.C.P.).

¹¹ Voir par exemple *Pawis v. The Queen* (1979), 102 D.L.R. (3d) 602 (C.F. (1^{re} inst.)), 610: «[l]e droit acquis par les Indiens dans ces traités était [...] nécessairement sujet aux limitations imposées par les lois de la législature, tout comme la personne qui acquiert une terre de la Couronne est sujette, dans sa jouissance, [...] aux limites législatives» [notre traduction].

Autochtones quant au processus de négociation des traités. Les droits issus de traités étaient interprétés uniquement en fonction des normes juridiques et des valeurs non autochtones. Dans les mots de Dale Turner, les traités étaient «textualisés dans la langue de la culture européenne dominante»¹².

Malgré sa présence naissante dans les anciens traités, le pluralisme constitutionnel n'a donc pas pris racine au Canada, puisque la Couronne, protégée par une conception robuste et moniste de l'autorité souveraine, s'est mise à négocier des traités pour des raisons allant à l'encontre de la promesse du pluralisme. Aussi, lorsque les traités représentaient une forme juridique de contrat en droit canadien, les institutions juridiques canadiennes ne les comprenaient pas comme des instruments de reconnaissance mutuelle, où chaque partie admettait une part de légitimité à l'ordre juridique de l'autre et, par conséquent, faisait des arrangements pour la coexistence et l'interaction des normes juridiques émanant de deux ou plusieurs communautés juridiques que ces institutions représentaient. Leur attribuer une forme juridique de contrat les rendait incompréhensibles en tant qu'instrument de reconnaissance mutuelle. En tant que contrats, ils assuraient une relation juridique hiérarchique entre la Couronne et les parties autochtones, étant donné que la Couronne, en vertu de sa compétence législative, avait l'autorité de déroger unilatéralement à leurs modalités. Leur contenu les rendait également incompréhensibles pour le pluralisme constitutionnel puisque les normes juridiques autochtones ne contribuaient pas à clarifier leurs modalités.

Un autre ensemble de facteurs contribuant à l'échec du pluralisme constitutionnel concerne la façon dont le droit canadien comprend la légalité de l'intérêt des Autochtones pour leurs territoires. La souveraineté britannique importa le titre inhérent de la Couronne dans un tournant particulièrement brutal. La fiction du titre inhérent de la Couronne a été développée aux temps féodaux pour légitimer le modèle kaléidoscopique de propriété foncière existant alors en Angleterre, en considérant la Cou-

¹² Dale TURNER, «From Valladolid to Ottawa. The Illusion of Listening to Aboriginal People», dans Jill OAKES et al. (dir.), *Sacred Lands. Aboriginal World Views, Claims, and Conflicts*, Edmonton, Canadian Circumpolar Institute, 1998, p. 53, à la page 64. Pour un bon exemple de ce phénomène, voir *id.*, p. 609 et 610 (interprétant la disposition d'un traité octroyant un «privilege complet et libre de chasser et de pêcher» comme signifiant qu'«aucune contrepartie ne peut être exigée de ceux qui sont autorisés à chasser et pêcher» [notre traduction]).

ronne comme la première occupante et les propriétaires à proprement parler comme détenant le titre au moyen d'octrois (généralement fictifs) de la part de la Couronne. Cette transposition au contexte colonial n'a pas été suivie par la fiction complémentaire considérant que les propriétaires autochtones proprement dits détenaient leur titre d'une concession de la part de la Couronne. Conséquemment, la Couronne profitait d'un titre absolu sur tout le territoire de ses colonies britanniques en Amérique du Nord. La fiction du titre inhérent de la Couronne devint une technologie juridique pour déposséder les Autochtones, bouleversant radicalement le modèle de propriété foncière autochtone existant en Amérique du Nord britannique.

À la fin des années 1800, le droit canadien a, tardivement, accepté une timide conception du titre ancestral en common law, qui reconnaît que les peuples autochtones occupaient et avaient vécu sur le continent avant le contact avec les Européens, et que, par la Proclamation royale de 1763, ils possédaient certains intérêts méritant une protection juridique¹³. Ce texte législatif prescrivait les façons de gérer les conflits entre les Autochtones et les non-Autochtones, particulièrement ceux concernant les terres. Il reconnaissait, en termes de common law, l'occupation et l'utilisation autochtone des terres ancestrales¹⁴, décrivait les droits associés au titre ancestral conféré aux communautés autochtones en termes collectifs¹⁵ et prétendait restreindre la colonisation sur les territoires autochtones jusqu'à ce que ces territoires soient cédés à la Couronne¹⁶. Le texte interdisait la vente de terres autochtones à des non-Autochtones sans l'approbation et la

¹³ Le roi George III émit la Proclamation royale de 1763 aux administrations gouvernementales des territoires de l'Amérique du Nord formellement cédées par la France à l'Angleterre par le Traité de Paris la même année, après la guerre de Sept Ans. La Proclamation prévoyait aussi qu'«attendu qu'il est juste, raisonnable et essentiel pour Notre Intérêt et la sécurité de Nos Colonies de prendre des mesures pour assurer aux nations ou tribus indiennes qui sont en relations (sic) avec Nous et qui vivent sous Notre Protection, la possession entière et paisible des parties de Nos Possessions et Territoires qui ont été ni concédées ni achetées et ont été réservées pour ces tribus ou quelques-unes d'entre elles comme territoires de chasse [...]» (*Proclamation Royale, 1763*, S.R.C., 1985, app. II, n° 1).

¹⁴ Voir par exemple *Hamlet of Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 C.F. 518 (C.F. (1^{re} inst.)).

¹⁵ Voir par exemple *Amodu Tijani v. Secretary, Southern Nigeria*, [1921] 2 A.C. 399 (C.J.C.P.).

¹⁶ Voir par exemple *Guérin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, 383: «Cette exigence d'une cession vise manifestement à interposer Sa Majesté entre les Indiens et tout acheteur ou

participation des autorités de la Couronne¹⁷. Il prescrivait aussi des balises concernant la manière dont de telles cessions pouvaient être conclues et imposait des obligations fiduciaires au gouvernement dans ses transactions concernant les terres et les ressources autochtones¹⁸.

Le droit commun du titre ancestral a toutefois échoué historiquement à protéger les territoires autochtones de la colonisation et de l'exploitation. L'incapacité du droit à protéger les territoires autochtones était en partie fonction des réalités sociales et historiques associées à l'expansion coloniale. Les gouvernements, les tribunaux et les colonisateurs comprenaient difficilement, ou alors ignoraient, le droit au titre ancestral. Le respect par la Couronne du droit au titre ancestral a été érodé par le déclin du commerce des fourrures et par la décroissance de l'interdépendance économique entre Autochtones et non-Autochtones. Les revendications grandissantes sur les territoires autochtones, occasionnées par la croissance de la population et l'expansion vers l'ouest, suivies d'une période d'administration paternaliste marquée par les réinstallations involontaires, n'ont fait qu'exacerber cette érosion du respect.

En plus de ces facteurs externes, l'échec du droit quant à la protection des territoires autochtones peut également être attribuable aux choix juridiques des tribunaux. Ceux-ci ont plus d'une fois laissé entendre que les revendications territoriales autochtones pourraient n'avoir aucune portée juridique indépendante¹⁹. L'éventualité que les territoires autochtones ne puissent générer de reconnaissance légale par le système juridique canadien a servi de toile de fond pour plus d'un siècle de relations entre la Couronne et les peuples autochtones, façonnant les aspirations juridiques des gouvernements, des corporations, des citoyens et des autres acteurs juri-

locataire éventuel de leurs terres, de manière à empêcher que les Indiens se fassent exploiter ».

¹⁷ Voir par exemple *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654, 677 : le titre ancestral ne peut être transféré, vendu ou cédé qu'à la Couronne.

¹⁸ Voir par exemple *Guérin c. La Reine*, préc., note 16, 382 : le titre ancestral, « lorsqu'il est cédé, a pour effet d'imposer à Sa Majesté l'obligation de fiduciaire particulière d'utiliser les terres au profit des Indiens qui les ont cédées ». Voir aussi *R. v. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1108 : « le gouvernement a la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones ».

¹⁹ Voir par exemple *St. Catherines Millin v. The Queen* (1888), 14 A.C. 46 (C.J.C.P.) : les droits autochtones, en ce qui a trait au territoire et aux ressources, n'étaient pas préexistants, mais on plutôt été créés par la Proclamation royale et sont donc « dépendants de la bonne foi du Souverain ».

diques. Ceci a contribué à la perception que les gouvernements et les tiers étaient relativement libres de se livrer à une variété d'activités sur les territoires ancestraux; une perception qui, à son tour, a rendu légitimes le développement et l'exploitation sans précédent des territoires autochtones par les différents niveaux de gouvernement et les tiers, qui se poursuivent de plus belle aujourd'hui.

Par ailleurs, jusqu'à récemment, l'importance juridique que les tribunaux accordait aux intérêts des Autochtones sur leurs territoires était minimale. La magistrature s'opposait au fait de définir le titre ancestral en tant que propriété, optant plutôt pour un droit d'occupation ou un usufruit²⁰, ou encore, plus récemment, pour un intérêt *sui generis*²¹. Concevoir le titre ancestral comme non exclusif permettait sa réglementation et, par le fait même, son extinction par des mesures gouvernementales appropriées²², empêchait les détenteurs d'un titre ancestral d'obtenir une mesure interlocutoire²³ et faisait obstacle à la présomption d'indemnité en common law lors d'une expropriation²⁴. Les tribunaux se sont aussi montrés enclins à considérer le titre ancestral comme un ensemble de droits permettant uniquement des usages traditionnels sur le territoire autochtone, c'est-à-dire ceux que les peuples autochtones pratiquaient au moment de l'affirmation

²⁰ *Id.*, 54. Voir aussi *Smith c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 554.

²¹ *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, préc., note 17, 678 (le titre ancestral réfère au fait que «les Indiens ont un véritable droit *sui generis* sur leurs terres»); voir aussi *R. c. Sparrow*, préc., note 18, 1112 («[l]es tribunaux doivent [...] prendre soin d'éviter d'appliquer les concepts traditionnels de propriété propres à la common law en tentant de saisir [...] la nature "*sui generis*" des droits ancestraux»).

²² Voir par exemple *Ontario (Procureur Général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570, 575: «quelle qu'ait pu être la situation à la signature du Traité Robinson du lac Huron, il y a eu renonciation à ce droit, en raison des arrangements ultérieurs par lesquels les Indiens ont adhéré au traité et d'une réserve».

²³ Certains jugements ont indiqué que le titre ancestral ne constituait pas un intérêt envers le territoire qui soit suffisant pour appuyer l'inscription d'une restriction ou d'un certificat d'affaire en instance qui suspendrait temporairement les activités sur le territoire ancestral jusqu'à résolution du litige. Voir par exemple *Uukw v. A.G.B.C.* (1987), 16 B.C.L.R. (2^e) 145 (B.C.C.A.); *Lac La Ronge Indian Band v. Beckman*, [1990] 4 W.W.R. 211 (Sask. C.A.); *James Smith Indian Band v. Saskatchewan (Master of Titles)*, [1994] 2 C.N.L.R. 72 (Sask. Q.B.). Voir également, toutefois: *Ontario (Procureur Général) c. Bear Island Foundation*, préc., note 22.

²⁴ Voir par exemple *R. c. Tener*, [1985] 1 R.C.S. 533, 559, citant Lord Atkinson dans *Attorney-General v. De Keyser's Royal Hotel Ltd.*, [1920] A.C. 508, 542: «une loi ne doit pas être interprétée de manière à permettre l'expropriation du bien d'une personne sans indemnisation».

de la souveraineté territoriale de la Couronne²⁵. Chacun de ces choix juridiques a profondément affecté la possibilité pour les Autochtones de s'appuyer sur le droit canadien afin de protéger leurs territoires ancestraux de l'incursion non autochtone. Chacun a constitué un clou de plus dans le cercueil du pluralisme constitutionnel.

II. Reconnaissance constitutionnelle sous forme de « pluralisme constitutionnel »

Malgré ces précédents, l'environnement constitutionnel canadien démontre une réceptivité renouvelée à concevoir les relations autochtones-Canadiens sous l'angle du pluralisme constitutionnel qui avait animé leurs origines. Il y a, à l'heure actuelle, plus de cinq cents traités entre les peuples autochtones et la Couronne du Canada, des côtes de l'Atlantique au Yukon, dans l'ouest de l'Arctique canadien. Dans la majeure partie de la Colombie-Britannique, là où les territoires n'ont pas encore fait l'objet de traités, les peuples autochtones en négocient des nouveaux afin de structurer leurs relations avec les autorités fédérales et provinciales. Aussi, avec l'adoption de l'article 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui reconnaît et confirme « les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada »²⁶, les droits issus de traités prennent aujourd'hui la forme de droits constitutionnels. N'étant plus seulement exécutoires devant l'inaction de la Couronne, les traités restreignent maintenant l'exercice du pouvoir législatif.

À titre d'exemple, dans l'arrêt *R. c. Badger*²⁷, la question en litige était de savoir si le droit de chasse prévu au Traité N° 8 permettait une défense contre une accusation en vertu du *Wildlife Act* de l'Alberta, qui interdisait de chasser hors saison et de chasser sans permis. La Cour suprême du Canada a jugé que le Traité N° 8 protégeait le droit de chasse à des fins de

²⁵ Voir par exemple *Hamlet of Baker Lake v. Minister of Indian Affairs*, [1980] 1 F.C.R. 518, 559 (« La common law [...] ne peut donner effet qu'aux attributs de cette jouissance qui, eux, étaient issus du régime [autochtone] qui prévalait auparavant » [notre traduction]); *A.G. Ont. v. Bear Island Foundation*, [1985] 1 C.N.L.R. 1, 3 (Ont. S.C.) (« l'essence même des droits autochtones est le droit pour les Indiens de vivre sur les terres comme leurs ancêtres le faisaient » [notre traduction]).

²⁶ *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35(1), annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.).

²⁷ [1996] 1 R.C.S. 771.

subsistance sur un terrain privé dont l'utilisation n'était pas «visible et incompatible», et que le droit de chasse était issu de traités au sens des termes de l'article 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La Cour déclara qu'«un traité est un échange de promesses solennelles [...] [et] un accord dont le caractère est sacré»²⁸. Elle réitéra que les traités devraient être interprétés «de manière à préserver l'intégrité de la Couronne» et que toute ambiguïté dans le texte du traité devrait être résolue en faveur des Autochtones²⁹. L'arrêt *Badger* marque une transformation significative dans la façon dont les tribunaux interprètent les traités et leur contenu. Les traités ne sont plus de simples accords politiques ou engagements contractuels, mais possèdent maintenant un statut constitutionnel officiel. Leur contenu doit être déterminé d'une façon qui soit cohérente avec la compréhension et les attentes juridiques des Autochtones, flexible quant à l'évolution des pratiques, inclusive des usages accessoires et de manière à concilier le mieux possible les intérêts divergents des parties.

La règle de l'arrêt *Badger* selon laquelle les traités doivent être interprétés de façon cohérente avec la compréhension qu'en ont les Autochtones repose implicitement sur une conception de pluralisme constitutionnel. Bien que les modalités et le champ d'application de chaque traité soient uniques, la conception autochtone des traités est relativement uniforme. Les Autochtones ont conclu des traités avec la Couronne afin d'officialiser un rapport de coexistence continentale. Ils recherchaient d'abord des alliances militaires avant et au cours de la guerre entre l'Angleterre et la France, et visaient aussi à maximiser leurs avantages associés à l'interdépendance économique. À mesure que le dix-neuvième siècle progressait, les Autochtones cherchaient à maintenir leurs systèmes juridiques indépendants et leur mode de vie traditionnel devant la construction de chemins de fer, les activités de prospection, le peuplement non autochtone des territoires autochtones et la croissance sans précédent de la pratique de la chasse, de la pêche et du piégeage par les non-Autochtones. Ils voulaient conserver leur pouvoir traditionnel sur leurs territoires et gouverner leurs communautés devant l'expansion coloniale. Pour emprunter les mots de James [Sákéj] Henderson, «les nations autochtones ont conclu les traités en tant que gardiens d'un lieu distinct» [notre traduction]³⁰. Les Autochtones

²⁸ *Id.*, par. 41.

²⁹ *Id.*

³⁰ James [Sákéj] HENDERSON, «Interpreting Sui Generis Treaties», (1997) 36 *Alta. L. Rev.* 46, 64.

considéraient le processus de négociation de traités comme leur permettant de partager les terres et le pouvoir avec les non-Autochtones tout en protégeant leurs territoires, économies et formes de gouvernement de l'incursion non autochtone.

Le nouveau statut constitutionnel des traités rétablit aussi la promesse du pluralisme constitutionnel. Concevoir les traités en tant qu'instruments constitutionnels permet d'ouvrir la porte du pluralisme juridique et de comprendre les traités comme des accords constitutionnels. En tant qu'accords constitutionnels, ils expriment des modalités et conditions de base pour la coexistence sociale et le possible exercice d'un pouvoir constitutionnel. Contrairement aux contrats juridiques que peuvent conclure la Couronne et les citoyens privés, lesquels distribuent un pouvoir délégué par le gouvernement à des parties privées sous la forme de droits et obligations exécutoires sur le plan juridique, les traités établissent les paramètres constitutionnels du pouvoir étatique en soi³¹. Ainsi, les traités ne dispensent pas un pouvoir délégué de l'État : ils dispensent un pouvoir constitutionnel. Les traités font donc autant partie de l'histoire constitutionnelle du Canada que la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui répartit le pouvoir législatif entre les gouvernements fédéral et provinciaux. Les droits issus de traités sont des droits constitutionnels dévolus aux Autochtones, en l'échange desquels ces traités permettent aux nations européennes d'exercer une part de l'autorité souveraine en Amérique du Nord.

Les tribunaux ont commencé à concevoir les traités en des termes similaires. Dans *Nation haïda c. Colombie-Britannique*, la Cour suprême du Canada a conclu que la Colombie-Britannique avait une obligation légale de consulter les Haïda en ce qui concerne l'exploitation des forêts sur les terres envers lesquelles cette nation revendique un titre ancestral³². De façon plus générale, la Cour décida que dans le cas où des traités demeurent à être conclus, la Couronne est dans l'obligation de participer à des négociations «menant à un règlement équitable des revendications autochtones»³³. Selon la Cour, «[l]es traités permettent de concilier la

³¹ Comparer avec Robert A. WILLIAMS, JR., *Linking Arms Together. American Indian Treaty Visions of Law & Peace, 1600-1800*, New York, Oxford University Press, 1997, p. 105 : « [D]ans la vision amérindienne du droit et de la paix, un traité connectait différents peuples par des liens constitutionnels d'unité multiculturelle » [notre traduction].

³² *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73.

³³ *Id.*, par. 20.

souveraineté autochtone préexistante et la souveraineté proclamée de la Couronne»³⁴.

En tant qu'accords constitutionnels, les traités servent d'instruments de reconnaissance mutuelle. Les négociations prennent place dans un cadre de revendications d'autorité constitutionnelle divergentes. La Couronne entame des négociations en presumant qu'elle possède la compétence et les droits rattachés au territoire en question; un membre des Premières Nations entame des négociations en supposant qu'il possède la compétence et les droits rattachés au même territoire. Le processus de négociation des traités est un moyen par lequel il est possible de concilier les revendications d'autorité ou de droit divergentes en faisant en sorte que chaque partie accepte de reconnaître une part de l'autorité de l'autre³⁵. Cette reconnaissance peut être géographique, comme c'est le cas pour plusieurs ententes concernant des revendications territoriales contemporaines, qui distribuent la compétence entre les parties selon différentes catégories géographiques de terres sur le territoire en question. La reconnaissance peut aussi se faire par sujets, où les parties distribuent la compétence entre eux selon différents sujets pouvant faire l'objet de législations. En tant qu'instrument de reconnaissance mutuelle, un traité est un processus continu, structuré, mais non déterminé par le texte de l'accord initial, et par lequel les parties s'engagent à résoudre les différends qui pourraient survenir dans le futur par l'entremise d'un processus de dialogue et de respect mutuel.

La conception des traités en tant qu'accords constitutionnels est une vision compatible avec les récentes tentatives d'auteurs de construire des histoires juridiques des relations Autochtones-Couronne différentes³⁶. Les histoires juridiques tracent habituellement la situation juridique des peuples autochtones en vertu du droit canadien de façon chronologique, afin de démontrer le potentiel de rédemption, ou l'absence de celui-ci, du droit canadien dans la protection des Autochtones contre l'assimilation. Ce dont manquent de telles histoires, et ce que des chercheurs ont récemment tenté de fournir, c'est la reconnaissance de la façon dont les

³⁴ *Id.* Voir aussi *Première Nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, par. 42.

³⁵ Voir généralement COMMISSION ROYALE SUR LES PEOPLES AUTOCHTONES, préc., note 7.

³⁶ Le texte classique demeure celui de James HENDERSON et Russel BARSH, *The Road: Indian Tribes and Political Liberty*, Berkeley (Cal.), University of Berkeley Press, 1980.

Autochtones ont participé activement à la production et la reproduction de normes juridiques qui structurent leurs relations avec les non-Autochtones sur le continent. Cette étude cadre avec l'approche du « pluralisme juridique critique », introduite par Kleinhaus et MacDonald, qui « met le citoyen-sujet sur la sellette et le conçoit comme une source normative dans le sens où il est une force d'*invention de droit*, et non seulement de *conformité au droit* au sein d'une société » [notre traduction]³⁷.

James Tully, par exemple, a interprété le processus de négociation de traité comme une forme de « constitutionnalisme des traités » [notre traduction] où les Autochtones participent à la création de normes constitutionnelles qui gouvernent leurs relations avec la Couronne³⁸. Robert Williams a écrit à propos du « fait longtemps négligé que [...] les Indiens ont tenté de créer un nouveau type de société avec les Européens aux frontières multiculturelles de l'Amérique du Nord coloniale » [notre traduction]³⁹. Henderson a interprété le processus de négociation de traités comme produisant un « fédéralisme de traités » : un ordre constitutionnel basé sur le consentement des Autochtones et des non-Autochtones sur le continent, et existant bien avant la Confédération⁴⁰. Dans les mots d'Henderson, le fédéralisme de traités « représente une adhésion au principe des zones autonomes de pouvoir, de liberté et d'autonomie dans un ordre consensuel et dynamique, plutôt qu'envers la nature méconnue de la souveraineté divine et ses hiérarchies imposées, ou de la souveraineté parlementaire » [notre traduction]⁴¹. De tels auteurs ont en commun le fait de reconnaître la participation active des Autochtones dans la création de normes juridiques de base gouvernant le partage du pouvoir constitutionnel en Amérique du Nord⁴². Vu à travers le prisme du pluralisme constitu-

³⁷ B. DUTHU, préc., note 2, p. 77 (italiques dans l'original), s'inspirant de Martha-Marie KLEINHAUS et Roderick A. MACDONALD, « What is a Critical Legal Pluralism ? », (1997) 12 *R. Can. D et Soc.* 25.

³⁸ James TULLY, *Strange Multiplicity. Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 117.

³⁹ R.A. WILLIAMS JR, préc., note 31, p. 9.

⁴⁰ James [Sákéj] HENDERSON, « Empowering Treaty Federalism », (1997) 58 *Sask. L. Rev.* 241.

⁴¹ James [Sákéj] HENDERSON, « *Sui Generis* and Treaty Citizenship », (2002) 6 *Citizenship Studies* 415, 422.

⁴² Voir généralement J. WEBBER, préc., note 6; voir aussi Sidney L. HARRING, *White Man's Law. Native People in Nineteenth Century Canadian Jurisprudence*, Toronto, Osgoode Society for Canadian Legal History, 1998.

tionnel, le processus de négociation de traités est l'expression formelle d'une telle participation par sa création active d'ententes constitutionnelles qui distribuent l'autorité constitutionnelle sur le continent.

Le deuxième développement a trait à la forme et à la substance du titre et des droits autochtones. Avec l'adoption de l'article 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et la confirmation du titre ancestral par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*⁴³, ce dernier s'est départi de son statut de droit commun pour revêtir la forme d'un droit constitutionnel. Une communauté autochtone qui possède un titre ancestral sur ses terres détient le titre sur la terre elle-même, incluant les ressources à la surface et sous la terre, et les lois fédérales et provinciales ou les actions qui font obstacle au titre ancestral doivent suffisamment chercher à respecter les standards constitutionnels établis avant d'être réputées constitutionnellement valides. Bien que la Cour, dans l'arrêt *Delgamuukw*, ait décrit en détails la nature et la portée du titre ancestral et les circonstances dans lesquelles il peut être justifié que la Couronne interfère avec lui, elle a offert peu de détails quant aux raisons pour lesquelles le titre ancestral mérite une protection constitutionnelle, expliquant simplement que le « sens naturel » de la Constitution et les précédents étaient suffisamment concluants pour régler la question en litige⁴⁴.

Mais une considération plus approfondie du statut constitutionnel du titre ancestral repose sur une idéologie de pluralisme constitutionnel. À cet égard, le titre ancestral est une norme constitutionnelle (plutôt qu'une norme de droit commun ou établie par la loi) puisqu'il est un droit qui n'est pas conditionnel à l'exercice du pouvoir judiciaire ou législatif. Il s'agit plutôt d'un antécédent logique et historique de l'exercice d'un pouvoir judiciaire et législatif, et tire ses origines de faits et de normes qui existaient avant l'établissement de l'État canadien. Les Autochtones détiennent un titre sur leurs territoires en vertu de leurs propres lois, préalablement à la mise en place d'une entité souveraine responsable du pouvoir législatif de redistribuer le titre à ses citoyens. Pour emprunter les mots de Swepson et de Plant, « les droits de propriété reviennent déjà aux populations

⁴³ [1997] 3 R.C.S. 1010.

⁴⁴ La Cour a jugé que le texte de l'article 35(1) et que l'arrêt *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507 suggèrent tous deux que l'article 35(1) confère un statut constitutionnel aux droits « existants » avant 1982. Ainsi, le titre ancestral étant un droit de common law existant en 1982, l'article 35(1) lui accorderait un statut constitutionnel.

autochtones et ne leur sont pas cédés par les actions d'États-nations» [notre traduction]⁴⁵. Le Canada est devenu un État souverain dans un contexte de répartition du territoire préexistante entre les nations autochtones. En reconnaissant et en confirmant le titre ancestral, l'article 35(1) élargit la validité constitutionnelle aux normes juridiques autochtones qui informent et rendent cohérente cette répartition préexistante du territoire autochtone. Ceci permet l'exercice d'un pouvoir étatique qui respecte ces normes juridiques autochtones et les ordres juridiques autochtones auxquels elles doivent leur existence.

Afin de rétablir la promesse du pluralisme constitutionnel, il est également important qu'un changement survienne dans la façon dont les tribunaux évaluent la validité des revendications d'un titre ancestral. Les normes juridiques autochtones peuvent contribuer à prouver l'occupation exclusive requise, car le titre ancestral repose sur celle-ci. Dans les mots du juge en chef Lamer dans l'arrêt *Delgamuukw*:

[S]i, au moment de l'affirmation de la souveraineté, une société autochtone avait des règles de droit concernant le territoire, ces règles seraient pertinentes pour prouver l'occupation des terres visées par la revendication d'un titre aborigène. Les règles de droit pertinentes pourraient notamment inclure un régime de tenure foncière ou des règles régissant l'utilisation des terres.⁴⁶

Plus loin, dans ses motifs, le juge en chef Lamer affirme que les règles de droit autochtones régissant l'intrusion et l'usage conditionnel des terres par des membres d'autres nations autochtones, ainsi que les traités entre les nations autochtones, peuvent aussi aider à démontrer l'occupation exclusive, preuve nécessaire au titre ancestral⁴⁷.

Ces passages ont été déterminants dans l'arrêt *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, un arrêt récent conférant un titre ancestral au peuple tsilhqot'in, une collectivité de six communautés partageant une culture et une histoire communes et vivant dans une vallée éloignée bordée de rivières et de montagnes, au centre de la Colombie-Britannique⁴⁸. La

⁴⁵ Lee SWEPSON et Roger PLANT, « International Standards and the Protection of the Land Rights of Indigenous and Tribal Populations », (1985) 124 *Int'l Labour Rev.* 91, 97.

⁴⁶ Préc., note 43, par. 48.

⁴⁷ *Id.*, par. 157.

⁴⁸ *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44. Pour une critique de l'arrêt, voir John BORROWS, « The Durability of Terra Nullius: *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia* », (2015) 48 *U.B.C. L. Rev.* 701.

Cour affirma que les Tsilhqot'in avaient démontré une occupation suffisante et exclusive ainsi qu'un contrôle exclusif sur les terres en question, conditions nécessaires pour l'obtention d'une déclaration de titre ancestral. La suffisance de l'occupation fut établie par une preuve en première instance d'une présence marquée sur les terres réclamées, démontrant des actes d'occupation faisant preuve que la terre en question appartenait aux Tsilhqot'in, qu'elle était contrôlée par eux et qu'elle était sous leur administration exclusive. L'exclusivité de l'occupation fut établie par la preuve que leurs règles juridiques excluaient les étrangers de leurs terres, sauf dans les cas où les Tsilhqot'in accordaient à ces derniers une permission expresse d'y accéder. En d'autres termes, l'existence de règles émanant d'un ordre juridique autochtone permet de démontrer la détention de droits ancestraux par les peuples autochtones au sein de l'ordre constitutionnel canadien.

La reconnaissance constitutionnelle de normes juridiques autochtones n'est pas limitée à la preuve du titre ancestral. Dans d'autres cas, la Cour a mentionné la proposition selon laquelle les règles autochtones compatibles avec l'affirmation de souveraineté de la Couronne survivaient à cette affirmation, qu'elles étaient « incorporé[e]s dans la common law en tant que droits » et, si elles n'étaient pas abandonnées ou éteintes, recevaient une reconnaissance constitutionnelle en tant que droits ancestraux en vertu de l'article 35(1)⁴⁹. Ceci suggère qu'un droit ancestral existe en droit canadien parce que, à tout le moins, il s'agissait d'une norme juridique autochtone au moment de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne. Concevoir les droits ancestraux en tant que normes juridiques autochtones fait de l'article 35(1) une disposition performative de pluralisme constitutionnel en reconnaissant formellement l'importance constitutionnelle des ordres juridiques autochtones.

De plus, la juge en chef McLachlin, dans les arrêts *Nation haïda* et *Taku River*, décrit les traités comme des instruments qui « permettent de réconcilier la souveraineté autochtone préexistante et la souveraineté proclamée de la Couronne »⁵⁰. La Cour réfère régulièrement aux « sociétés

⁴⁹ *Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, par. 10 (j. en chef McLachlin).

⁵⁰ *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, préc., note 32, par. 20; *Première Nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, préc., note 34. Pour une réflexion plus approfondie sur cette approche, voir Felix HOEHN, *Reconciling Sovereignities. Aboriginal Nations and Canada*, Saskatoon, Native Law Centre, University of Saskatchewan, 2012. Voir aussi Mark WALTERS,

préexistantes des peuples autochtones»⁵¹, aux «systèmes juridiques»⁵² autochtones, aux «régimes juridiques autochtones préexistants»⁵³ et aux «peuples autochtones [qui] occupaient et utilisaient la plus grande partie de ce vaste territoire en sociétés organisées et distinctives possédant leurs propres structures sociales et politiques»⁵⁴. Aussi, dans l'extrait suivant, la juge en chef McLachlin, dans son opinion dissidente dans *Van der Peet*, évoqua clairement l'esprit du pluralisme juridique :

L'histoire des rapports entre les Européens et la common law, d'une part, et les peuples autochtones, d'autre part, s'étale sur une longue période. Comme on peut s'y attendre, les principes régissant ces rapports n'ont pas toujours été appliqués uniformément durant cette longue histoire. Et pourtant, cette histoire, depuis les tout débuts jusqu'à nos jours, est illuminée par un fil d'or – la reconnaissance par la common law des lois et coutumes ancestrales des peuples autochtones qui occupaient le territoire avant la colonisation européenne.⁵⁵

Cet extrait semble suggérer que le pluralisme constitutionnel a toujours caractérisé «les rapports entre les Européens et la common law, et les peuples autochtones». Mais l'Histoire nous raconte autre chose. Les tribunaux canadiens qui décrivent les relations entre les Autochtones et le Canada comme étant constitutionnellement plurielles, aussi importante que soit cette avancée, ne les rendent pas ainsi pour autant. La reconnaissance constitutionnelle des gouvernements autochtones serait une condition préalable à la renaissance de l'ethos du pluralisme constitutionnelle en ce qui concerne les relations entre les peuples autochtones et le Canada.

En vertu du droit canadien, l'autorité gouvernementale autochtone est présentement exercée par des conseils de bande d'Indiens qui détiennent une autorité législative déléguée en vertu de la *Loi sur les Indiens* fédérale⁵⁶.

«Looking for a knot in the bulrush. Reflections on Law, Sovereignty, and Aboriginal Rights», dans Patrick MACKLEM et Douglas SANDERSON (dir.), *From Recognition to Reconciliation*, préc., note 1, p. 35-62.

⁵¹ R. c. *Van der Peet*, préc., note 44, par. 39 (j. en chef Lamer).

⁵² R. c. *Sappier*; R. c. *Gray*, 2006 CSC 54, par. 45 (j. Bastarache).

⁵³ *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 43, par. 145 (j. en chef Lamer).

⁵⁴ *Mitchell c. M.R.N.*, préc., note 49, par. 9 (j. en chef McLachlin).

⁵⁵ R. c. *Van der Peet*, préc., note 44, par. 263.

⁵⁶ *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5. Pour une vision selon laquelle les gouvernements autochtones sont mieux caractérisés en tant que participants à des régimes de gouvernance multiniveaux, superposés à la structure fédérale existante, sans pour autant altérer les fondements de cette dernière, voir Martin PAPILLON, «Adapting Federalism.

Par contre, l'adoption de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ainsi que l'émergence du discours sur le pluralisme animant les caractérisations jurisprudentielles des relations entre les Autochtones et le gouvernement canadien élargissent le spectre de la reconnaissance constitutionnelle de l'autorité gouvernementale autochtone.

Comme expliqué ci-dessous, deux formes potentielles de reconnaissance constitutionnelle faisant partie de ce spectre méritent d'être analysées. La première consiste à concevoir les ordres juridiques autochtones comme des groupes à statut particulier, en se fondant sur les identités culturelles autochtones distinctes qui existaient avant l'établissement de l'État canadien. La deuxième consiste à les percevoir comme un troisième ordre de gouvernement au sein de la fédération canadienne. Il n'y a pas de distinction claire et nette entre ces deux modèles. Il serait possible d'imaginer un modèle fédéral qui reconnaîtrait l'autorité législative des gouvernements autochtones en s'alignant sur les groupes à statut particulier, de sorte que la compétence autochtone ne concernerait que la préservation de la culture autochtone⁵⁷. Il serait aussi possible de concevoir une forme alternative (ou complémentaire) de reconnaissance constitutionnelle de l'autorité gouvernementale autochtone⁵⁸. Ces modèles sont formels en substance, mais leur forme influencera la portée et le contenu de l'autorité gouvernementale autochtone ainsi que la relation entre les gouvernements autochtones et le gouvernement canadien.

III. Groupes à statut particulier ou acteurs fédéraux au sein de la fédération canadienne ?

En 1985, les Premières Nations d'Eagle Lake, dont les membres vivent sur une réserve dans l'ouest de l'Ontario, ont adopté une résolution

Indigenous Multilevel Governance in Canada and the United States», (2012) 42 *Publius* 289.

⁵⁷ Pour un débat et une critique d'un tel modèle, voir T. SCHOOLS, préc., note 3, p. 128-131.

⁵⁸ Par exemple, le fédéralisme de traité, dans lequel existe un « cœur » uniforme et autonome de compétence autochtone, complété par une sphère de compétences négocié par traité, tel que proposé par la Commission royale sur les peuples autochtones : COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Rapport final*, vol. 2, « Une relation à redéfinir », Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1996, p. 238. Pour plus de détails sur cette approche, voir F. HOEHN, préc., note 50, p. 140-146.

promulguant une loi sur les loteries autorisant et réglementant les activités de jeu sur la réserve. La Première Nation a alors commencé à tenir régulièrement des parties de bingo, attirant un grand nombre de participants non autochtones et générant un profit annuel de plus d'un million de dollars. L'activité permit à la Première Nation de construire un aréna communautaire, un complexe hôtelier, une auberge, un centre de conférences, ainsi qu'une école et un centre de conditionnement physique. Toutefois la loi fédérale interdit certaines formes de jeux sans autorisation provinciale. La Première Nation d'Eagle Lake, en supposant qu'elle détenait le pouvoir d'adopter des lois concernant la réglementation des activités économiques sur la réserve, n'a pas cherché à obtenir l'autorisation de l'Ontario pour exercer ses activités. Les membres de la Première Nation ont été accusés et condamnés pour avoir tenu une maison de jeu, en contravention au *Code criminel*⁵⁹.

Il s'agit de l'arrêt *R. c. Pamajewon*⁶⁰; la Première Nation a fait valoir devant la Cour suprême du Canada, sans succès, qu'elle possédait un droit ancestral d'adopter des lois gouvernant les activités économiques sur le territoire de la réserve, et que ce droit était libre de toute ingérence du gouvernement fédéral ou provincial. Selon le juge en chef Lamer, « [à] supposer que les revendications du droit à l'autonomie gouvernementale autochtone sont visées par l'article 35(1), ces revendications doivent être examinées à la lumière des objets sous-jacents de cette disposition et, par conséquent, être appréciées au regard du critère tiré de l'analyse de ces objets »⁶¹. Au moment où la Cour a rendu sa décision, le test pour déterminer le contenu d'un titre ancestral se trouvait dans l'arrêt *R. c. Van der Peet*, qui définissait un droit ancestral comme un élément d'une coutume, d'une pratique ou d'une tradition constituant une part intégrante de la culture distinctive d'une nation autochtone⁶². La Cour rejeta la demande de caractériser la revendication des Premières Nations d'Eagle Lake comme étant un droit élargi de réglementer l'usage des terres de réserve; elle la caractérisa plutôt comme comportant l'affirmation d'un droit particulier à la participation et à la réglementation des jeux de hasard à gros enjeux. Elle

⁵⁹ L.R.C. 1985, c. C-46, art. 201(1), 206(1)d) et 207.

⁶⁰ [1996] 2 R.C.S. 821. L'arrêt impliquait aussi le procès et la condamnation, puis les appels ultérieurs, des membres de la Première Nation Shawanaga pour des infractions similaires au *Code criminel*, préc., note 59.

⁶¹ *Id.*, 832.

⁶² *R. c. Van der Peet*, préc., note 44.

conclut que la demande ne concernait pas une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive des Premières Nations au moment du contact avec les Européens.

Les tribunaux n'ont pas confirmé explicitement à ce jour que les communautés autochtones possédaient un droit constitutionnel à l'autonomie gouvernementale. S'ils venaient à le faire, ou si un traité à cet effet était négocié⁶³, un tel projet pourrait prendre au moins deux formes différentes. La première, à laquelle fait allusion l'approche du juge en chef Lamer dans l'arrêt *Pamajewon*, serait une forme de pluralisme juridique de groupes à statuts particuliers, dans lequel les cessionnaires d'un droit ancestral à l'autonomie gouvernementale formeraient une pluralité de juridictions multi-culturelles, identifiées par leur statut d'Autochtone. Le juge en chef Lamer énonça qu'en supposant que les Premières Nations pouvaient faire valoir un droit à l'autonomie gouvernementale, un tel droit serait interprété restrictivement : il s'agirait d'un droit de réglementer une pratique, une coutume ou une tradition intégrante à la culture distinctive de la communauté au moment du contact avec les Européens. Un tel droit comprendrait donc un pouvoir d'adopter des lois pour des sujets qui touchent au cœur de l'identité culturelle autochtone.

Une forme alternative de reconnaissance constitutionnelle de l'autorité gouvernementale autochtone est de concevoir les ordres juridiques autochtones en termes fédéraux, en tant qu'acteurs fédéraux au sein de la fédération canadienne⁶⁴. Afin de voir l'application d'un tel cas, on peut

⁶³ L'Accord définitif *Nisga'a* de 1998, par exemple, reconnaissait que « la nation *Nisga'a* a un droit à l'autonomie gouvernementale ». Il reconnaît deux niveaux au gouvernement *Nisga'a*, le gouvernement *Nisga'a* *Lisims* et le gouvernement du village *Nisga'a*. Le gouvernement *Nisga'a* *Lisims* constitue le gouvernement pour l'ensemble de la nation *Nisga'a*; il peut créer des lois concernant un large éventail de domaines, notamment la citoyenneté, la culture, les territoires *Nisga'a*, l'emploi, les services sociaux, les services de santé, les services aux enfants et aux familles et l'éducation. Les gouvernements de villages *Nisga'a* sont les gouvernements locaux des quatre villages *Nisga'a* existants, ainsi que tout autre village sur les terres *Nisga'a* établi conformément aux conditions de l'Accord; ils détiennent l'autorité de créer des lois par rapport à plusieurs sujets locaux. En général, l'Accord prévoit aussi qu'en cas d'incohérence ou de conflit entre la loi *Nisga'a* et la loi provinciale ou fédérale, la loi *Nisga'a* prévaut dans la mesure de cette incompatibilité.

⁶⁴ Comparer avec Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « The Ethos of Canadian Aboriginal Law and the Potential Relevance of Federal Loyalty in a Reconfigured Relationship between Aboriginal and Non-Aboriginal Governments. A Thought Experiment »,

théoriser les implications potentielles de l'arrêt *Mitchell c. M.N.R.*, où l'enjeu consistait à déterminer si l'article 35 protégeait une pratique Mohawk de commerce transfrontalier. La Cour statua que la nation mohawk avait échoué dans sa tentative d'établir que le transport de marchandises à des fins de commerce, entre l'État de New York et l'Ontario en traversant le fleuve Saint-Laurent, était intégral à leur culture distinctive au moment du contact avec les Européens. Une autre dimension de la décision, reflétée dans la décision majoritaire de la juge en chef McLachlin et traitée explicitement dans les motifs concordants du juge Binnie, est pertinente pour les fins de notre article. Le gouvernement avait affirmé que l'article 35(1) assurait une protection constitutionnelle uniquement aux pratiques, coutumes et traditions autochtones qui étaient compatibles avec l'exercice historique et moderne de la souveraineté de la Couronne. Conformément à ce qui était appelé la doctrine de l'« incompatibilité avec la souveraineté », le gouvernement soutenait que toute pratique mohawk de commerce transfrontalier, même si elle était établie par des éléments de preuve, ne serait pas reconnue en vertu de l'article 35(1) puisqu'elle serait incompatible avec l'intérêt souverain de la Couronne à réglementer ses frontières⁶⁵.

La juge en chef McLachlin n'a pas voulu se pencher sur le bien-fondé de la doctrine de l'incompatibilité avec la souveraineté étant donné que le défendeur au pourvoi n'avait pas réussi à prouver sa demande de droit ancestral. Néanmoins, le juge Binnie, dans ses motifs concordants, caractérisa le droit colonial comme présumant de l'intention de la Couronne de respecter les droits ancestraux qui n'étaient pas incompatibles avec sa souveraineté. Selon lui, cette notion est une caractéristique déterminante de la succession des pouvoirs souverains et sert donc de limite à l'étendue des droits ancestraux. Un attribut fondamental de la souveraineté est le contrôle de l'État sur la mobilité des personnes et des marchandises qui traversent ses frontières. Selon le juge Binnie, la dimension internationale

dans Ghislain OTIS et Martin PAPILLON (dir.), *Fédéralisme et gouvernance autochtone*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2013, p. 51, à la page 57 : « Il est en effet plausible de supposer que l'institutionnalisation des gouvernements autochtones autonomes au Canada, qu'ils soient actuels ou potentiels, puisse mener à la création d'une relation quasi-fédérale avec les gouvernements fédéral et provinciaux ou, à tout le moins, qu'ils provoquent le développement d'une telle dynamique. » [notre traduction] Pour une analyse éclairante du modèle fédéral dans le contexte des peuples autochtones d'Australie, voir Dylan LINO, *Constitutional Recognition of Australia's Indigenous Peoples. Law, History and Politics*, thèse de doctorat, Melbourne, Melbourne Law School, 2017.

⁶⁵ *Mitchell c. M.N.R.*, préc., note 49.

du droit ancestral revendiqué était incompatible avec les attributs historiques de la souveraineté canadienne et il ne peut être considéré comme un droit « existant » au sens de l'article 35.

Le juge Binnie considéra la doctrine de l'incompatibilité avec la souveraineté comme étant conforme aux objectifs de réconciliation de l'article 35. Selon ses termes, la revendication du gouvernement « vise des intérêts nationaux que nous avons tous en commun plutôt que des intérêts distinctifs qui, à certaines fins, différencient une communauté autochtone »⁶⁶. Le juge Binnie estima que la tâche de définir la nature et la portée du droit ancestral requérait une conciliation d'intérêts divergents. D'une part, la cause implique des intérêts associés à la souveraineté canadienne « que nous avons tous en commun »; de l'autre, elle implique aussi des intérêts associés au commerce transfrontalier qui, pour des raisons historiques, « différencient les communautés autochtones » des autres Canadiens⁶⁷. Pour le juge Binnie, la nature et la portée des droits ancestraux doivent être déterminées en conciliant ces intérêts divergents, et « la conciliation de ces intérêts dans la présente affaire favorise l'affirmation de notre souveraineté collective »⁶⁸.

Le juge Binnie affirme sans détours que la doctrine de l'incompatibilité avec la souveraineté n'empêche pas la protection constitutionnelle d'intérêts associés à la souveraineté autochtone sous la forme d'un traité ou d'un droit ancestral à l'autonomie gouvernementale. Bien qu'il veuille à n'exprimer aucune opinion sur le sujet, il traite longuement du concept de « souveraineté partagée » et cite la Commission royale sur les peuples autochtones comme suit :

La souveraineté partagée est, à notre avis, une caractéristique de la fédération canadienne et un élément clé des rapports triangulaires qui lient les gouvernements autochtones, les gouvernements provinciaux et le gouvernement fédéral. Chacun d'eux est souverain à l'intérieur de sa propre sphère et détient ses pouvoirs en vertu de son statut constitutionnel et non par délégation. Néanmoins, dans la pratique, nombre de ces pouvoirs sont partagés et peuvent être exercés par plus d'un ordre de gouvernement.⁶⁹

⁶⁶ *Id.*, par. 164.

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ *Id.*, par. 130, citant COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, préc., note 58, p. 266.

Étant donné que « [l']objectif constitutionnel est la conciliation et non pas l'isolement mutuel »⁷⁰, on conclut ainsi que :

[l] article 35 n'autorise pas à revendiquer les pouvoirs gouvernementaux illimités ou la souveraineté totale communément reconnus aux États indépendants. Tout comme les gouvernements fédéral et provinciaux, les gouvernements autochtones doivent agir au sein d'une sphère de souveraineté définie par la Constitution. En résumé, les pouvoirs correspondant au droit ancestral à l'autonomie gouvernementale visé au paragraphe 35(1) sont circonscrits et non illimités.⁷¹

La Commission royale sur les peuples autochtones proposait que l'autorité gouvernementale soit clarifiée en distinguant ce qui est au centre de leur compétence de ce qui est en périphérie. Elle identifia comme faisant partie du cœur de la compétence autochtone le pouvoir de créer des lois concernant les enjeux vitaux pour la vie et le bien-être de la communauté qui n'ont pas d'impact majeur sur les juridictions adjacentes et qui ne sont pas par ailleurs l'objet d'un intérêt général provincial ou fédéral.

Une telle compétence centrale empêcherait le Parlement et les législatures provinciales d'imposer aux peuples autochtones des lois qui régulent des domaines centraux de l'identité autochtone. Selon ces principes, les gouvernements autochtones auraient le pouvoir d'établir une constitution nationale, des institutions gouvernementales et judiciaires et des critères de citoyenneté, en plus d'adopter des lois concernant l'éducation, la santé et la famille, ainsi que certaines activités économiques et des aspects de droit et de la procédure criminelle. Toutefois, les enjeux ne faisant pas partie intégrante de la compétence autochtone pourraient permettre l'adoption, par les trois ordres de gouvernement, de lois qui se chevauchent ou qui se dédoublent. L'autorité autochtone sur des domaines périphériques à la compétence autochtone, tels ceux qui auraient un impact majeur sur les juridictions adjacentes, nécessiterait une entente intergouvernementale⁷².

⁷⁰ *Mitchell c. M.R.N.*, préc., note 49, par. 133.

⁷¹ *Id.*, par. 143, citant COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, préc., note 58, p. 237.

⁷² COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, préc., note 58, p. 243. Pour une analyse de cette proposition, voir F. HOEHN, préc., note 50, p. 143-144. L'*Accord de Charlottetown* proposait également de définir une sphère de compétence autochtone. Les enjeux fondamentaux ou « faisant partie intégrante » de la capacité d'une communauté autochtone de « préserver et de développer » ses langues, sa culture, son écono-

Si les gouvernements autochtones étaient organisés en tant qu'acteurs fédéraux, leur autorité serait, à certains égards, semblable à celle des gouvernements tribaux autochtones aux États-Unis, pour lesquels la souveraineté inhérente est exprimée juridiquement par le concept du statut de «nations intérieures dépendantes». La Constitution des États-Unis est interprétée comme reconnaissant les nations indiennes en tant que juridictions légalement libres d'exercer une compétence inhérente dans leurs affaires internes, sous réserve des limites inhérentes émanant de la souveraineté prépondérante des États-Unis⁷³ et du pouvoir transcendant et plénier du Congrès⁷⁴. Pour les fins du présent contexte, le point de convergence pertinent est le fait que l'autorité compétente autochtone ne serait pas adaptée aux cultures distinctives des communautés sur lesquelles elle est exercée. La substance et la portée de l'autorité compétente seraient plutôt uniformes à travers les ordres juridiques autochtones, tout comme elle l'est pour les nations indiennes des États-Unis et tout comme l'autorité provinciale au Canada est uniforme entre les provinces. Tous les gouvernements autochtones, en d'autres termes, posséderaient la même autorité législative de créer des lois en ce qui a trait au territoire et aux personnes.

Il y a plusieurs raisons de préférer le modèle fédéral au pluralisme des groupes à statut particulier. La conception temporelle du pluralisme des groupes à statut particulier – dans la forme développée ici – se fait rétrospectivement, ancrant l'autorité juridique autochtone selon son importance pour l'identité culturelle distinctive d'une communauté autochtone au moment du contact avec les Européens. Une telle importance ne peut être remise en question, mais elle importe peu quant à la substance et à la portée de l'autorité gouvernementale dont a besoin une communauté

mie, son identité, ses institutions et ses traditions, ainsi que «de développer, de maintenir et de renforcer» ses rapports avec son territoire, ses eaux et son environnement, devaient faire partie de la compétence exclusive des gouvernements autochtones. L'*Accord* était une proposition d'amendements constitutionnels convenus par le gouvernement fédéral et les provinces en 1992, qui fut défaite lors d'un référendum public mené la même année. Voir CONSEIL PRIVÉ, *Rapport du consensus sur la Constitution: texte définitif*, Charlottetown, 28 août 1992, en ligne: <https://www.sqrc.gouv.qc.ca/documents/positions-historiques/positions-du-qc/part3/Document27_en.pdf> (consulté le 2 décembre 2017).

⁷³ Voir par exemple *Oliphant v. Suquamish Indian Tribe*, 435 U.S. 1978 (les nations indiennes n'ont pas d'autorité en matière criminelle envers les non-Indiens).

⁷⁴ Voir par exemple *United States v. Kagama*, 118 U.S. 375 (reconnaissant le pouvoir absolu du Congrès sur les nations indiennes concernant les crimes majeurs).

autochtone afin de s'autogouverner efficacement dans le futur. Une telle autorité inclut les pouvoirs de maintenir et de reproduire les cultures distinctives des communautés autochtones mais, pour garantir son efficacité, elle doit aussi inclure une autorité territoriale, la capacité à stimuler le développement économique et celui des ressources, et l'aptitude à générer des revenus.

Ce regard vers le passé du pluralisme des groupes à statut particulier risque également de cristalliser – et d'essentialiser – les normes culturelles autochtones concernant l'autorité gouvernementale. Or, les cultures peuvent subir de profondes transformations au fil du temps. Selon Eric Wolf, « dans le tumulte de l'interaction sociale, on sait que les groupes exploitent les ambiguïtés des formes héritées, leur attribuent de nouvelles évaluations ou valences, empruntent des formes qui expriment mieux leurs intérêts ou en créent des nouvelles afin de répondre aux changements de circonstances » [notre traduction]⁷⁵. Les cultures autochtones comprennent des formes, des pratiques et des modes de vie culturels qui ont été affectés, transformés et même générés en réponse au contact avec les sociétés non autochtones. Dans la mesure où la colonisation peut être en partie conçue en tant que processus impliquant la construction du peuple autochtone comme étant culturellement différent et inférieur aux colons, plusieurs auteurs considèrent que le contact avec les Européens et la colonisation a carrément créé certains aspects des identités culturelles autochtones⁷⁶. Tenter de définir ces dernières en faisant uniquement référence aux modes

⁷⁵ Eric R. WOLF, *Europe and the People Without History*, Berkeley, University of California Press, 1982, p. 387. Voir aussi Chandran KUKATHAS, *Explaining Moral Variety*, (1994) 11 *Soc. Phil & Pol'y* 1, 6 (« [p]uisqu'elles sont le produit d'interactions et qu'elles sont soumises à de nombreuses influences, les cultures sont [...] susceptibles de changer » [notre traduction]); Bernard WILLIAMS, *Ethics and the Limits of Philosophy*, London, Fontana Collins, 1985, p. 158 (« les cultures, sous-cultures et fragments de cultures se rencontrent constamment et échangent et modifient les pratiques et les attitudes » [notre traduction]).

⁷⁶ À propos de la création des identités autochtones, voir Courtney JUNG, *The Moral Force of Indigenous Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008 (l'identité autochtone en tant que réalisation politique). On a aussi affirmé que la colonisation était un processus qui forgeait l'identité non autochtone : voir par exemple Annelise RILES, *Aspiration and Control. International Legal Rhetoric and the Essentialization of Culture*, (1993) 106 *Harv. L. Rev.* 723, 737 (« [c]ette identité européenne essentialisée dépendait [...] d'une opposition de l'Europe par rapport à ce qui n'était pas l'Europe, qui exprimait symboliquement des inégalités de pouvoir entre les Européens et leurs sujets coloniaux » [notre traduction]).

de vie avant le contact avec les Européens risque non seulement de stéréotyper les nations autochtones en ce qui concerne les différences historiques avec les non-Autochtones, qui peuvent (ou non) avoir existé dans un passé lointain, mais aussi sous-estimer d'importants aspects des identités autochtones contemporaines.

Compte tenu de l'hétérogénéité culturelle des communautés autochtones, si la reconnaissance constitutionnelle de l'autorité gouvernementale autochtone prenait la forme de pluralisme des groupes à statut particulier, les gouvernements autochtones ne profiteraient pas d'une compétence législative uniforme en vertu de leur statut d'Autochtones. La compétence de chaque gouvernement serait modulée selon l'identité culturelle distinctive et l'histoire de chaque communauté. À l'opposé, le modèle fédéral ne conditionne pas la substance et la portée de l'autorité gouvernementale autochtone selon ce à quoi elle s'apparenterait au moment du contact avec les Européens – ou selon l'établissement d'un lien à une identité culturelle passée. Aussi, le partage du pouvoir législatif serait général plutôt que spécifique et laisserait tout de même aux gouvernements autochtones une marge de manœuvre pour exercer le pouvoir législatif de façon à répondre aux spécificités de leurs communautés. Il est possible de délimiter son contenu et sa portée en des termes plus contemporains, en posant un regard fonctionnel sur les besoins actuels et futurs. Comme « toute division fédérale-provinciale que la Couronne s'est imposée à elle-même est interne »⁷⁷, la reconnaissance des gouvernements autochtones en tant

À propos de la création d'identités culturelles en général, voir Joan SCOTT, *Multiculturalism and the Politics of Identity* dans John RAJCHMAN (dir.), *The Identity in Question*, New York, Routledge, 1995, p. 3, à la page 11 (« les sujets sont créés par de multiples identifications [...] [et] le projet de l'Histoire n'est pas de concrétiser l'identité, mais de comprendre sa création comme un processus continu de différenciation, [...] sujet aux redéfinitions, à la résistance et au changement » [notre traduction]); Wendy BROWN, *States of Injury. Power and Freedom in Late Modernity*, Princeton (N.J.), Princeton University Press, 1995, p. 66 (les personnes ne peuvent pas être « réduites à des pratiques et à des attributs sociaux définis empiriquement, de façon positiviste, comme si leur existence était intrinsèque et factuelle plutôt que l'effet de pouvoirs institutionnels et discursifs » [notre traduction]); Akhil GUPTA et James FERGUSON, *Beyond Culture. Space, Identity and the Politics of Difference*, (1992) 7 *Cultural Anthropology* 6, 14 (demande de bourse qui explore « le processus de production de la différence dans un monde interconnecté et interdépendant d'espaces culturels, sociaux et économiques » [notre traduction, italiques dans l'original]).

⁷⁷ *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, 109. Pour un examen plus détaillé des implications de cette conclusion, voir F. HOEHN, préc., note 50, p. 54 (déduisant

qu'acteurs fédéraux laisserait intacte la distribution des pouvoirs législatifs et exécutifs entre les gouvernements fédéral et provinciaux et superposerait un ordre additionnel de gouvernement autochtone à la fédération canadienne. Le niveau d'autonomie alloué constitutionnellement aux acteurs fédéraux autochtones serait ainsi bien plus important que celui que détiennent actuellement les gouvernements autochtones et que celui qu'ils sont susceptibles de posséder en tant que groupes à statut particulier⁷⁸.

Peut-être plus important encore, tout en concevant que le pouvoir des Autochtones de se gouverner tiendrait d'un acte de reconnaissance – du fait qu'une pluralité d'ordres juridiques autochtones ont existé et perdurent à ce jour dans l'ombre de l'État canadien – la structure fédérale qui émanerait permettrait aux peuples autochtones de faire valoir des revendications politiques de redistribution crédibles, demandes qui sont présentement marginalisées par la structure de la politique fiscale au Canada. La plus grande menace à la perpétuité des communautés autochtones demeure leurs conditions sociales et économiques. Les Autochtones sont plus durement touchés par la pauvreté, accèdent à un niveau d'éducation moins élevé, souffrent d'une santé plus mauvaise, une espérance de vie plus courte, reçoivent moins de services sociaux (qui sont, le cas échéant, de moins bonne qualité), connaissent des taux de suicide plus élevés et présentent un plus haut taux d'incarcération que les non-Autochtones⁷⁹.

Le paragraphe 36(1)c) de la *Loi constitutionnelle de 1982* engage les gouvernements fédéral et provinciaux à « fournir à tous les Canadiens, à un niveau de qualité acceptable, les services publics essentiels » et le paragraphe 36(2) oblige le gouvernement fédéral à respecter le principe des paiements de péréquation afin d'assurer aux gouvernements provinciaux un niveau suffisant de revenus pour fournir des services publics d'une qua-

qu'« il n'y a pas d'obstacle constitutionnel à la reconnaissance des tribunaux de la souveraineté d'une nation autochtone » [notre traduction]).

⁷⁸ J.-F. GAUDREAU-DESBIEUX, préc., note 64, p. 58 : « pour des raisons pragmatiques, il vaut la peine d'examiner les liens potentiels entre les demandes d'autogouvernance autochtone et le fédéralisme, puisque même au sein du modèle canadien, le niveau d'autonomie constitutionnellement attribué aux entités fédérées est bien plus important que celui alloué aux peuples autochtones qui s'autogouvernent » [notre traduction].

⁷⁹ Voir COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *Rapport sur les droits à l'égalité des Autochtones*, Ottawa, Ministère des Services publics et Approvisionnement Canada, 2013.

lité et d'un niveau de fiscalité sensiblement comparables⁸⁰. À ces fins, le gouvernement fédéral procède actuellement à des transferts financiers aux provinces en appui à leurs initiatives de dépenses pour corriger les déséquilibres fiscaux horizontaux entre les provinces, et verticaux entre le gouvernement fédéral et les provinces. Même s'ils sont également chargés de fournir les services publics essentiels à leurs citoyens, les gouvernements autochtones ne font l'objet d'aucune mention dans ces dispositions. Par conséquent, il n'y a aucun lieu de discours politique dans le débat sur la péréquation pour les acteurs politiques autochtones qui leur permettrait de faire des demandes crédibles de redistribution.

Concevoir les gouvernements autochtones comme un troisième ordre de gouvernement permettrait aux acteurs politiques autochtones de prendre appui sur des demandes de redistribution et de revendiquer que les gouvernements autochtones, tout comme les provinces, reçoivent des paiements de péréquation destinés à corriger les déséquilibres horizontaux et verticaux quant à la prestation de services sociaux⁸¹. Le fait d'encadrer les inégalités flagrantes existant entre les communautés autochtones et non autochtones fournirait une crédibilité politique aux demandes autochtones de redistribution. En revanche, le modèle de pluralisme par groupes d'intérêts, bien qu'il envisage l'autonomie autochtone dans la prestation des services sociaux, risque de devenir un instrument de privatisation des responsabilités de l'État⁸².

⁸⁰ *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 26, art. 36.

⁸¹ *L'Accord de Charlottetown*, préc., note 72, art. 50, proposait des amendements constitutionnels engageant les gouvernements fédéral et provinciaux à fournir aux gouvernements autochtones des ressources fiscales ou autres, telles les terres, afin de les aider à gérer leurs propres affaires et de satisfaire aux engagements listés plus haut, en prenant en compte les niveaux de services fournis aux autres Canadiens à proximité et la capacité fiscale des gouvernements autochtones à générer des revenus provenant de leurs propres sources.

⁸² Comparer avec C. JUNG, préc., note 76, p. 249: « En positionnant la culture au centre d'un discours politique, les peuples autochtones [...] risquent de se voir limités à des revendications pour la protection culturelle et la préservation de traditions, ce qui ne constitue pas un enjeu fondamental des multiples relations structurelles causant leur position désavantageuse. Les revendications culturelles soulèvent peu d'obstacles à l'ordre économique néo-libéral, par exemple, ou au positionnement structurel des populations autochtones au bas de cet ordre. Certains États peuvent même être enclins à conférer une autonomie gouvernementale à leurs populations autochtones, utilisant cette autonomie territoriale pour abjurer leur responsabilité de développer et de fournir des services sociaux. » [notre traduction]

Ainsi, reconnaître les gouvernements autochtones en tant qu'acteurs fédéraux reconstituerait la fédération en institutionnalisant l'autorité gouvernementale autochtone et en régénérant une part de leur souveraineté initiale et continue sur leurs territoires et leurs peuples⁸³. Toutefois, «l'essence du fédéralisme ne se trouve pas dans un ensemble particulier d'institutions» mais plutôt «dans l'institutionnalisation d'un type particulier de relation entre ceux qui participent à la vie politique» [notre traduction]⁸⁴. En ce sens, le fédéralisme est un bien meilleur modèle que le pluralisme des groupes à statut particulier. Quoique les deux modèles établissent les différences entre les Autochtones et les non-Autochtones, le fédéralisme structure leur relation de façon à faciliter leur coexistence⁸⁵. Jean Leclair mentionne, à propos d'une telle structure, que «nos identités individuelles sont complexes et qu'elles comprennent plus d'une allégeance»⁸⁶. Comme Leclair le constate, c'est pour cette raison que les instruments établissant à la fois les règles à l'interne et les règles partagées jouent un rôle déterminant dans le succès du fédéralisme. À elle seule, la reconnaissance de gouvernements autochtones jouissant d'une sphère d'autonomie constitutionnelle sur leur peuple et leur territoire n'institutionnaliserait pas une relation de coexistence. Des accords institutionnels seraient aussi nécessaires afin de représenter les multiples allégeances de tous les acteurs

À propos des politiques de distribution et de reconnaissance en général, voir Nancy FRASER, «Social Justice in the Age of Identity Politics. Redistribution, Recognition, and Participation» dans Nancy FRASER et Axel HONNETH (dir.), *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*, New York, Verso, 2003, p. 7.

⁸³ Comparer avec *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, par. 38, citant Brian SLATTERY, «Aboriginal Rights and the Honour of the Crown», (2005) 29 *Sup. Ct. L. Rev. (2^e)* 433, 440 : «L'obligation de consulter s'inscrit dans ce que Brian Slattery qualifie d'ordre constitutionnel [TRADUCTION] "génératif" où "l'article 35 a une fonction dynamique et non purement statique"». Voir aussi Brian SLATTERY, «The Generative Structure of Aboriginal Rights», (2007) 38 *Sup. Ct. L. Rev. (2^e)* 595. Comparer aussi avec Roderick A. MACDONALD, «Kaleidoscopic Federalism», dans Jean-Francois GAUDREAU-DESBIENS et Fabien GÉLINAS (dir.), *States and Moods of Federalis. : Governance, Identity and Methodology*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 264 : le Canada est une «fédération reconstitutrice» [notre traduction].

⁸⁴ Daniel ELAZAR, *Federalism and Political Integration*, New York, Turtledove, 1979, p. 2.

⁸⁵ Jean LECLAIR, «Envisaging Canada in a Disenchanted World. Reflections on Federalism, Nationalism, and Distinctive Indigenous Identity», (2016) 25 *Forum constitutionnel* 15, 20.

⁸⁶ Jean LECLAIR, «Federal Constitutionalism and Aboriginal Difference», (2006) 31 *Queen's L.J.* 521, 534.

fédéraux⁸⁷. Le fait de considérer les gouvernements autochtones comme des acteurs fédéraux au sein de la fédération canadienne risque d'encourager une politique de défection, à moins que cette considération ne soit complétée par un ensemble d'accords constitutionnels compensatoires conçus pour renforcer la voix des Autochtones au sein des institutions canadiennes, de façon à garantir leur représentation au Parlement et, possiblement, aux assemblées législatives provinciales ainsi qu'au sein des principaux bureaux gouvernementaux et agences⁸⁸.

Reconnaître les gouvernements autochtones comme des acteurs fédéraux peut également mener à un approfondissement des relations institutionnelles existant entre les acteurs fédéraux⁸⁹. Bien que les tribunaux définissent à l'occasion les relations fédérales-provinciales en termes de fédéralisme coopératif, le fédéralisme coopératif qui anime la fédération canadienne n'est pas celui qui anime certaines autres fédérations. En Allemagne, par exemple, «le principe fédéral crée, par sa nature, non seulement des droits, mais aussi des obligations» [notre traduction]⁹⁰. Une de ces obligations «consiste pour les États qui sont solides financièrement à

⁸⁷ Le rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada, publié en 2015, fait indirectement allusion à ce critère dans son appel à «[c]oncilier les affaires constitutionnelles et juridiques des peuples autochtones et de l'État pour s'assurer que les peuples autochtones sont des partenaires à part entière au sein de la Confédération»: COMMISSION DE VÉRITÉ ET RÉCONCILIATION DU CANADA, *Appels à l'action*, Winnipeg, 2015, appel à l'action 45(iv). Le mandat de la Commission de vérité et réconciliation du Canada était d'informer les Canadiens sur ce qui s'est passé dans le système de pensionnats – un système créé pour retirer les enfants autochtones de l'influence de leur propre culture et les placer dans des pensionnats afin de les assimiler. La Commission a publié une série d'appels à l'action sur des sujets variés, dont le bien-être des enfants, l'éducation, les langues et la culture, la santé, ainsi que la justice.

⁸⁸ L'*Accord de Charlottetown* proposait une représentation garantie des Autochtones au Sénat et un possible double pouvoir majoritaire en ce qui a trait à certains sujets les affectant de façon importante. Voir l'*Accord de Charlottetown*, préc., note 72, art. 9. La Commission royale sur les peuples autochtones proposait la création d'un Parlement autochtone, menant éventuellement à une Chambre des Premières Nations afin que «les peuples autochtones [participent] davantage et plus directement aux processus décisionnels des institutions gouvernementales canadiennes». Voir COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, préc., note 58, p. 413 et suiv.

⁸⁹ Cette idée est corollaire de celle du chapitre de J.-F. GAUDRAULT-DESBIENS, préc., note 64, qui aborde la doctrine de la loyauté fédérale pour démontrer certaines conséquences normatives possibles de l'établissement d'une relation plus égalitaire entre les Autochtones et les gouvernements fédéral et provinciaux.

⁹⁰ *Finance Equalization Case 1*, (1952) 1 BVerFGE 117.

fournir une aide, dans certaines limites, aux États financièrement plus faibles» [notre traduction]⁹¹. De plus, les membres de la fédération «sont tenus de coopérer en fonction de la nature de cette union, et de contribuer à sa consolidation et à la préservation de ses intérêts et de ceux de ses membres»⁹². Par contre, au Canada, la vision dominante veut, mis à part quelques exceptions, que les gouvernements fédéral et provinciaux puissent exercer leurs pouvoirs législatifs et exécutifs sans avoir à prendre en compte les intérêts des autres niveaux de gouvernement⁹³.

D'importants devoirs de consultation structurent actuellement la relation entre les peuples autochtones et la Couronne, ce qui requiert pour la Couronne de faire preuve de «loyauté, de bonne foi dans l'exécution de son mandat» et d'une «communication complète de l'information» lorsqu'elle exerce ses pouvoirs législatifs ou exécutifs d'une manière qui pourrait aller à l'encontre des intérêts autochtones portant sur des droits ancestraux ou issus de traités⁹⁴. Les peuples autochtones ne sont pas soumis à des devoirs équivalents ni réciproques, mais ils «ne doivent pas contrecarrer les efforts déployés de bonne foi par la Couronne et ne devraient pas non plus défendre des positions déraisonnables pour empêcher le gouvernement de prendre des décisions ou d'agir dans les cas où, malgré une véritable consultation, on ne parvient pas à s'entendre»⁹⁵.

⁹¹ *Id.*

⁹² *Housing Funding Case*, (1952) 1 BVerFGE 299, traduit par Donald R. REICH, «Court, Comity, and Federation in West Germany» 7 *Midwest J. Pol. Sci.* 197, 209, cité dans J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, préc., note 64, à la page 66.

⁹³ Concernant les exceptions, le professeur Gaudreault-DesBiens réfère à l'application extraterritoriale d'une loi provinciale autrement valide (*Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077); une présomption de collaboration fédérale-provinciale (*City of Montreal v. Montreal Street Railway* (1912) A.C. 333 (C.J.C.P.)); l'obligation de négocier les conditions de la sécession (*Renvoi relatif à la sécession du Québec* [1998] 2 R.C.S. 217) et la convention constitutionnelle requérant un degré appréciable de consentement provincial à une initiative fédérale concernant une modification de la Constitution adoptée par Westminster (*Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753). On peut ajouter à celles-ci l'article 36(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui, comme indiqué, oblige le gouvernement fédéral à faire des paiements de péréquation pour permettre aux gouvernements provinciaux d'avoir des revenus suffisants pour fournir un niveau sensiblement comparable de services publics à un niveau sensiblement comparable de fiscalité.

⁹⁴ *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2002 CSC 79, par. 86.

⁹⁵ *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, préc., note 32, par. 42. Pour une analyse plus complète du sujet, voir Dwight NEWMAN, *The Duty to Consult. New Relationships with Aboriginal Peoples*, Saskatoon, Purich, 2009.

Concevoir les gouvernements autochtones en tant qu'acteurs fédéraux signifierait que leur statut et leurs pouvoirs seraient à peu près formellement égaux à ceux des autres acteurs fédéraux, auquel cas on pourrait croire que les devoirs que la Couronne leur doit ne seraient plus nécessaires au moment où ils deviendraient des membres complets et officiels de la fédération canadienne. Par ailleurs, en raison de leur engagement envers un précédent ou un principe, les tribunaux pourraient être réticents à retirer de telles obligations : le cas échéant, ces devoirs pourraient être repensés comme étant réciproques, vu l'égalité formelle qui existerait entre les gouvernements autochtones et les autres acteurs fédéraux. Ceci pourrait avoir un effet boule de neige sur les relations entre les différents acteurs fédéraux, et rendre la fédération plus réceptive à l'adoption d'un principe de fédéralisme coopératif plus rigoureux.

*
* *

L'histoire de la relation constitutionnelle entre les peuples autochtones et le Canada est celle de la montée, de la chute et de la renaissance du pluralisme constitutionnel. Au contact avec les Européens, de multiples ordres juridiques autochtones exerçaient une autorité législative sur les territoires et les peuples des Amériques. Les normes qui constituaient ces ordres juridiques spécifiaient et réglementaient les pratiques économiques, sociales et politiques des individus et des groupes appartenant à des nations autochtones distinctes, en plus des relations des nations autochtones entre elles. La validité juridique de ces normes reposait sur la nature des ordres juridiques desquels elles émanaient. La colonisation européenne importa des normes juridiques coloniales pour lesquelles la validité dépendait, ultimement, des systèmes juridiques de la France et du Royaume-Uni. Les relations parmi ces ordres juridiques, et au sein même de ceux-ci, révèlent un pluralisme constitutionnel naissant qui a été graduellement remplacé par son opposé : une conception unique et hiérarchique de la souveraineté, incapable de tenir compte d'acteurs souverains multiples sur un même territoire. Protégée par cette conception moniste, la Couronne a amorcé la négociation de traités pour des raisons allant à l'encontre de la promesse du pluralisme. La façon dont les tribunaux se sont alors mis à interpréter les traités a rendus ces derniers inintelligibles en tant qu'instruments de reconnaissance mutuelle. La fiction du titre inhérent de la Couronne devint la technologie juridique de la dépossession autochtone, perturbant

de façon draconienne le modèle de propriété autochtone en Amérique du Nord britannique. La superposition au titre de la Couronne était une forme fragile du titre ancestral en common law, laissant aux gouvernements et aux tierces parties le champ relativement libre pour entreprendre diverses activités sur les terres ancestrales, résultant en des niveaux sans précédent d'exploitation et de développement des territoires autochtones par les différents paliers de gouvernement et les tiers.

Toutefois, les normes juridiques autochtones commencent à influencer la relation constitutionnelle entre les peuples autochtones et l'État canadien. Les normes juridiques autochtones prennent de l'importance dans les litiges constitutionnels où la revendication de territoires autochtones, les droits issus de traités et les droits à l'autogouvernance sont en jeux. Les normes juridiques autochtones sont la preuve qu'une communauté autochtone a occupé son territoire ancestral de manière suffisante pour réclamer un titre ancestral sur ces terres. Elles aident à donner un sens aux dispositions des traités entre les peuples autochtones et le Canada. De surcroît, les tribunaux canadiens font de plus en plus référence au fait que des ordres juridiques autochtones existaient et continuent d'exister au Canada aux côtés de l'ordre juridique canadien.

Cet article a cherché à identifier et évaluer les façons de coordonner constitutionnellement le fait qu'il existe une pluralité d'ordres juridiques autochtones ainsi qu'un ordre juridique canadien. Une façon de le faire est de concevoir les ordres juridiques autochtones en tant que groupes à statut particulier ou en tant que juridictions multiculturelles, dont les pouvoirs et l'autorité émanent des identités culturelles autochtones datant de l'époque précédant l'établissement de l'État canadien. Cette vision est cohérente avec la tendance jurisprudentielle qui définit les droits autochtones et issus de traités reconnus et confirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* selon les identités culturelles distinctives des peuples autochtones au moment du contact avec les Européens ou de la signature du traité. Par contre, cette méthode comporte plusieurs lacunes qu'elle partage avec la tendance jurisprudentielle. Sa vision orientée vers le passé est peu pertinente quant à la substance et à la portée de l'autorité gouvernementale que requiert une communauté autochtone afin de se gouverner efficacement, tant aujourd'hui que dans le futur. Elle risque aussi de cristalliser et d'essentialiser les normes culturelles autochtones concernant l'autorité gouvernementale.

Un autre mécanisme de coordination consiste à concevoir les ordres juridiques autochtones comme des acteurs fédéraux au sein de la fédération canadienne. Ce mécanisme a un antécédent plus durable : la fédération elle-même. Il ne conditionnerait pas la substance et la portée de l'autorité gouvernementale autochtone en vertu de ce qu'il en était au moment du contact avec les Européens – ou encore, en établissant un lien à une identité culturelle passée. De plus, le partage des pouvoirs législatifs serait général, et non spécifique, et laisserait tout de même suffisamment d'espace aux gouvernements autochtones pour exercer leur pouvoir législatif de façon à s'adapter aux spécificités de leurs communautés. La substance et le contenu de ces pouvoirs législatifs pourraient être définis en des termes contemporains, avec un regard fonctionnel sur les besoins présents et futurs. Une telle approche permettrait aussi aux Autochtones, en les intégrant dans le débat sur la péréquation, d'influencer et de rendre crédibles leurs demandes politiques de redistribution. Elle pourrait aussi avoir comme effet d'approfondir les engagements constitutionnels selon le principe que les acteurs constitutionnels ont, entre eux, un devoir de loyauté dans l'exercice de leurs pouvoirs législatifs et exécutifs. Afin que ce mode de coordination soit une réussite, il devrait être complété d'instruments de partage du pouvoir afin d'intégrer les allégeances autochtones au sein des institutions gouvernementales fédérales, et possiblement provinciales.

