



Kent McNeil

**LA COMPÉTENCE DU DROIT INHÉRENT DES
GOUVERNEMENTS AUTOCHTONES**

NCFNG
NATIONAL CENTRE
FOR FIRST NATIONS
GOVERNANCE



CNGPN
CENTRE NATIONAL
POUR LA GOUVERNANCE
DES PREMIÈRES NATIONS

Papier de Recherche pour
Le Centre National Pour La
Gouvernance des Premières Nations

octobre 2007

La compétence du droit inhérent des gouvernements autochtones

Kent McNeil, le 11 octobre 2007

Mémoire de recherche pour le
Centre national de la gouvernance des Premières Nations

Depuis la reconnaissance des droits ancestraux et issus de traités au Canada par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le droit constitutionnel canadien a généralement accepté le droit inhérent des peuples autochtones de s'autogouverner¹. Mais quelle est l'étendue de cette autorité gouvernementale, ou compétence, exercée par droit inhérent des gouvernements autochtones? Et comment la compétence des gouvernements autochtones est-elle en interaction avec celle des autres gouvernements du Canada, surtout les gouvernements fédéral et provinciaux? Dans ce mémoire de recherche, nous tenterons de répondre à ces questions d'une façon générale, sans essayer de déterminer ou d'évaluer la compétence d'un gouvernement autochtone quelconque.

Commençons par expliquer quelques concepts de base à l'égard de la compétence. La compétence peut être :

- (1) territoriale, c'est-à-dire qu'elle est exercée à l'égard d'une zone géographique précise, tel le territoire traditionnel d'une nation autochtone ou sur le peuple se trouvant physiquement sur ce territoire;
- (2) personnelle, c'est-à-dire qu'elle est exercée à l'égard de personnes particulières, tels les citoyens d'une nation autochtone, qu'ils se trouvent physiquement ou non sur le territoire de cette nation; ou
- (3) une combinaison de compétence territoriale et de personnelle.

La compétence peut également être:

¹ Voir Commission royale sur les Peuples autochtones, *Partenaires au sein de Confédération : les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution* (Ottawa : Ministre des Approvisionnement et Services, 1993); Canada, *Rapport de la Commission royale sur les Peuples autochtones*, vol. 2, *Une relation à rétablir* (Ottawa : Ministre des Approvisionnement et Services, 1996), pt 1, 105-382 [*Rapport CRPA*] ; le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, *L'autonomie gouvernementale des Autochtones* (Ottawa: Travaux publics et Services gouvernementaux canadiens, 1995); le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, *Rassembler nos forces Le plan d'action du Canada pour les questions autochtones* (Ottawa: Travaux et Services gouvernementaux canadiens, 1997), 13; *Campbell v. British Columbia*, [2000] 4 C.N.L.R 1 (B.C.S.C.).

- (1) exclusive, c'est-à-dire qu'elle ne peut être exercée que par un seul gouvernement qui, au Canada, pourrait être un gouvernement autochtone, un gouvernement provincial ou le gouvernement fédéral; ou
- (2) concurrente, ce qui signifie qu'elle peut être partagée ou exercée par deux gouvernements ou plus, qu'ils soient autochtones, provincial ou fédéral.

Lorsqu'il y a compétence concurrente, il faut des règlements pour établir le gouvernement dont les lois auront la préséance en cas de conflit de compétence. Par exemple, le gouvernement fédéral et les provinces partagent la compétence en matières d'agriculture et d'immigration et le droit constitutionnel canadien prévoit alors que les lois fédérales ont la primauté (c'est-à-dire qu'elles l'emportent) sur les lois provinciales s'il y a un conflit direct entre elles. Ceci signifie que les lois provinciales sont inopérantes dans la mesure qu'elles sont en conflit direct avec les lois fédérales².

La compétence peut également être divisée parmi les trois organes de gouvernement dans le système parlementaire canadien qui provient de la Grande-Bretagne :

- (1) la compétence législative, qui est l'autorité des corps législatifs tel le Parlement du Canada d'adopter des lois;
- (2) la compétence exécutive, qui est l'autorité de l'organe exécutive (par exemple, le cabinet fédéral et les ministères gouvernementaux, telles les Affaires indiennes) de faire et de mettre en œuvre des politiques gouvernementales et d'administrer les lois adoptées par les corps législatifs; et
- (3) la compétence judiciaire, qui est l'autorité des tribunaux et d'autres corps judiciaires d'interpréter et d'appliquer les lois et de régler des différends juridiques.

En vertu de la constitution canadienne, l'ordre de gouvernement – autochtone, fédéral ou provincial – qui possède la compétence législative à l'égard d'une question donnée possède également la compétence exécutive sur la question. Cependant, la compétence judiciaire ne se divise pas aussi aisément, car la compétence des tribunaux ne dépend pas

² Voir Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (Toronto: Carswell), Édition à feuilles mobiles, de 16-1 à 16-20.

de la répartition de pouvoirs législatifs et exécutifs dans la Constitution. La question de la compétence judiciaire ne sera pas traitée dans ce mémoire.

La compétence est soit inhérente, soit déléguée. Le Parlement du Canada et les législatures provinciales exercent la compétence législative qui leur a été déléguée par le Parlement britannique par la *Loi constitutionnelle de 1867* (anciennement *l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*), malgré que la source de l'autorité du Parlement britannique de légiférer pour le Canada n'ait jamais été correctement expliquée³. L'autorité législative du Parlement britannique à l'égard du Canada a pris fin par le rapatriement de la Constitution canadienne en 1982⁴. Malgré tout, la compétence du Parlement du Canada et des législatures provinciales continue à être déterminée par la division des pouvoirs dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, surtout par l'article 91 (indiquant les pouvoirs fédéraux) et l'article 92 (indiquant les pouvoirs provinciaux). Les gouvernements municipaux, telles les citées et villes, exercent également une compétence au Canada, mais celle-ci leur a été déléguée – habituellement par une loi provinciale. Les trois gouvernements territoriaux du Yukon, des Territoires du Nord-Ouest et du Nunavut exercent également une compétence déléguée acquise par des lois du Parlement du Canada.

La compétence inhérente des gouvernements autochtones est une compétence découlant de l'existence de nations autochtones en Amérique du Nord avant l'arrivée des Européens. Les nations autochtones qui sont également les bandes d'Indiens en vertu de la *Loi sur les Indiens* exercent également une compétence déléguée, une compétence qui leur a été conférée, de même qu'à leurs conseils de bande, par les dispositions de cette

³ Dans *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075 à 1103, la Cour suprême a traité cette autorité législative comme si elle était acquise. Pour une analyse critique, voir Michael Asch et Patrick Macklem, « Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty : An Essay on *R. v. Sparrow* », (1991) 29 Alberta Law Review 498. Sákéj Henderson est d'avis que la compétence du souverain britannique en Amérique du Nord devait être acquise de façon dérivée des peuples autochtones par voie de traité : voir James Youngblood Henderson, *First Nations Jurisprudence and Aboriginal Rights : Defining the Just Society* (Saskatoon : University of Saskatchewan Native Law Centre, 2006), 6, et « Empowering Treaty Federalism » (1994) 58 Saskatchewan Law Review 241, surtout à 247-248 [Henderson, « Empowering Treaty Federalism »].

⁴ Depuis 1982, lorsque la *Loi constitutionnelle de 1982* a doté la constitution canadienne d'un mécanisme d'amendement au Canada, le Parlement britannique n'a plus d'autorité au Canada. Pour une discussion des implications du rapatriement pour le Canada comme État-nation, voir Brian Slattery, « The Independence of Canada » (1983) 5 Supreme Court Law Review 369.

Loi⁵. Parce que le propos de ce mémoire de recherche se limite à la compétence *inhérente* des gouvernements autochtones, il ne traitera pas de la compétence déléguée et, donc, le pouvoir délégué des conseils de bande ne sera pas étudié⁶.

L'expression « gouvernements autochtones » doit également être clarifiée. Tel qu'employé dans le présent mémoire, il s'agit des gouvernements des nations indiennes, inuites et métisses qui ont le droit inhérent de se gouverner elles-mêmes. Dans certains cas, il peut s'agir de nations ayant occupé les territoires et exercé la compétence avant l'arrivée des Européens (c'est le cas des nations indiennes et inuites)⁷ ou avant l'établissement d'un contrôle européen réel (c'est le cas des Métis)⁸. Cependant, il faut reconnaître que ces nations n'existent pas nécessairement aujourd'hui de la même façon qu'à l'époque de la colonisation européenne. Le processus de colonisation a eu une incidence profonde sur les nations autochtones et certaines d'entre elles ont été fragmentées en plus petites unités⁹. Par exemple, la création des réserves indiennes et l'imposition du système de conseils de bande par la *Loi sur les Indiens* a créé des bandes indiennes dont plusieurs faisait auparavant partie de nations indiennes plus vastes. Bon nombre de ces bandes s'identifient aujourd'hui comme étant des Premières nations. Dans son rapport de 1996, la Commission royale sur les Peuples autochtones a laissé entendre que le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones du Canada est détenu par les nations autochtones plus vastes plutôt que par les plus petites unités appelées « les collectivités locales » (une expression qui, si je comprends bien, comprend la plupart des bandes indiennes)¹⁰. Cependant, l'approche prise par la Commission ne

⁵ Pour une analyse, voir Kent McNeil, « Challenging Legislative Infringements of the Inherent Aboriginal Right of Self-Government » (2003) 22 Windsor Yearbook of Access to Justice 329.

⁶ Cependant, les *bandes* indiennes semblent avoir une certaine compétence inhérente. Par exemple, ils possèdent l'autorité inhérente de choisir leurs chefs selon leurs coutumes : voir *Bone c. Sioux Valley Indian Band No. 290 Council*, [1996] 3 C.N.L.R. 54 à 65 (C.F. 1^{er} inst.); *Jock c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du nord canadien)*, [1992] 1 C.N.L.R. 103 (C.F. 1^{er} inst.); *Sparvier c. Cowessess Indian Band #73*, [1994] 1 C.N.L.R. 182 (C.F. 1^{er} inst.); *Crow c. Blood Indian Band Council*, [1997] 3 C.N.L.R. 76 (C.F. 1^{er} inst.); *McLeod Lake Indian Band c. Chingee*, [1999] 1 C.N.L.R. 106 (C.F. 1^{er} inst.).

⁷ Dans *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, la Cour suprême a jugé que les droits autochtones des « Indiens » (et vraisemblablement des Inuits) dépendent en droit canadien de leurs pratiques, coutumes et traditions au moment du contact avec les Européens.

⁸ Dans *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207, la Cour suprême a utilisé le critère du contrôle européen réel plutôt que du contact avec les Européens comme étant le moment convenable pour déterminer l'existence de droits métis.

⁹ Voir Wayne Warry, *Unfinished Dreams: Community Healing and the Reality of Aboriginal Self-Government* (Toronto: University of Toronto Press, 1998), surtout à 51-61.

¹⁰ Voir *rapport CRPA*, supra note 1, vol. 2, pt. 1, 234.

convient peut-être pas aujourd'hui à tous les peuples autochtones. En bout de ligne, je crois que l'identification des unités convenables pour l'exercice du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale devrait être laissée aux peuples autochtones eux-mêmes. Donc, lorsque je parle de « gouvernements autochtones » dans ce mémoire, je parle des gouvernements de ces unités possédant l'autonomie gouvernementale, tels qu'identifiés et constitués par les peuples autochtones.

Avant de traiter de la compétence du droit inhérent des gouvernements autochtones, il est également important de souligner que cette compétence est protégée par la Constitution canadienne dans la mesure qu'il s'agit de droits ancestraux ou issus de traités. Il en est ainsi parce que le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit que « les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés. » Ce paragraphe confère une protection constitutionnelle à ces droits dont l'importance sera discutée ultérieurement, surtout la question de la primauté de la compétence des gouvernements autochtones.

Je suis d'avis que les deux questions principales devant être traitées en ce qui concerne la compétence du droit inhérent des gouvernements autochtones sont sa source et son étendue. Une troisième question connexe est celle de la relation entre cette compétence et celle des gouvernements fédéral et provinciaux. Ceci soulève les questions de la concurrence et de la primauté. Ces questions seront discutées dans le contexte du système judiciaire canadien et de la Constitution canadienne dans les trois prochaines parties de ce mémoire. Le droit des peuples autochtones à l'autodétermination, en droit international ou à titre de droit essentiel de la personne, pourrait leur conférer une vaste compétence, mais cette question ne sera pas traitée dans le présent mémoire.

1. Source de la compétence des gouvernements autochtones

(a) Perspectives autochtones

De nombreux Autochtones affirment que la source de leur compétence inhérente est le Créateur qui les a placés en Amérique du Nord et leur enseigna la bonne façon de vivre. Harold Cardinal et Walter Hildebrandt, se fiant à des déclarations par des aînés aux Forums des aînés tenus en Saskatchewan à la fin des années 1990, l'expliquent ainsi :

Les aînés expriment sans réserve leur croyance que la source de la souveraineté de leurs peuples se trouve dans cette relation très spéciale et entière avec le Créateur. Cette croyance était le cadre des institutions et des lois politiques, sociales, éducatives et culturelles de leurs peuples qui leur a permis de survivre comme nations depuis le début des temps jusqu'à ce jour. Selon eux, il s'agit d'un droit divin donné à la naissance de leurs peuples par le Créateur¹¹.

Selon ce point de vue, l'autorité politique a un fondement spirituel ou divin, plutôt que laïque ou humain¹². D'autres chefs autochtones ont exprimé des points de vue semblables¹³. La Commission royale sur les Peuples autochtones l'a résumée en ces termes :

La souveraineté, pour citer un des mémoires, est « la liberté originale confiée à notre peuple par le Créateur, plutôt qu'un pouvoir temporel ». À titre de don du Créateur, la souveraineté ne peut être ni cédée ni enlevée, et ses conditions fondamentales ne peuvent être négociées. Ce point de vue est partagé par plusieurs Autochtones, dont les traditions politiques sont imprégnées d'un sentiment profond du spirituel et de l'interdépendance de toutes choses. Les concepts de souveraineté, d'autonomie gouvernementale et de terre qui, pour certains Canadiens, sont des notions plutôt profanes, ont tous des dimensions spirituelles pour la pensée autochtone contemporaine¹⁴.

Bien qu'on doive être prudent en appliquant une terminologie anglaise et des concepts européens aux sociétés autochtones¹⁵, l'idée essentielle est que pour les peuples

¹¹ Harold Cardinal et Walter Hildebrandt, *Treaty Elders of Saskatchewan : Our Dream is That Our Peoples Will One Day Be Clearly Recognized as Nations* (Calgary: University of Calgary Press, 2000), 11. Voir également Harold Johnson, *Two Families : Treaties and Government* (Saskatoon: Purich Publishing, 2007).

¹² Voir généralement Menno Boldt et J. Anthony Long, « Tribal Traditions and European-Western Political Ideologies : The Dilemma of Canada's Native Indians » (1984) 17 *Canadian Journal of Political Science* 537, surtout à la p. 543.

¹³ Voir, par exemple, Oren Lyons, « Traditional Native Philosophies Relating to Aboriginal Rights », dans Menno Boldt et J. Anthony Long, eds., *The Quest for Justice : Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights* (Toronto: University of Toronto Press, 1985), 19 à la p. 19 : « Les droits autochtones nous furent donnés par le Créateur lorsqu'il nous a mis sur terre ».

¹⁴ *Rapport CRPA*, supra note 1, vol. 2, pt 1, at 109, citant les chefs de l'Ontario, « Submission to the Royal Commission on Aboriginal Peoples (1993) », 19.

¹⁵ Voir *Rapport CRPA*, supra note 1, vol 2, pt 1, à 111-12; Patricia Monture-Angus, *Journeying Forward: Dreaming First Nations' Independence* (Halifax: Fernwood Publishing, 1999), surtout à 35-38; Dale Turner, *This Is Not a Peace Pipe: Towards a Critical Indigenous Philosophy* (Toronto: University of Toronto Press, 2006), surtout à 57-70.

autochtones « la souveraineté » et « la compétence » sont inhérentes et ont des origines spirituelles qui sont insufflées d'une perspective holistique du monde¹⁶.

(b) Perspectives canadiennes non autochtones

Dans la perspective du système judiciaire canadien, la source de la compétence inhérente des gouvernements autochtones semble être plus laïque que spirituelle. Bien qu'elle ne nie pas la dimension spirituelle des droits autochtones, la Cour suprême du Canada a affirmé que ces droits, y compris le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, sont fondés sur l'occupation de territoires par les nations autochtones avec leurs cultures distinctives avant la colonisation européenne. Dans *R. c. Van der Peet*, le juge en chef Lamer a écrit que :

Selon moi, la doctrine des droits ancestraux existe et elle est reconnue et confirmée par le paragraphe 35(1) [de la *Loi constitutionnelle de 1982*], et ce pour un fait bien simple : quand les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les peuples autochtones s'y trouvaient déjà, et vivaient en collectivité sur ce territoire et participaient à des cultures distinctives comme ils l'avaient fait pendant des siècles. C'est ce fait, par-dessus tout, qui distingue les peuples autochtones de tous les autres groupes minoritaires du pays et qui commande leur statut juridique – et maintenant constitutionnel - particulier¹⁷.

Les mots « ils vivaient en collectivités » sont importants, parce qu'ils témoignent de la reconnaissance par la Cour suprême du fait évident que les peuples autochtones vivaient dans des sociétés organisées avant la colonisation européenne. Des décisions subséquentes l'ont confirmé et ont amené les tribunaux à conclure que les droits autochtones sont communaux (c'est-à-dire qu'ils sont détenus par les peuples autochtones à titre de collectivités sociales et politiques, plutôt qu'à titre individuel)¹⁸.

Dans d'autres arrêts, la Cour suprême a expressément reconnu la dimension souveraine, politique des collectivités autochtones. Par exemple, dans *R. c. Sioui*, le juge

¹⁶ Voir généralement Marie Battiste, ed., *Reclaiming Indigenous Voice and Vision* (Vancouver: UBC Press, 2000).

¹⁷ *R. c. Van der Peet*, supra note 7 au par. 30.

¹⁸ See *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139 au par. 67; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique* [1997] 3 R.C.S. 1010 au par. 115; *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911 au par. 9; *R. c. Sappier*; *R. c. Gray*, 2006 SCC 54 aux paras. 26, 31, 74.

Lamer a écrit à l'égard de la période précédant la conquête du Canada français par les Britanniques en 1759-60,

... les documents historiques nous permettent plutôt de conclure que tant la Grande-Bretagne que la France considéraient que les nations indiennes jouissaient d'une indépendance suffisante et détenaient un rôle assez important en Amérique du Nord pour qu'il s'avère de bonne politique d'entretenir avec eux des relations très proches de celles qui étaient maintenues entre nations souveraines.

En effet, les métropoles faisaient tout en leur pouvoir pour s'assurer de l'alliance de chacune des nations indiennes et pour inciter les nations alliées à l'ennemi à changer de camp. Ces efforts, lorsque couronnés de succès, étaient concrétisés par des traités d'alliance ou de neutralité¹⁹.

Plus récemment, dans *Haida Nation c. Colombie-Britannique*, la juge en chef McLachlin a expliqué que « les traités permettent de concilier la souveraineté autochtone préexistante et la souveraineté proclamée de la Couronne, et ils servent à définir les droits ancestraux garantis par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* »²⁰.

En droit canadien, la souveraineté préexistante des nations autochtones est donc la source du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et donc à la compétence des gouvernements autochtones. De ce point de vue, leur compétence semble avoir une base historique, fondée sur des faits, plutôt qu'une base spirituelle.

L'étendue de la compétence des gouvernements autochtones dépend dans une grande mesure de la source de cette compétence. De nouveau, diverses perspectives sont possibles, particulièrement la perspective des peuples autochtones et la perspective non autochtone du système judiciaire canadien.

2. Étendue de la compétence des gouvernements autochtones

(a) Perspectives autochtones

Nous avons vu que de nombreux peuples autochtones considèrent le Créateur comme la source de la compétence inhérente de leurs gouvernements. De ce point de vue,

¹⁹ *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025 à 1052-53.

²⁰ *Haida Nation c. Colombie-Britannique*, [2004] 3 R.C.S. 511 au par. 20.

on pourrait croire que l'étendue de la compétence dépend de l'autorité conférée par le Créateur aux nations autochtones. Le Créateur peut leur avoir conféré une autorité complète ou plénière à l'égard de toutes les questions possibles, en commençant par la chasse et la pêche et s'étendant aux questions telle l'énergie hydroélectrique, qui échappait totalement aux perspectives humaines au moment de l'attribution de l'autorité. Ou encore, l'autorité se limitait peut-être à des questions précises ou comportait peut-être certaines restrictions. Leroy Little Bear a écrit, par exemple, que l'autorité que possèdent les nations autochtones à l'égard de leurs terres comporte certaines conditions :

Pour les Autochtones, c'est comme si le Créateur, c'est-à-dire le premier à accorder la terre aux Indiens, avait stipulé une condition selon laquelle la terre demeurerait indienne « tant et aussi longtemps qu'il y a des Indiens », « tant et aussi longtemps qu'elle n'est pas aliénée », « à condition qu'elle soit utilisée seulement par les Indiens », etc.... Enfin, il faut insister sur une question, c'est-à-dire que la source du droit des Indiens à leur terre peut être retracée au Créateur, qui l'a donnée non seulement aux êtres humains, mais à toutes les créatures vivantes²¹.

Conséquemment, il a constaté que dans les traités avec la Couronne,

Les Indiens ne pouvaient donner un intérêt même égal à ce qu'ils avaient obtenu à l'origine, parce qu'en agissant ainsi, ils violaient la condition imposée lors de l'octroi par le Créateur. De plus, ils n'étaient pas les seuls propriétaires en vertu de l'octroi original par le Créateur, car la terre appartient aux générations passées, à celles à naître et aux plantes et aux animaux²².

À cet égard, je crois qu'il est important de garder à l'esprit que l'étendue de la compétence reçue par une nation autochtone du Créateur fait partie de la connaissance traditionnelle de cette nation. Les détenteurs de cette connaissance sont les aînés et les autres membres de la collectivité reconnus par la nation comme les gardiens et les dépositaires de cette connaissance. Il s'agit des personnes qui devraient être consultées pour comprendre l'étendue de la compétence conférée par le Créateur. Bien que cette compréhension puisse varier d'une nation autochtone à une autre, il semble que les peuples autochtones considèrent généralement que les humains font partie intégrante du

²¹ Leroy Little Bear, « Aboriginal Rights and the Canadian 'Grundnorm' », dans J. Rick Ponting, ed., *Arduous Journey: Canadian Indians and Decolonisation* (Toronto : McClelland et Stewart, 1986), 243 à 246.

²² Little Bear, *supra* note 21 à 247. Voir également Fred Plain, « A Treatise on the Rights of the Aboriginal Peoples of the Continent of North America », dans Boldt et Long, *supra* notes 13, 31 à 34.

monde naturel et que cette vision du monde affecte leur perception de l'autorité politique. Les humains n'ont pas été mis sur la Terre pour la dominer ou l'exploiter, mais plutôt pour la partager avec le reste de la nature et en prendre soin en acquittant les responsabilités que le Créateur leur a confiées²³. Oren Lyons, un Gardien de la foi de la nation Onondaga, l'exprime en ces termes :

Nous sommes le peuple autochtone et nous avons le droit de prendre soin de toute la vie sur cette terre. Nous partageons en commun la terre, non seulement entre nous, mais également avec les animaux et tout ce qui vit sur nos terres. Il s'agit de notre responsabilité. Chaque génération doit acquitter ses responsabilités en vertu de la loi du Créateur. Nos ancêtres ont fait leur part et nous devons maintenant faire la nôtre. Les droits autochtones signifient la responsabilité autochtone et nous avons été mis sur terre pour acquitter nos responsabilités²⁴.

Cette approche peut être contrastée avec la vision judéo-chrétienne transmise en Amérique du Nord par les Européens qui placent les êtres humains au-dessus du monde naturel et les incite à le dominer et à l'exploiter pour leurs propres fins²⁵.

Ainsi, si le Créateur a placé des limites sur l'autorité conférée à une nation autochtone donnée, cela ne signifie pas que l'autorité conservée par le Créateur pourrait être exercée par un autre gouvernement tel le gouvernement d'une nation européenne à l'époque de la colonisation ou le gouvernement du Canada aujourd'hui. Leroy Little Bear n'a pas laissé entendre, par exemple, qu'étant donné que le droit de propriété des peuples autochtones était sujet à des conditions et que les Autochtones n'étaient pas les seuls propriétaires de la terre, que les Européens pouvaient alors s'amener et prétendre à un intérêt pour eux-mêmes. Au contraire, il rejette expressément l'idée que la Couronne britannique pouvait acquérir un droit sous-jacent à l'égard des terres indiennes par la

²³ Voir *Rapport CRPA*, supra note 1, vol 1, à 628-34; Ovide Mercredi et Mary Ellen Turpel, *In the Rapids : Navigating the Future of First Nations* (Toronto: Viking, 1993), surtout à 16; J. Donald Hughes, *American Indian Ecology* (El Paso : Texas Western Press, 1983).

²⁴ Lyons, supra note 13 à 19-20.

²⁵ Voir *La Bible*, version King James, Genèse 1:28, en parlant des êtres humains : « Et Dieu les bénit, et Dieu leur dit, soyez féconds, multipliez, remplissez la terre, et l'assujettissez; et dominez sur les poissons de la mer, sur les oiseaux du ciel et sur tout animal qui se meut sur la terre. » William Blackstone s'est appuyé sur ce passage dans son très prestigieux *Commentaries on the Laws of England* (Oxford : Clarendon Press, 1765-69), vol 2, à 2-3, et il a conclu que « Il s'agit du seul fondement véritable et solide de la domination de l'homme sur les choses externes. »

découverte ou par un moyen autre qu'un achat ou un traité²⁶. Ainsi, en ce qui concerne l'autorité gouvernementale, toute compétence non octroyée à une nation autochtone était dès lors conservée par le Créateur ou, sans doute plus exactement, était entremêlée aux responsabilités du peuple envers le Créateur et envers le reste du monde naturel²⁷. Donc, les restrictions à l'autorité d'une nation autochtone ne créaient pas un vide juridique devant être comblé par un gouvernement colonisateur européen. Si une nation européenne usurpait la compétence, elle se trouvait alors à s'immiscer dans la relation sacrée entre la nation autochtone et le Créateur et violait ainsi la place que les humains occupaient, selon les Autochtones, dans le monde naturel et à l'égard des responsabilités découlant des bienfaits reçus du Créateur.

Les peuples autochtones décrivent également l'étendue de l'autorité de leurs nations en termes historiques²⁸. Lorsque les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les nations autochtones étaient déjà là et n'étaient assujetties à aucune restriction humaine sur la compétence qu'elles exerçaient. En ce sens, elles étaient aussi souveraines que les nations européennes. George Erasmus et Joe Sanders l'expriment en ces termes :

C'est un fait historique qu'avant l'arrivée des Européens... les Premières nations possédaient et exerçaient la souveraineté absolue à l'égard de ce qu'on appelle aujourd'hui le continent nord-américain²⁹.

Comme le souligne Patrick Macklem, cette approche historique est appuyée par la tradition européenne qui considère l'occupation préalable comme une source de droits³⁰.

²⁶ Little Bear, supra note 21 à 255-56. Voir également les propos d'Oren Lyons, cité ci-dessus dans le texte accompagnant la note 24.

²⁷ On peut interpréter cette vision du monde comme une expression de l'humilité manifestée par les peuples autochtones à l'égard de leur place et de leur autorité sur la terre. Elle fait contraste avec les affirmations de domination et de pouvoir illimité des Européens tel qu'exprimé, par exemple, dans la doctrine anglaise de la souveraineté parlementaire. Blackstone, supra à la note 25, vol. 1, à la p. 160, s'appuyant sur les propos du juge en chef Edward Coke, a décrit [TRADUCTION] « le pouvoir et la compétence du Parlement sont tellement transcendants et absolus qu'ils ne peuvent être confinés de quelque façon, que ce soit pour des causes ou des personnes. » Une perception autochtone de ce type d'attitude à l'égard de l'autorité politique se retrouve dans une « interprétation typique de la souveraineté dans les langues cries, c'est-à-dire 'se prendre pour Dieu' (*mandohkasowin*) » : Henderson, « Empowering Treaty Federalism », supra note 3 à 246 n.18.

²⁸ Voir généralement Mercredi et Turpel, supra note 23 à 13-36.

²⁹ George Erasmus et Joe Sanders, « Canadian History : An Aboriginal Perspective », dans John Bird, Lorraine Land et Murray Macadam, eds., *Nation to Nation: Aboriginal Sovereignty and the Future of Canada*, New Edition (Toronto : Irwin Publishers, 2002), 3 à 3. Voir aussi le Grand Chef Michael Mitchell, « An Unbroken Assertion of Sovereignty », dans Boyce Richardson, ed., *Drumbeat: Anger and Renewal in Indian Country* (Toronto : Summerhill Press et l'Assemblée des Premières nations, 1989), 107.

Il s'agit également du fondement de la jurisprudence qui reconnaît la souveraineté et la compétence inhérente des nations indiennes aux États-Unis³¹. Ces arrêts américains ont été utilisés par la Cour suprême du Canada dans des arrêts de principe sur les droits autochtones³².

(b) Perspectives canadiennes non autochtones

Les tribunaux canadiens commencent à peine à traiter de la question du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale. À ce jour, il y a une carence de directives claires émanant des tribunaux quant au contenu de ce droit et donc sur l'étendue de la compétence des gouvernements autochtones³³. Cependant, je suis d'avis qu'il est possible d'identifier au moins deux approches différentes prises par les tribunaux sur la question. Je vais commencer par décrire ces approches et puis en suggérer une troisième qui a reçu moins d'appui judiciaire, mais que j'estime préférable parce qu'elle est plus censée conceptuellement, davantage conforme à la réalité historique et plus équitable.

(i) Approche N° 1 : *R. c. Pamajewon*

Le premier et l'unique arrêt de la Cour suprême du Canada traitant directement de l'existence du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale est *R. c. Pamajewon*³⁴. Ce dossier portait sur les revendications de deux Premières nations Anishnabe ou Ojibwa de l'Ontario alléguant un droit d'autonomie gouvernementale relativement au jeu sur leurs

³⁰ Patrick Macklem, « Les dimensions normatives du droit des Autochtones à l'autonomie gouvernementale », dans la Commission royale sur les Peuples autochtones, *l'autonomie gouvernementale des Autochtones* (Ottawa : Ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1995), 1 aux p. 9-17.

³¹ Voir surtout *Johnson c. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823); *Cherokee Nation c. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831); *Worcester c. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832).

³² Voir, par exemple, *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *R. c. Sioui*, supra note 19; *R. c. Van der Peet*, supra note 7; *Mitchell c. M.R.N.*, supra note 18. Pour une analyse plus poussée, voir Kent McNeil, « Judicial Approaches to Self-Government since *Calder* : Searching for Doctrinal Coherence », dans Hamar Foster, Heather Raven, et Jeremy Webber, eds., *Let Right Be Done: Aboriginal Title, the Calder Case, and the Future of Indigenous Rights*, à paraître, UBC Press, Vancouver [McNeil, « Judicial Approaches to Self-Government »].

³³ Voir Kent McNeil, « The Inherent Right of Self-Government: Emerging Directions for Legal Research », en ligne : <http://fngovernance.org/publications/index.htm>; McNeil, « Judicial Approaches to Self-Government », supra note 32.

³⁴ [1996] 2 R.C.S. 821.

réserves. Ils prétendaient que ce droit faisait partie d'un droit plus vaste d'utiliser et de gérer leurs réserves. Parlant au nom du tribunal, le juge en chef Lamer a affirmé que les Premières nations avaient formulé leur droit d'une façon trop vaste. Au lieu d'un droit général de gouverner l'utilisation de leurs terres sur réserve, il a décidé que la demande devrait être qualifiée comme un droit de participer au jeu sur leurs réserves et de le régler.

Ayant ainsi qualifié de façon étroite le droit réclamé, le juge en chef a décidé que pour prouver ce droit, les Premières nations devaient démontrer que le jeu faisait partie intégrale de leur culture Ojibwa distinctive au moment du contact avec les Européens (probablement au moins 350 ans avant l'audition devant les tribunaux). En d'autres mots, elles devaient convaincre les juges que le jeu était un aspect tellement important de leur culture que leur société serait très différente s'il n'existait pas³⁵. Ce critère de preuve des droits autochtones (autre que le droit aux terres³⁶), connu comme le critère de « faire partie intégrante des cultures distinctives », fut établi par la Cour suprême dans l'arrêt *Van der Peet*³⁷, qui fut décidé le jour précédant l'arrêt dans *Pamajewon*. L'arrêt *Van der Peet* portait sur la demande de reconnaissance du droit des Autochtones de vendre du poisson et non sur un droit d'autonomie gouvernementale. Néanmoins, le juge en chef a indiqué dans l'arrêt *Pamajewon* que le même critère s'appliquait parce que « les revendications d'autonomie gouvernementale ne diffèrent pas des autres prétentions à la jouissance de droits ancestraux, et elles doivent, de ce fait, être appréciées au regard de la même norme »³⁸.

Le critère de « faire partie intégrante des cultures distinctives » pour prouver les droits autochtones a fait l'objet de sérieuses critiques par des juristes universitaires et

³⁵ Il est à noter que dans *R. c. Sappier*; *R. c. Gray*, supra note 18, la Cour suprême semble avoir un peu relâché ce critère. Le juge Bastarache a écrit au paragraphe 41 : « L'idée que la pratique antérieure au contact devrait être une « caractéristique déterminante » de la société autochtone, de sorte que la culture en cause serait « fondamentalement modifiée » sans elle, a également créé, parfois, des obstacles artificiels à la reconnaissance et à la confirmation des droits ancestraux.... [L]es tribunaux devraient être prudents en décidant si la culture aurait pas été fondamentalement modifiée si l'activité de cueillette en question n'avait pas été utilisée. »

³⁶ Dans *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, supra note 18, la Cour suprême a décidé que le droit de propriété autochtone à l'égard de la terre peut être établi en prouvant l'occupation exclusive de celle-ci au moment où la Couronne a affirmé sa souveraineté. Voir également *R. c. Marshall*; *R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220. Pour une analyse plus approfondie, voir Kent McNeil, « Aboriginal Title and the Supreme Court : What's Happening? » (2006) 69 Saskatchewan Law Review 281.

³⁷ *R. c. Van der Peet*, supra note 7.

³⁸ *R. c. Pamajewon*, supra note 34 au par. 24.

d'autres commentateurs³⁹. Entre autres, ils ont souligné que le critère présume erronément que les droits autochtones peuvent être identifiés en fixant un moment arbitraire du passé d'une culture autochtone, ce qui crée une approche de droits figés dans le temps qui ignore la nature dynamique des cultures autochtones. L'application de ce critère aux revendications d'autonomie gouvernementale a également fait l'objet de critiques⁴⁰. Contrairement aux propos du juge en chef Lamer, l'exercice de l'autorité gouvernementale *est* très différente de droits autochtones mettant en cause l'accès aux ressources naturelles tel le poisson⁴¹. De plus, en limitant les revendications d'autonomie gouvernementale à des questions faisant partie intégrante des cultures autochtones avant le contact avec les Européens, le critère ne tient pas compte des très importantes adaptations que les nations autochtones ont dû faire afin de composer avec l'incidence de la colonisation européenne. De même, le critère ne permet pas aux nations autochtones de se gouverner dans un monde moderne conformément aux besoins et priorités actuels. Enfin, parce que le critère fragmente le droit à l'autonomie gouvernementale en compétences à la pièce dans des domaines précis comme le jeu, les nations autochtones doivent faire une preuve distincte de chaque élément de leur compétence. On leur impose ainsi un fardeau de la preuve très peu pratique et des coûts déraisonnables.

Malgré les critiques du critère de « faire partie intégrante des cultures distinctives » et de son application aux revendications d'autonomie gouvernementale, il n'en demeure pas moins que l'arrêt *Pamajewon* est une décision de la Cour suprême qui demeure la loi du Canada tant qu'il n'est pas renversé ou modifié par la Cour ou supplantée par un amendement à la Constitution canadienne. Il nous faut donc tenir

³⁹ Par exemple, voir John Borrows, « Frozen Rights in Canada : Constitutional Interpretation and the Trickster » (1997) 22 *American Indian Law Review* 37; Russel Lawrence Barsh et James Youngblood Henderson, « The Supreme Court's *Van der Peet* Trilogy : Naïve Imperialism and Ropes of Sand » (1997) 42 *McGill Law Journal* 993; Catherine Bell, « New Directions in the Law of Aboriginal Rights » (1998) 77 *Canadian Bar Review* 36 à 44-50.

⁴⁰ Par exemple, voir Bradford W. Morse, « Permafrost Rights : Aboriginal Self-Government and the Supreme Court in *R. v. Pamajewon* » (1997) 42 *McGill Law Journal* 1011; Doug Moodie, « Thinking Outside the 20th Century Box : Revisiting *Mitchell* – Some Comments on the Politics of Judicial Law-Making in the Context of Aboriginal Self-Government » (2003-2004) 35 *Ottawa Law Review* 1; McNeil, « Judicial Approaches to Self-Government », supra note 32.

⁴¹ En droit constitutionnel canadien, il existe une distinction nette entre le droit aux ressources naturelles et la compétence à l'égard de ces ressources. Par exemple, dans *St. Catherine's Milling and Lumber Company c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46, le Conseil privé a distingué la propriété des terres et des ressources du bois par rapport à la compétence législative à leur égard. Voir également *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario [Fisheries Reference]*, [1898] A.C. 700.

compte des implications de la décision à l'égard de la compétence des gouvernements autochtones. L'approche *Pamajewon* signifie que les nations autochtones débutent avec une boîte vide en ce qui concerne la compétence⁴². S'ils revendiquent devant les tribunaux canadiens un droit à l'autonomie gouvernementale en vertu du paragraphe 35(1), il leur incombe alors de prouver que chaque élément dont ils se réclament compétents faisait partie intégrale de leur culture distinctive, et était apparemment réglementé par eux, au moment du contact avec les Européens. La compétence doit donc être établie au cas par cas. La compétence globale d'une nation autochtone est donc l'ensemble de tous les éléments sur lesquels cette nation peut établir sa compétence de cette façon. Évidemment, cette approche offre peu de promesses à des nations autochtones qui aimeraient que les tribunaux reconnaissent qu'ils possèdent une vaste compétence pour gouverner leurs territoires et leurs peuples de façon à être des participants actifs dans le monde moderne.

Cependant, le caractère peu pratique de l'approche dans l'arrêt *Pamajewon* pourrait être atténué dans une certaine mesure si la décision plus récente de la Cour suprême dans *Haida Nation c. Colombie-Britannique* s'appliquait aux revendications d'autonomie gouvernementale. Dans cet arrêt, la juge en chef McLachlin a affirmé que la si Couronne « entend agir honorablement, elle ne peut traiter cavalièrement les intérêts autochtones qui font l'objet de revendications sérieuses dans le cadre du processus de négociation et d'établissement d'un traité. Elle doit respecter ces intérêts potentiels mais non encore reconnus »⁴³. Le tribunal a décidé que la Couronne était tenue de consulter la nation autochtone qui revendiquait et, lorsque les circonstances s'y prêtaient, d'accommoder ses intérêts. Même si l'arrêt *Haida* portait sur la revendication de titres de propriété autochtones, cette obligation pourrait également s'appliquer aux revendications d'autonomie gouvernementale, en exigeant que la Couronne consulte avec les nations autochtones lorsque, par exemple, l'exercice de la compétence du Parlement a une incidence sur les revendications autochtones à l'autonomie gouvernementale.

⁴² La métaphore de la boîte vide/boîte pleine a déjà été utilisée à l'égard des droits autochtones : par exemple, voir Ardith Walkem et Halie Bruce, eds., *Box of Treasures or Empty Box? Twenty Years of Section 35* (Penticton, C.-B. : Theytus Books, 2003).

⁴³ *Haida Nation c. Colombie-Britannique*, supra note 20 au par. 27. Voir également *Taku River Tlingit First Nation c. Colombie-Britannique (Project Assessment Director)*, [2004] 3 R.C.S. 550; *Mikisew Cree First Nation c. Canada (ministre du Patrimoine canadien)*, [2005] 3 R.C.S. 388 (application de l'obligation de consulter dans le contexte des droits issus de traités).

(ii) Approche N° 2 : *Campbell v. British Columbia*

Le premier traité moderne en Colombie-Britannique a été conclu par la nation Nisga'a et est entrée en vigueur en 2000. Parmi les dispositions détaillées de ce traité, on retrouve un chapitre sur la reconnaissance du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale de la nation Nisga'a et on y énonce la compétence du gouvernement Nisga'a Lisims et des gouvernements des villages Nisga'a. Gordon Campbell, alors chef de l'opposition de la Colombie-Britannique, et deux de ses collègues libéraux ont institué un recours en Cour suprême de la Colombie-Britannique contestant la validité constitutionnelle des dispositions sur l'autonomie gouvernementale du traité Nisga'a. Il s'agit du dossier connu comme *Campbell v. British Columbia*⁴⁴. Entre autres choses, M. Campbell et ses collègues ont plaidé que la Constitution canadienne ne laissait aucune place à des gouvernements autochtones parce que tous les pouvoirs législatifs avaient été répartis entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux par la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Le juge Williamson a siégé dans le dossier *Campbell* et a rejeté les arguments contestant la validité constitutionnelle des dispositions sur l'autonomie gouvernementale du traité Nisga'a. Il a jugé que les pouvoirs législatifs n'avaient pas été entièrement répartis en 1867 et qu'il y avait donc place dans la Constitution canadienne pour des gouvernements autochtones et pour l'exercice de la compétence inhérente. Les dispositions sur l'autonomie gouvernementale du traité Nisga'a ont défini la compétence inhérente de la nation Nisga'a et l'a consignée par écrit. Le juge Williamson ne voyait aucun problème à ce que les parties au traité règlent la question de cette façon. En fait, la Cour suprême du Canada avait encouragé les peuples autochtones et la Couronne à conclure des ententes négociées plutôt que de tenter de résoudre leurs différends par la voie des tribunaux⁴⁵.

Parmi ses motifs, le juge Williamson a maintenu la validité constitutionnelle des dispositions sur l'autonomie gouvernementale en s'appuyant sur l'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique* de 1997 du juge en chef Lamer. Dans cet arrêt, la Cour suprême

⁴⁴ Supra note 1.

⁴⁵ Voir *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, supra note 18 au par. 186.

du Canada a étudié les revendications de la propriété des terres se trouvant sur les territoires traditionnels des nations Gitksan (ou Gitx̄san) et Wet'suwet'en en Colombie-Britannique. Ces nations avaient également revendiqué un droit à l'autonomie gouvernementale à l'égard de leurs territoires et de leurs peuples. Cependant, la Cour suprême n'a pas traité de la validité de cette revendication sinon pour laisser entendre qu'à la lumière de *R. c. Pamajewon* l'autonomie gouvernementale avait été qualifiée de façon trop vaste. Cependant, dans son analyse de la question du droit de propriété autochtone, le juge en chef Lamer avait fait les constatations suivantes, qui furent interprétées par le juge Williamson dans l'arrêt *Campbell* comme une reconnaissance du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale :

Une dimension supplémentaire du titre aborigène est le fait qu'il soit détenu *collectivement*. Le titre aborigène ne peut pas être détenu par un autochtone en particulier; il est un droit foncier collectif, détenu par tous les membres d'une nation autochtone. Les décisions relatives aux terres visées sont également prises par cette collectivité⁴⁶.

Se référant à ce passage, le juge Williamson a dit ce qui suit :

[TRADUCTION] Est-il possible, comme le prétendent les plaignants, qu'un droit limité d'autonomie gouvernementale ne peut faire l'objet d'une protection constitutionnelle en vertu du paragraphe 35(1) [de la *Loi constitutionnelle de 1982*]? Je ne crois pas. Les extraits ci-dessus de l'arrêt *Delgamuukw* laissant entendre que la collectivité possède le droit de décider l'utilisation qui sera faite des terres visées par le titre de propriété autochtone sont déterminants quant à cette question. Je conclus que le titre de propriété autochtone « avec son plein effet », notamment le droit de la collectivité de prendre des décisions quant à l'utilisation de la terre et donc le droit d'avoir une structure politique pour la prise de ces décisions est constitutionnellement garanti par l'article 35.

Une analyse du raisonnement de la Cour suprême du Canada dans *Delgamuukw* ne permet aucune autre conclusion⁴⁷.

L'interprétation du juge le Williamson dans *Delgamuukw* sert de fondement à une deuxième approche judiciaire sur la question du droit inhérent à l'autonomie

⁴⁶ *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, supra note 18 au par. 115 [souligné du juge Lamer].

⁴⁷ *Campbell c. Colombie-Britannique*, supra note 1 aux paras. 137-38, citant *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, supra note 18 au par. 133. Le juge Williamson, aux paras. 138-39, s'est également appuyé sur le jugement du juge Lamer dans *R. c. Sioui*, supra note 19 à 1043, pour appuyer son opinion que des traités peuvent prévoir des dispositions à l'égard de l'autonomie gouvernementale : [TRADUCTION] « Il n'existe aucune raison pour laquelle une entente portant sur un élément autre qu'un territoire, telle une entente au sujet de droits politiques et sociaux, ne peut être un traité au sens de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* ».

gouvernementale. La propriété autochtone de terres, et en fait tous les autres droits ancestraux et issus de traité, sont de natures communales⁴⁸. Donc, les collectivités autochtones doivent avoir le pouvoir décisionnel sur l'exercice de ces droits. Comme le soulignait le juge Williamson, il doit y avoir « une structure politique » - c'est-à-dire un gouvernement – au sein de la collectivité afin d'exercer ce pouvoir. Ainsi, les nations autochtones doivent avoir un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale quant à leurs droits ancestraux et issus de traité. De plus, étant donné que la décision *Campbell* n'a pas été portée en appel, le jugement Williamson a force de loi, tout au moins en Colombie-Britannique.

Quelle est donc l'étendue du droit inhérent des gouvernements autochtones en vertu de cette seconde approche? À moins d'être précisée dans un traité comme celui des Nisga'a⁴⁹, l'étendue de leur compétence est déterminée par l'ampleur des droits ancestraux et issus de traités de la nation autochtone qui revendique la compétence. En ce qui concerne les terres dont les Autochtones ont les titres de propriété, cela signifie qu'ils ont la compétence pour la gestion et l'utilisation de ces terres et des ressources se trouvant sur et sous celles-ci, telles les forêts et les mines⁵⁰. Ils possèdent également la compétence à l'égard des droits de chasse et de pêche et à l'égard de tout autre domaine pour lequel ils peuvent établir des droits ancestraux ou issus de traités. Ceci peut comprendre la compétence à l'égard de questions comme la famille, l'éducation et les soins de santé. Cependant, lors de litiges, le fardeau de la preuve appartient toujours aux peuples autochtones – pour établir la compétence à l'égard d'une domaine donné, ils doivent d'abord prouver un droit ancestral ou issu de traités à l'égard de la question. Lorsqu'il s'agit du droit de propriété de terres autochtones, il faut prouver une occupation

⁴⁸ En ce qui concerne les droits autochtones, voir *R. c. Sparrow*, supra note 3 à 1112. En ce qui concerne les droits issus de traités, voir *R. c. Marshall [No. 2]*, [1999] 3 R.C.S. 533 au par. 17.

⁴⁹ L'arrêt *Campbell* fait ressortir que lorsque des peuples autochtones signent un traité comme le traité Nisga'a qui définit l'étendue de leur droit inhérent d'autonomie gouvernementale, un tribunal n'exigera pas la preuve de l'existence préalable des éléments précis de la compétence établie dans le traité. Ayant conclu que la Nation Nisga'a avait un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, le juge Williamson n'a alors pas remis en question l'autorité des parties au traité Nisga'a de s'entendre sur l'étendue de ce droit.

⁵⁰ Dans *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, supra note 18, la Cour suprême a jugé que le titre de propriété autochtone comprenait les ressources naturelles, y compris les ressources tels le pétrole et le gaz dont les peuples autochtones ne faisaient peut-être pas usage avant la colonisation européenne.

exclusive de la terre réclamée à l'époque où la Couronne a affirmé sa souveraineté⁵¹. En ce qui concerne les autres droits autochtones, ils doivent prouver ces droits conformément au critère de « faire partie intégrante des cultures distinctives » énoncé par la Cour suprême dans l'arrêt *Van der Peet*⁵². Lorsqu'il s'agit de droits issus de traités, ils doivent convaincre un tribunal que le traité en question prévoit les droits réclamés⁵³.

Donc, comme dans la première approche découlant de la décision *Pamajewon*, la deuxième approche découlant de la décision du juge Williamson dans l'arrêt *Campbell* signifie que les gouvernements autochtones débutent également avec une compétence de boîte vide. Le fardeau leur appartient de remplir cette boîte en prouvant les droits ancestraux ou issus de traités, ou une combinaison de ceux-ci. Cette deuxième approche, bien qu'elle soit plus généreuse pour les peuples autochtones que la première, comporte des limites et place un lourd fardeau de preuve sur les plaignants autochtones qui tentent de prouver leurs droits devant les tribunaux canadiens. Cependant, lorsque des droits autochtones sont revendiqués, mais non pas prouvés, nous avons vu que la Couronne a l'obligation de consulter la nation autochtone faisant la revendication et d'accommoder ses intérêts lorsque les circonstances l'imposent. Ces intérêts comprendraient leur demande d'autonomie gouvernementale à l'égard des droits revendiqués. Par exemple, en ce qui concerne la nation Haida, cela devrait signifier que l'obligation de la Couronne de consulter et d'accommoder doit tenir compte de l'autorité décisionnelle de la nation Haida – c'est-à-dire de son droit d'autonomie gouvernementale – à l'égard des terres visées par un titre de propriété autochtone.

Malgré l'ouverture créée par l'arrêt *Haida Nation*, je suis d'avis que l'approche dans l'arrêt *Campbell*, bien qu'elle soit préférable à celle de l'arrêt *Pamajewon*, demeure problématique. Ni *Campbell* ni *Pamajewon* ne tiennent compte du fait historique évident – un fait reconnu par la Cour suprême dans les arrêts *Sioui* et *Haida Nation*⁵⁴ – que les peuples autochtones étaient des nations indépendantes avant la colonisation européenne. De même, les deux approches sont peu pratiques car, lorsqu'un droit autochtone à

⁵¹ Voir supra note 36.

⁵² Voir supra texte accompagnant notes 35-37.

⁵³ Pour un exemple d'une revendication de traité réussi, voir *R. c. Marshall [No. 1]*, [1999] 3 R.C.S. 456. Pour un exemple d'une revendication qui n'a pas réussi, voir *R. c. Marshall*; *R. c. Bernard*, supra note 36.

⁵⁴ Voir supra texte accompagnant notes 19-20.

l'autonomie gouvernementale est revendiqué devant un tribunal, ces approches ne permettent pas à la compétence autochtone inhérente de s'appliquer à des questions qui ne faisaient pas partie intégrante des cultures autochtones distinctives avant le contact avec les Européens, qui ne sont pas en relation avec un titre de propriété autochtone et qui n'ont pas été définies dans un traité tel celui des Nisga'a. Les deux approches pourraient donc exclure la compétence à l'égard de domaines essentiels pour les nations autochtones si elles veulent exercer de façon réaliste l'autorité gouvernementale dans un monde moderne. Je vais donc proposer une troisième approche qui n'a pas encore été acceptée comme telle par les tribunaux canadiens, mais qui est plus conforme à la réalité historique et aux besoins contemporains des nations autochtones.

(iii) Approche N° 3 : Compétences autochtones résiduelles

La troisième approche commence avec le fait indéniable que les peuples autochtones étaient indépendants avant la colonisation européenne en Amérique du Nord. Comme l'a reconnu la Cour suprême, ils habitaient des sociétés organisées et exerçaient une autorité politique à titre de nations. Pour employer l'expression utilisée par la juge en chef McLachlin dans *Haida Nation*, ils détenaient une « souveraineté autochtone préexistante »⁵⁵.

Quelle était l'étendue de cette compétence à titre de nations indépendantes, souveraines? Nous avons vu que conformément aux traditions de tout au moins certains peuples autochtones, cette compétence venait du Créateur et comportait peut-être des restrictions, sous forme de responsabilités. Ces responsabilités pourraient limiter l'autorité des gouvernements autochtones, selon le Créateur. Par exemple, l'utilisation de certains sites importants à des fins spirituelles ne serait peut-être pas permise si l'utilisation contrevenait aux lois du Créateur. Cependant, nous avons également constaté que cela ne signifiait pas un vide de compétence autorisant un autre gouvernement, tel celui d'une nation européenne colonisatrice, de s'amener et d'autoriser une utilisation qui violait les traditions autochtones. De plus, le peuple autochtone serait responsable du site et aurait une obligation de le protéger contre des utilisations non autorisés par des humains, conformément au sentiment de responsabilité généralement manifesté par les

⁵⁵ Voir supra texte accompagnant note 20.

Autochtones à l'égard de la terre⁵⁶. Ainsi, des restrictions sur l'utilisation d'un site par une nation autochtone ne signifient pas que son gouvernement n'avait aucune compétence à son égard. De plus, toute limite à la compétence de la nation ne signifierait pas qu'une autre nation pourrait affirmer sa compétence et ignorer les restrictions.

Outre les limites contenues dans le cadeau original de compétence accordée par le Créateur, la compétence détenue par les nations autochtones avant la colonisation européenne aurait été globale. À titre de nations indépendantes, elles auraient possédé l'autorité complète sur leurs territoires (compétence territoriale) et sur leurs citoyens (compétence personnelle). En d'autres mots, la boîte des compétences aurait été pleine⁵⁷. Cette troisième approche que je propose commence donc avec cette boîte pleine. Au lieu de débiter avec une boîte de compétences vide et obliger les peuples autochtones à surmonter de formidables fardeaux de preuve pour la remplir, cette approche accepte que les nations autochtones avaient la pleine compétence au moment de la colonisation. Ceci est conforme à la réalité historique des Autochtones d'Amérique du Nord et est conforme au droit américain⁵⁸. Par voie de contraste, la position de la boîte vide approuvée par les tribunaux canadiens quant aux deux premières approches étudiées constitue un déni de cette réalité. Elle n'est également pas conforme à l'approche de la Cour suprême de se fier à la jurisprudence américaine et d'accepter la souveraineté préexistante des nations autochtones.

L'approche que je propose a des conséquences très importantes quant au fardeau de prouver la compétence de droit inhérent des gouvernements autochtones. En débutant avec une pleine compétence autochtone, les peuples autochtones n'ont pas à prouver les composantes de leur compétence. Le fardeau repose plutôt sur la Couronne de démontrer comment cette pleine compétence a été diminuée⁵⁹. La jurisprudence canadienne donne certaines indications sur la façon possible de s'y prendre.

⁵⁶ Voir supra la citation tirée du texte accompagnant la note 24 d'Oren Lyons. Voir également Plain, supra note 22 à la p. 34; Taiaiake Alfred, *Peace, Power, Righteousness : An Indigenous Manifesto* (Don Mills, Ontario: Oxford University Press, 1999), 60-62.

⁵⁷ Voir supra note 29 la citation tirée de Erasmus et Sanders.

⁵⁸ Voir supra les arrêts cités à la note 31 et l'analyse plus détaillée dans McNeil, « Judicial Approaches to Self-Government », supra note 32.

⁵⁹ Ceci est également conforme au droit américain selon lequel les États-Unis ont le fardeau de prouver dans quelle mesure la souveraineté interne des nations indiennes a été réduite : voir William C. Canby, Jr., *American Indian Law*, 2nd ed. (St. Paul: West Publishing, 1988), 71-72. Cette approche se manifeste en partie par la règle d'interprétation judiciaire voulant que les lois du Congrès américain doivent

D'abord, selon le juge Binnie, qui a rédigé un jugement distinct (auquel a souscrit le juge Major) dans *Mitchell c. M.N.R.*⁶⁰, l'acquisition de la souveraineté par la Couronne a réduit la compétence des nations autochtones en leur enlevant tout pouvoir incompatible avec la souveraineté de la Couronne⁶¹. Le côté positif de cette approche est que le juge Binnie a donc laissé entendre que la compétence autochtone était résiduelle, de sorte qu'elle pourrait comprendre toute l'autorité gouvernementale qui n'est pas incompatible avec la souveraineté de la Couronne. Il était néanmoins d'avis que le contrôle des frontières canadiennes était essentiel à la souveraineté de la Couronne et que les nations autochtones n'avaient donc pas un droit autochtone d'amener des biens des États-Unis au Canada sans obéir aux lois canadiennes sur les douanes⁶². Ainsi, la compétence autochtone à l'égard du commerce traversant ce qui est devenu des frontières internationales a apparemment été perdue et doit donc être soustraite de la compétence globale que possédaient les nations autochtones avant la colonisation européenne. Un autre exemple de perte de compétence donné par le juge Binnie est celui de questions militaires essentielles à la défense du Canada. Malgré tout, il a affirmé que la doctrine de l'incompatibilité avec la souveraineté doit être appliquée « avec prudence » et « avec modération »⁶³. Plus particulièrement, il a précisé que « le principe de l'incompatibilité avec la souveraineté n'a pas empêché les États-Unis (malgré leur cadre constitutionnel très différent) de continuer de reconnaître certaines formes d'autonomie gouvernementale *interne* des autochtones qui, à leur avis, sont des expressions de la souveraineté

être interprétées, si possible, en faveur de la souveraineté indienne : voir *Santa Clara Pueblo v. Martinez*, 436 U.S. 49 (1978); *United States v. Wheeler*, 435 U.S. 313 (1978); *Bryan v. Itasca County*, 426 U.S. 373 (1976).

⁶⁰ Supra note 18.

⁶¹ Même si les tribunaux canadiens tiennent généralement la souveraineté de la Couronne pour avérée, la question de la façon et du moment de l'acquisition n'a jamais été réglée. Pour des analyses critiques, voir John Borrows, « Sovereignty's Alchemy : An Analysis of *Delgamuukw v. British Columbia* » (1999) 37 *Osgoode Hall Law Journal* 537; Patrick Macklem, *Indigenous Difference and the Constitution of Canada* (Toronto: University of Toronto Press, 2001), 107-31; Mark D. Walters, « The Morality of Aboriginal Law » (2006) 31 *Queen's Law Journal* 470, surtout à 502-17.

⁶² Pour une critique de cette facette du jugement du juge Binnie, voir Leonard I. Rotman, « Developments in Aboriginal Law : The 2000-2001 Term » (2001) 15 *Supreme Court Law Review* (2d) 1 à 20-28; Peter W. Hutchins et Anjali Choksi, « From *Calder* to *Mitchell*: Should the Courts Control Cultural Borders? » (2002) 16 *Supreme Court Law Review* (2e) 241 à 260-66; Gordon Christie, « The Court's Exercise of Plenary Power: Rewriting the Two-Row Wampum » (2002) 16 *Supreme Court Law Review* (2d) 285. Comparer avec l'évaluation plus positive dans Moodie, supra note 40 à 27-39.

⁶³ *Mitchell c. M.N.R.*, supra note 18 aux paras. 151, 154.

autochtone résiduelle »⁶⁴. Mais si la doctrine de l'incompatibilité avec la souveraineté est acceptée par la Cour suprême⁶⁵, cela pourrait signifier une façon pour la Couronne de prouver que certains aspects de la compétence autochtone ont été perdus⁶⁶.

Une deuxième façon pour la Couronne de prouver une diminution de la compétence de droit inhérent serait peut-être de démontrer que des éléments de cette compétence ont été éteintes, soit unilatéralement en vertu de lois antérieures à la mise en œuvre du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, soit volontairement par traité⁶⁷. Cependant, le fardeau pour la Couronne de prouver la perte d'un droit autochtone est onéreux. Dans *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, le juge en chef Lamer s'est exprimé en ces termes :

Cette norme [d'extinction], qui a été énoncée dans *Sparrow* précité [⁶⁸], à la p. 1099, est celle de l'intention « claire et expresse ». Dans cet arrêt, la Cour a établi une distinction entre les règles de droit qui éteignent des droits ancestraux et celles qui se bornent à les régler. Quoique des règles de droit appartenant à cette deuxième catégorie aient pu être « nécessairement incompatibles » avec l'exercice continu de droits ancestraux, elles ne pouvaient pas éteindre ces droits. Même si l'obligation de manifester une intention claire et expresse n'exige peut-être pas que le gouvernement « utilise des mots faisant explicitement état de l'extinction des droits ancestraux » (*Gladstone, précité* [⁶⁹] au paragraphe 34), la norme est néanmoins très élevée⁷⁰.

⁶⁴ *Mitchell c. M.R.N.*, supra note 18 au par. 165 [souligné par le juge Binnie].

⁶⁵ Notons que dans *Mitchell c. M.R.N.*, supra note 18 aux paras. 61-64, la juge en chef McLachlin, qui a écrit le jugement de la majorité, a expressément décliné de traiter de la question de « l'incompatibilité avec la souveraineté », laissant ainsi ouverte la question de « dans quelle mesure le droit colonial en matière de succession des pouvoirs souverains est pertinent dans la définition des droits autochtones en vertu du par. 35(1) » (par. 64). Cependant, elle a écrit par. 10 que « les intérêts et les lois coutumières autochtones étaient présumés survivre à l'affirmation de souveraineté, et ont été incorporés dans la common law en tant que droits, sauf si : (1) ils étaient incompatibles avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne; (2) ils avaient été cédés volontairement par traité; ou (3) le gouvernement les avait éteints ».

⁶⁶ Voir, par exemple, *Canada (Minister of National Revenue) v. Ochapowace Ski Resort Inc.*, [2002] S.J. No. 526 (Sask. Prov. Ct.) aux paras. 74-76. Comparer à *Walpole Island First Nation v. Canada (Attorney General)*, [2004] O.J. No. 1970 aux paras. 11-12, 17.

⁶⁷ Voir la citation de la juge en chef McLachlin tirée de l'arrêt *Mitchell c. M.R.N.* dans la note 65, supra. Pour une analyse plus approfondie de l'extinction, voir Kent McNeil, « Extinguishment of Aboriginal Title in Canada : Treaties, Legislation, and Judicial Discretion » (2001-2002) 33 *Ottawa Law Review* 301.

⁶⁸ *R. c. Sparrow*, supra note 3.

⁶⁹ *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723.

⁷⁰ *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, supra note 18. Voir également *R. c. Sappier*; *R. c. Gray*, supra note 18 au par. 60, où la Cour suprême a suivi l'arrêt *R. c. Sparrow*, supra note 3, et a jugé que « le recours à un régime de permis pour régler la récolte de bois se trouvant sur les terres de la Couronne

Il semble donc que l'exercice par le Parlement du Canada de sa compétence relativement aux peuples autochtones, par exemple à l'égard d'une question particulière, n'aura pas pour effet en soi d'éteindre la compétence des gouvernements autochtones quant à la question. Pour que le droit soit éteint, l'intention du Parlement de le faire doit être tout à fait manifeste⁷¹. De plus, si le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale est un droit autochtone unique, les restrictions législatives quant à l'exercice de ce droit seraient probablement des contraventions plutôt que des extinctions⁷², et l'approche de contraventions discutées ci-dessous s'appliquerait.

L'extinction par traité de la compétence de gouvernements autochtones est juridiquement possible, mais dépendrait des dispositions du traité sur lequel la Couronne se fonde. La Cour suprême a établi un certain nombre de règlements pour l'interprétation des traités qui rend plus difficile pour la Couronne d'établir qu'il y a eu extinction de la sorte. Par exemple, les traités doivent recevoir une interprétation libérale et toute ambiguïté doit profiter aux parties autochtones⁷³. De plus, on doit tenir compte des contextes historiques, politiques et culturels et la tradition orale doit être intégrée aux traités en même temps que les dispositions écrites⁷⁴. Bien que les parties autochtones aient pu reconnaître que la Couronne était une entité souveraine avec qui un partage de compétences était possible, il est peu probable qu'elles aient eu l'intention de céder leurs propres compétences à la Couronne⁷⁵. Cependant, il faudrait tenir compte du traité en question et du contexte historique, politique et culturel dans lequel il a été négocié.

Troisièmement, la Couronne pourrait tenter de prouver que la compétence des gouvernements autochtones a été diminuée par la contravention du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale en vertu ou comme conséquence des lois. Si la

ne satisfait pas à la norme élevée exigeant la preuve d'une intention claire d'éteindre le droit ancestral de récolter le bois à des fins domestiques ».

⁷¹ Pour une analyse plus approfondie de l'adoption de la *Loi sur les Indiens* par le Parlement, voir McNeil, supra note 5.

⁷² Voir *Partenaires au sein de Confédération*, supra note 1 à 31-35.

⁷³ Voir *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387 à 402; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771 au par. 41; *R. c. Morris*, [2006] CSC 59 au par. 29.

⁷⁴ Voir *R. c. Badger*, supra note 73 au par. 52; *R. c. Marshall [No. 1]*, [1999] 3 R.C.S. 456; *R. c. Morris*, supra note 73 au par. 18.

⁷⁵ Voir la citation tirée du rapport de la *Commission royale sur les Peuples autochtones* accompagnant la note 14 supra. Voir également Cardinal et Hildebrandt, supra note 11, surtout 31-38; Walters, supra note 61 à 510-12.

contravention a eu lieu avant la prise d'effet du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* le 17 avril 1982, il ne serait pas nécessaire de justifier la contravention au moment où elle a eu lieu. Cependant, la législature adoptant la loi qui a contrevenu aurait été obligée de posséder l'autorité constitutionnelle pour le faire. Le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* a conféré au Parlement du Canada la compétence exclusive à l'égard « des Indiens et des terres réservées pour les Indiens ». Dans *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, la Cour suprême a jugé que les droits autochtones font partie du noyau central de la compétence fédérale⁷⁶. Dans sa décision récente de *R. c. Morris*, le tribunal a tiré la même conclusion à l'égard des droits issus de traités⁷⁷. C'est ainsi que bien que le Parlement du Canada ait pu contrevenir à la compétence du droit inhérent des gouvernements autochtones sans justification avant le 17 avril 1982, il est peu probable que les législatures provinciales aient eu l'autorité constitutionnelle pour le faire⁷⁸.

La protection constitutionnelle accordée aux droits autochtones par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* a constitué un changement très important. Ces droits ne peuvent désormais plus être éteints par le gouvernement fédéral, même par voie législative⁷⁹. La protection contre l'extinction par les provinces en place depuis la Confédération a donc été élargie pour inclure le Parlement fédéral. Cependant, le Parlement (et possiblement les législatures provinciales) peuvent encore contrevenir aux droits autochtones, y compris le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, si la contravention peut être justifiée conformément aux critères établis par la Cour suprême en 1990 dans l'arrêt *R. c. Sparrow*⁸⁰. Ces critères exigent que la Couronne prouve que la contravention répond à un objectif législatif valable et que les obligations fiduciaires de la Couronne ont été respectées. La deuxième partie de ces critères consistent à savoir si la contravention s'est limitée à ce qui était nécessaire pour atteindre cet objectif, si l'on a

⁷⁶ *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, supra note 18 aux paras. 177-78.

⁷⁷ *R. c. Morris*, supra note 73 aux paras. 41-60, 90-100.

⁷⁸ Cependant, veuillez noter que la Cour suprême a envoyé des messages conflictuels sur cette question affirmant d'une part que les droits autochtones font partie du noyau exclusif de pouvoirs de compétence fédérale et, d'autre part, que les législatures provinciales peuvent y contrevenir : voir, par exemple, *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, supra note 18 aux paras. 160, 177-78. Sur la question de contravention fédérale par l'entremise de la *Loi sur les Indiens*, voir McNeil, supra note 5.

⁷⁹ *R. c. Van der Peet*, supra note 7 à 28; *Mitchell c. M.R.N.*, supra note 18 à 11.

⁸⁰ Supra note 3.

offert une indemnisation lorsque les circonstances l'exigeaient et si les Autochtones affectés ont été consultés. Comme nous l'avons vu, l'obligation de consulter s'applique même si le droit revendiqué n'a pas encore été prouvé⁸¹.

Ainsi, lorsque la compétence des gouvernements autochtones a été enfreinte par ou en raison de lois constitutionnellement valides, il faut, pour que la contravention soit valide après le 17 avril 1982, qu'elle soit justifiée conformément aux critères de *Sparrow*. Cette nécessité de justification s'applique aux contraventions ayant lieu avant cette date, mais continuant après, de même que celles ayant lieu après cette date⁸². Si la Couronne ne peut répondre au fardeau de preuve exigé par ce critère, la contravention ne serait alors pas valide et pourrait être ignorée par les gouvernements autochtones. Par ailleurs, même une contravention valable aurait seulement pour effet de suspendre la compétence des gouvernements autochtones tant que la loi qui contrevient était en vigueur et continuait à être justifiée. Si la loi était abrogée et que la contravention cessait d'être justifiée, la compétence des gouvernements autochtones qui avait été suspendue par la contravention pourrait de nouveau être exercée.

Pour résumer cette troisième approche, le point de départ est la compétence complète des peuples autochtones en tant que nations indépendantes avant la colonisation européenne. Selon que la Cour suprême accepte ou non la doctrine de l'incompatibilité avec la souveraineté, cette compétence a peut-être été réduite dans la mesure qu'elle est incompatible avec la souveraineté de la Couronne. Elle a également pu être éteinte en totalité, et possiblement en partie, par ou comme conséquence de lois constitutionnellement valides; cependant, le fardeau de prouver l'extinction repose sur la Couronne et le fardeau de preuve est onéreux. En principe, il aurait pu y avoir extinction totale ou partielle au moyen d'un traité, mais il faudrait alors bien comprendre le traité dans son contexte historique, politique et culturel. Enfin, dans la mesure où la compétence de gouvernements autochtones n'a pas été perdue ou éteinte avant l'entrée en vigueur du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, elle bénéficierait alors de protection constitutionnelle et ne pourrait plus être éteinte unilatéralement par ou en

⁸¹ Voir supra, texte accompagnant la note 43.

⁸² Il en est ainsi parce depuis l'entrée en vigueur du par. 35(1) en 1982, toute contravention doit être justifiée afin d'éviter l'incorporation de systèmes réglementaires antérieurs à la définition des droits autochtones existants visés par le par. 35(1) et ainsi éviter de créer un ensemble de droit disparates à travers le Canada : voir *R. c. Sparrow*, supra note 3 à 1091-92.

conséquence d'une loi. Après cette date, l'extinction exigerait le consentement de la nation autochtone en cause. Cependant, la compétence des gouvernements autochtones pourrait encore être contrevenue par des lois, mais seulement si cette contravention était justifiée par les critères de l'arrêt *Sparrow*.

3. La compétence concurrente et la primauté

Les gouvernements autochtones exerçant la compétence inhérente dans le contexte du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'agissent pas isolément. Ils ont nécessairement des relations avec d'autres gouvernements – autochtones, fédéral, provincial, territorial et municipal – avec qui ils partagent la compétence. En ce qui concerne les gouvernements fédéral et provincial en particulier, il y a inévitablement des chevauchements de compétence. Par exemple, les provinces sont compétentes dans le secteur de l'éducation et des soins de santé, qui sont des questions qui font sans doute également partie des compétences des gouvernements autochtones. Nous avons également vu que le gouvernement fédéral a une vaste compétence à l'égard des « Indiens et des terres réservées pour les Indiens », ce qui comprend probablement la compétence à l'égard de la plupart sinon la totalité des questions relevant de la compétence des gouvernements autochtones⁸³. Les gouvernements autochtones partagent donc leur compétence avec celle d'autres gouvernements à de nombreux égards, ce qui nécessite des règles de primauté pour décider si ce sont les lois des gouvernements autochtones ou celles des gouvernements fédéral ou provincial qui ont préséance en cas de conflit. En raison des limites du présent mémoire, je ne peux faire plus que de proposer un vaste aperçu de l'approche à prendre vis-à-vis ces questions complexes.

Peu importe laquelle des trois approches est prise à l'égard de la compétence des gouvernements autochtones décrite dans la partie précédente de ce mémoire, ces questions de compétence concurrente et de primauté seront soulevées. Dans la première approche (l'approche *Pamajewon*), nous avons vu que la compétence des gouvernements autochtones dépend des questions dont on peut prouver faire partie du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale en application du critère de « faire partie intégrante des

⁸³ Voir *Rapport CRPA*, supra note 1, vol. 2, pt. 1, à 216.

cultures distinctives ». Quant à la deuxième approche (l'approche *Campbell*), leur compétence dépend des autres droits et titres de propriété autochtones, de même que des droits issus de traité qu'ils peuvent prouver et sur lesquels ils possèdent une autorité décisionnelle. Quant à la troisième approche (l'approche de la souveraineté résiduelle), la compétence autochtone est ce qui demeure de leur autorité gouvernementale totale après la soustraction des compétences perdues en raison, possiblement, d'incompatibilité avec la souveraineté de la Couronne, de l'extinction ou d'une contravention justifiée. Sous réserve de répondre aux fardeaux de preuve requis, les gouvernements autochtones ont, pour chaque approche, des secteurs de compétence susceptibles d'être définis et qui sont probablement concurrents aux domaines de compétence du Parlement et des législatures provinciales. Alors, quelle compétence prime en cas de conflit?

Il s'agit d'une question à laquelle les tribunaux canadiens ont à ce jour donné très peu de indications. Malgré tout, je crois qu'il est possible tout au moins de donner une amorce de réponse en appliquant les principes généraux du droit canadien découlant des décisions des tribunaux. À mon avis, peu importe laquelle des trois approches est prise à l'égard de la compétence des gouvernements autochtones, elle sera généralement partagée avec la compétence du gouvernement fédéral ou du gouvernement provincial, ou des deux. Il en est ainsi parce que les articles 91 et 92 en particulier de la *Loi constitutionnelle de 1867* ont attribué une vaste autorité législative et exécutive aux gouvernements fédéral et provinciaux, y compris l'attribution au Parlement fédéral du Canada, par l'entremise du paragraphe 91(24), de la compétence exclusive à l'égard des « Indiens et des terres réservées pour les Indiens ». De plus, l'article 91 a attribué au Parlement la compétence résiduelle à l'égard de toutes questions qui n'avaient pas été attribuées aux législatures provinciales. Cependant, tel que souligné par le juge Williamson dans l'arrêt *Campbell*⁸⁴, cette attribution du pouvoir législatif et exécutif n'a pas enlevé le droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale⁸⁵. Il a poursuivi en décidant que ce droit avait été inclus comme droit autochtone au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cela signifie que depuis 1982, la compétence autochtone est protégée contre les contraventions tant fédérales que

⁸⁴ *Campbell v. British Columbia*, supra note 1.

⁸⁵ Voir également *Partenaires au sein de Confédération*, supra note 1 à 31-35.

provinciales, à moins qu'une contravention ne soit justifiée conformément aux critères de l'arrêt *Sparrow*. De plus, si une province tente d'exercer sa compétence d'une façon qui affecte l'essence de la compétence fédérale à l'égard des « Indiens et des terres réservées pour les Indiens », elle ne pourrait le faire en raison du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁸⁶.

Par conséquent, en raison du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la compétence du droit inhérent des gouvernements autochtones devrait avoir la primauté sur la compétence des gouvernements fédéral et provinciaux, sauf lorsqu'il y a contravention à la compétence autochtone qui puisse se justifier par les critères de l'arrêt *Sparrow*⁸⁷. Cela signifie que dans l'éventualité tout au moins d'un conflit direct⁸⁸, les lois fédérales et provinciales doivent normalement céder devant les lois autochtones qui relèvent de la compétence des gouvernements autochtones. Les lois fédérales auront préséance sur les lois autochtones seulement si le gouvernement fédéral peut prouver un objectif législatif valable pour contrevenir au droit inhérent d'autonomie gouvernementale du peuple autochtone en cause, tout en démontrant que la contravention

⁸⁶ Voir *Dick c. la Reine* [1985] 2 R.C.S. 309; *R. c. Morris*, supra note 73. Pour une analyse plus approfondie, voir Kerry Wilkins, « Of Provinces and Section 35 Rights » (1999) 22 *Dalhousie Law Journal* 185; Kent McNeil, « Aboriginal Title and the Division of Powers : Rethinking Federal and Provincial Jurisdiction », (1998) 61 *Saskatchewan Law Review* 431, réimpression dans Kent McNeil, *Emerging Justice? Essays on Indigenous Rights in Canada and Australia* (Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Centre, 2001), 249 [*Emerging Justice?*].

⁸⁷ La Commission royale sur les Peuples autochtones a tiré une conclusion semblable (rapport *CRPA*, supra note 1, vol. 2, pt. 1, à 213-24), mais seulement à l'égard de ce qu'on appelle « le centre du champ de compétence autochtone » et qui comprend « toutes les questions qui sont cruciales pour la vie et le bien-être d'un peuple autochtone particulier, pour sa culture et son identité; qui n'ont pas d'incidences profondes sur les gouvernements voisins; et qui ne sont pas par ailleurs l'objet d'un intérêt fédéral ou provincial transcendant. » Hors ce centre, la Commission a laissé entendre qu'il y avait des compétences autochtones périphériques qui, même si elles étaient inhérentes, ne pouvaient être exercées sans l'accord des gouvernements fédéral et provinciaux.

⁸⁸ Dans ce contexte, nous ne savons pas encore si les tribunaux canadiens vont appliquer le critère du conflit opérationnel élaboré à l'égard de la primauté des lois fédérales sur les lois provinciales : voir note 2 et le texte accompagnateur ci-dessus. Une meilleure approche serait que les lois autochtones aient la primauté si elles occupaient le champ de compétence. Par exemple, si un gouvernement autochtone adoptait des lois traitant de pêche et de poissons à l'intérieur du territoire de cette nation autochtone, les lois fédérales ou provinciales sur la pêche et les poissons ne s'appliqueraient pas à l'intérieur du territoire (à moins qu'on puisse démontrer une contravention justifiable, en utilisant le critère de l'arrêt *Sparrow*), même si ces lois n'étaient pas directement en conflit avec les lois autochtones. L'occupation du champ de la pêche et des poissons par des lois autochtones aurait alors pour effet d'exclure l'application des lois fédérales et provinciales à l'égard de ces questions. Contrairement à l'approche du conflit direct, cette approche n'occasionne pas des situations pénibles et peu pratiques où les Autochtones doivent respecter deux ou trois ensembles de lois portant sur la même question. Cette approche a été utilisée pour éviter un tel problème dans l'entente finale des Nisga'a concernant certains éléments de la compétence des Nisga'a.

est minime, qu'il y a paiement d'une indemnité si l'intérêt économique du peuple autochtone est affecté et qu'il y a eu consultation suffisante⁸⁹. Cependant, en ce qui concerne les lois provinciales, il est peu probable qu'elles pourraient contrevenir au droit inhérent d'autonomie gouvernementale, compte tenu qu'il s'agit d'un droit autochtone qui cadre à l'essence de la compétence exclusive fédérale en vertu du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁹⁰.

Lorsqu'un gouvernement autochtone décide de ne pas exercer sa compétence à l'égard d'une question donnée, la compétence concurrente signifie que les lois fédérales ou provinciales relatives à la question continuent à s'appliquer au peuple et au territoire autochtone en question, pourvu que d'autres droits ancestraux et issus de traités ne soient pas contrevenus (ou, s'ils le sont, que la contravention soit justifiée en vertu des critères de l'arrêt *Sparrow*). On évite ainsi un vide juridique à l'égard de la question. Cette approche donne également aux nations autochtones le choix de continuer à œuvrer selon les lois fédérales et provinciales dans des secteurs qu'elles ne sont pas encore prêtes à prendre en main. La compétence concurrente peut donc s'avérer utile aux peuples autochtones pour développer leur capacité d'autonomie gouvernementale et pour étendre l'exercice de la compétence dans de nouveaux secteurs à leur propre rythme et conformément à leurs propres besoins et priorités⁹¹.

Conclusions

Pour de nombreux peuples autochtones, la source de la compétence inhérente de leurs gouvernements est le Créateur. L'étendue de leur compétence est donc déterminée par le pouvoir qui leur a été conféré par le Créateur. Ce qui ne leur a pas été conféré a présument été conservé par le Créateur ou constitue des responsabilités que le Créateur leur a imposées et qui ne peuvent donc pas être exercées par un autre

⁸⁹ Il s'agit des aspects principaux du critère de justification de l'arrêt *Sparrow* : voir le texte accompagnant les notes 80-81 supra. Selon moi, il sera la plupart du temps difficile de justifier la contravention du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale : voir McNeil, supra note 5 à 344-48, 357-60.

⁹⁰ Voir supra notes 76-78, 86, et texte accompagnant.

⁹¹ Voir Kent McNeil, « Envisaging Constitutional Space for Aboriginal Governments » (1993) 19 *Queen's Law Journal* 95 à 133-36, réimprimé dans *Emerging Justice?*, supra note 86, 184 à 211-14; *Rapport CRPA*, supra note 1, vol. 2, pt. 1, à 217.

gouvernement, qu'il s'agisse d'un gouvernement européen colonisateur ou le gouvernement du Canada. De plus, il est peu probable que les peuples autochtones aient eu l'intention d'abandonner leur compétence lorsqu'ils ont conclu des traités avec la Couronne. Selon la tradition orale de nombreux peuples autochtones, ils entendaient partager la compétence avec la Couronne.

Le système juridique canadien a reconnu que les peuples autochtones étaient des nations souveraines avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord. Si l'imposition de la souveraineté de la Couronne a diminué la souveraineté et donc la compétence des nations autochtones, on s'attendrait alors que le fardeau incomberait à la Couronne de démontrer comment cela s'est produit et de prouver les compétences enlevées aux Autochtones. Au lieu, les tribunaux canadiens ont imposé aux peuples autochtones le fardeau de prouver la compétence qu'ils possédaient après l'imposition de la souveraineté de la Couronne. De plus, afin d'en faire la preuve directe, ils doivent répondre à un critère créé par la Cour suprême exigeant une preuve générale de droits autochtones, connu comme le critère de faire « partie intégrante des cultures distinctives ». Subsidièrement, ils peuvent prouver d'autres droits autochtones tels les droits de chasse et de pêche ou le droit de propriété autochtone des terres et espérer que leur autorité décisionnelle sur ces questions servira de fondement à leur compétence à l'égard de ces droits.

Peu importe l'approche prise pour déterminer l'étendue de la compétence du droit inhérent des gouvernements autochtones, cette compétence en droit constitutionnel canadien est sans doute concurrente à des compétences qui se chevauchent des gouvernements fédéral et provinciaux. Avant l'adoption du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les lois fédérales auraient eu la préséance sur les lois autochtones, tout au moins dans les cas de conflit entre eux. Le paragraphe 35(1) a renversé cette primauté en accordant une protection constitutionnelle aux droits autochtones, y compris le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Ainsi, depuis le 17 avril 1982, les lois autochtones devraient avoir préséance sur les lois fédérales et provinciales, sauf lorsque la Couronne peut prouver que la contravention de la compétence autochtone par la loi fédérale est justifiée. Parce qu'il est douteux que les gouvernements provinciaux aient jamais eu l'autorité de contrevenir au droit inhérent à

l'autonomie gouvernementale, la contravention par une loi provinciale de la compétence autochtone ne devrait pas être permise constitutionnellement.

Dans ce mémoire de recherche, j'ai résumé ce que j'estime être les principes applicables pour déterminer la compétence du droit inhérent des gouvernements autochtones en droit constitutionnel canadien. Nous avons vu qu'il y a au moins trois approches possibles. Les deux premières, les approches *Pamajewon* et *Campbell* – ont été explicitement endossées par les tribunaux canadiens. La troisième – l'approche de la souveraineté résiduelle – n'a fait l'objet que d'une allusion par le juge Binnie dans l'arrêt *Mitchell* sans pour autant être acceptée par la majorité de la Cour suprême. Je suis toutefois d'avis que cette troisième approche est la seule qui soit conforme à la reconnaissance par la Cour suprême de la souveraineté préexistante des nations autochtones. Elle place également sur la Couronne le fardeau de prouver comment et dans quelle mesure cette souveraineté a été réduite, ce qui constitue, selon moi, le fardeau approprié tant comme principe juridique que dans une perspective de justice. Mais parce que cette troisième approche n'a pas encore été explicitement acceptée par les tribunaux canadiens, je ne puis affirmer qu'il s'agit d'une expression de la loi canadienne.

On a souvent affirmé que la question de la compétence des gouvernements autochtones est une question qu'il vaut mieux régler par négociation et entente avec les gouvernements fédéral et provinciaux (ou territoriaux). Cependant, bon nombre de nations autochtones ne sont prêtes à mettre de côté leur compétence pendant des années de négociations. Ils n'ont pas à le faire. Parce que le droit à l'autonomie gouvernementale est inhérent, elles peuvent l'exercer et utiliser leur compétence sans d'abord obtenir l'accord du gouvernement fédéral ou provincial⁹². Si elles veulent éviter autant que possible les contestations judiciaires, l'approche la plus sûre serait sans doute d'exercer la compétence à l'égard des droits ancestraux et issus de traités qu'elles prétendent déjà avoir, parce que l'arrêt *Campbell* a décidé que les nations autochtones possèdent l'autonomie gouvernementale à l'égard de ces droits. Par exemple, si elles revendiquent un titre de propriété pour leur territoire traditionnel, elles peuvent affirmer un droit d'autonomie gouvernementale à l'égard des terres et des ressources à l'intérieur de ce

⁹² Voir *Rapport CRPA*, supra note 1, vol. 2, pt. 1, à 215 (en faisant allusion à l'essentiel de la compétence autochtone : voir supra note 87).

territoire et exercer la compétence quant à leur gestion et leur utilisation. Si le gouvernement provincial exerçait une compétence à l'égard des mêmes terres et ressources, il s'agirait d'une contravention potentielle au droit de propriété autochtone et à l'autorité décisionnelle des autochtones sur ces terres et ressources. Cela mettrait en branle l'obligation par le gouvernement provincial de les consulter et, lorsque les circonstances s'y prêtent, d'accommoder leurs intérêts. Dans un tel contexte, ces intérêts comprendraient non seulement le droit de propriété réclamé à l'égard de la terre, mais également le droit à l'autonomie gouvernementale qu'ils revendiquent à l'égard de ces terres. Dans un tel contexte, il serait souhaitable pour la province non seulement de consulter la nation autochtone, mais également de conclure avec elle une entente négociée. Autrement, la province serait susceptible de responsabilité juridique si un tribunal reconnaissait plus tard le droit de propriété et les droits d'autonomie gouvernementale des Autochtones et décidait que la province n'avait pas l'autorité constitutionnelle pour contrevenir à ces droits⁹³.

Bien que la pleine étendue de la compétence autochtone demeure incertaine, la loi canadienne reconnaît qu'elle est suffisamment vaste pour accorder aux nations autochtones une autorité réelle et un important pouvoir de négociation avec les gouvernements fédéral et provinciaux. Cette autorité ne repose pas sur la conclusion d'ententes générales ou de traités qui définissent les droits des nations autochtones et la compétence de leurs gouvernements. D'autres gouvernements doivent les consulter de gouvernement à gouvernement lorsque les droits ou intérêts revendiqués par les autochtones risquent d'être compromis en raison des politiques ou décisions de ces autres gouvernements. Des nations autochtones et d'autres gouvernements peuvent négocier des ententes à l'égard de politiques et de projets précis, tels les développements des ressources sur des terres se trouvant sur les territoires de ces nations. En participant à ces négociations, les gouvernements autochtones se trouveraient à exercer leur compétence et pourraient en tirer des avantages financiers pouvant mener à d'autres projets et programmes gouvernementaux à l'intérieur de leurs collectivités. Ce qui est essentiel ici c'est que les gouvernements autochtones peuvent agir de la sorte immédiatement, car ils

⁹³ Voir Kent McNeil, « Aboriginal Rights, Resource Development, and the Source of the Provincial Duty to Consult in *Haida Nation* and *Taku River* » (2005) 29 *Supreme Court Law Review* (2d) 447, surtout à 460.

possèdent l'autorité pour le faire en vertu des lois canadiennes existantes et ils n'ont pas à obtenir la permission du gouvernement fédéral, des gouvernements provinciaux ou des tribunaux canadiens pour exercer leur compétence.