



VERS UNE RECONNAISSANCE CONSTITUTIONNELLE des droits des autochtones

Marine LE PULOCH
Université Paris VII – Denis Diderot.

Introduction

Dans l'étude du recours au droit, la reconnaissance constitutionnelle des droits des autochtones au Canada est exemplaire. En effet, si, contrairement aux apparences, les gouvernements britanniques, puis canadiens, reconnaissent depuis longtemps que les peuples autochtones ont un droit de regard sur les terres qu'ils occupaient, cette reconnaissance en droit a évolué au cours des temps. Ce sont les mouvements sociaux menés par les autochtones dès la fin des années 1960, qui, ayant abouti à plusieurs décisions majeures des tribunaux canadiens,¹ contraignirent le gouvernement canadien à fléchir sa politique dans le sens des revendications autochtones. Nous étudierons dans cet article ce fléchissement qui s'amorce en 1973 et aboutit, en 1982, à la reconnaissance constitutionnelle des droits des autochtones.

Dès le début de la colonisation britannique, la reconnaissance du droit de propriété originel des autochtones s'était traduite par l'achat des terres autochtones. En 1763, la Proclamation royale stipula la procédure à suivre pour obtenir la cession des droits de propriété autochtone ; depuis lors, les traités furent la manière la plus courante de négocier les cessions territoriales au Canada. Les traités intégraient ainsi le concept d'un droit de propriété autochtone, en termes d'achat et de transfert des droits de propriété.² Or, les questions de l'abrogation ou de la restriction³ des droits des autochtones cédés par traités n'ont jamais été clairement définies par la *common law* canadienne.

¹ Voir notamment Marine Le Puloch, « Emergence d'un nouveau militantisme autochtone au Canada et nouvelles interprétations juridiques », *Nouveaux Regards sur L'Amérique : Peuples, nation, société. Perspectives comparatistes (XVII^e-XXI^e siècles)*, dir. Nathalie Caron & Naomi Wulf (Paris : Syllepse, 2004) 165-78.

² David W. Elliott, « Aboriginal Title », *Aboriginal Peoples and The Law: Indian, Metis and Inuit Rights in Canada*, dir. Bradford W. Morse (Ottawa : Carleton University Press, 1989) 111-20.

³ On appelle « abrogation » (*extinguishment*) des droits autochtones l'acte par lequel le gouvernement fédéral supprime le droit territorial des autochtones. On appelle « restriction » (*abridgment*) des droits autochtones l'acte par lequel le gouvernement fédéral restreint ces droits sans pour autant les abroger.

De sorte que restent posés les problèmes d'ordre juridique auxquels la *common law* répond au gré des choix politiques : les traités abolissent-ils ou restreignent-ils les droits des autochtones ? Les Indiens ont-ils abandonné leurs droits en signant des traités ? Un traité peut-il être tenu comme nul et non avenu si le gouvernement fédéral n'a pas observé ses engagements, ou bien encore si le document signé est ambigu, susceptible de méprises et s'il comporte des erreurs ? Si tel est le cas, la question des droits territoriaux autochtones doit-elle rester ouverte aux revendications des signataires et de leurs descendants sur les territoires concernés par les traités ?⁴

La principale question qui se pose donc ici est celle de la responsabilité constitutionnelle du gouvernement fédéral envers le règlement des droits territoriaux des autochtones. Depuis 1867, la question relève exclusivement de la juridiction fédérale, selon les termes de l'article 91, alinéa 24, de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique.⁵ Néanmoins, la responsabilité fiduciaire de la Couronne et du gouvernement fédéral ne fut pas établie par les tribunaux avant 1990.⁶ Aussi la notion de « droits ancestraux »⁷ soulève-t-elle bon nombre de questions : quels sont le statut légal et la nature du titre autochtone ? Est-il légal de résilier ou de limiter ce droit ? L'État est-il alors dans l'obligation de verser des compensations aux autochtones ?

Au Canada, les intérêts des autochtones ne furent que très récemment définis dans des termes comparables, sinon similaires, à ceux que les Indiens eux-mêmes utilisent.⁸ Comme nous allons le voir plus loin dans cet article, la politique gouvernementale a évolué avec le temps. Jusqu'en 1973, le gouvernement canadien se refusa à reconnaître les droits ancestraux « inhérents » des autochtones qui n'avaient signé aucun traité ni cédé aucune terre. Seuls étaient examinés les droits à la terre qui émanaient des traités et n'étaient pas respectés par les autorités gouvernementales. Puis, inversant sa politique sous la pression des autochtones, le gouvernement fédéral s'engagea à satisfaire également certaines revendications territoriales qui ne dépendaient pas des traités mais se réclamaient des droits et titres ancestraux.⁹ La Loi constitutionnelle de 1982 reconnaît les traités ainsi que

⁴ David H. Getches, Charles F. Wilkinson & Robert A. Williams Jr., *Cases and Materials on Federal Indian Law* (St. Paul, Minn. : West Publishing, 1993) 974-98 ; Douglas E. Sanders, « Aboriginal Rights in Canada : An Overview », *Law and Anthropology* 2.177 (1987) : 987-88 ; Ralph W. Johnson, « Fragile Gains : Two Centuries of Canadian and United States Policy Toward Indians », *Washington Law Review* 66.643 (1991).

⁵ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30-31 Victoria, ch. 3 (R.-U.), s. 91(24), s. 91(24). Voir notamment : William H. P. Clement, *The Law of the Canadian Constitution* (Toronto : Carswell, 1916).

⁶ *R. Sparrow*, 1 R.C.S. 1075-1290 (Cour suprême du Canada, 1990).

⁷ C'est ainsi que le terme « *aboriginal title* » est traduit par la Cour suprême du Canada. Voir par exemple : *Calder et al. c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, R.C.S. 313 (Cour suprême du Canada, 1973).

⁸ Canada, « Statement Made by the Honourable Jean Chrétien, Minister of Indian and Northern Development on Claims of Indian and Inuit People / Déclaration par l'honorable Jean Chrétien, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, au sujet des revendications des Indiens et Inuit », Ottawa, 8 août 1973 ; Canada, *In All Fairness* (Ottawa : Department of Indian Affairs and Northern Development, 1981) ; *Loi constitutionnelle de 1982*, (R.-U.), constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, s. 37(2).

⁹ La décision de la Cour suprême dans l'affaire *Calder* fut décisive et dicta cette nouvelle politique gouvernementale. Voir notamment : Canada, *In All Fairness*.

les « droits ancestraux existants », qui font désormais partie intégrante de la trame constitutionnelle au Canada.¹⁰ C'est dans ce contexte que le gouvernement fédéral a mis en place un mécanisme de règlement des revendications territoriales qui doit permettre de négocier de nouveaux accords.

La question de la propriété des terres et des ressources autochtones fait depuis longtemps l'objet de longs débats politiques et économiques, de recours devant les tribunaux et de négociations territoriales. Le débat se poursuit de nos jours et demeure le lieu de conflits majeurs entre les peuples autochtones et les gouvernements canadiens, fédéral et provinciaux.

Une reconnaissance encore imprécise

Un nouvelle politique indienne (1973)

L'année 1973 fut fertile en événements qui bouleversèrent le paysage social et juridique et influèrent sur la politique des gouvernements. Le 8 août, à la suite des mouvements sociaux autochtones et de la décision de la Cour suprême en 1973 dans l'affaire *Calder*,¹¹ Jean Chrétien, alors ministre des Affaires indiennes et du nord canadien, fit montre, dans un discours sur « Les revendications des peuples indiens et inuit », d'une nouvelle attitude à l'égard des autochtones.¹² La validité fondatrice de la Proclamation royale de 1763 se trouvait à nouveau confirmée par la bouche de Jean Chrétien :

Aux termes de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique [de 1867], [le gouvernement] reconnaît et accepte la responsabilité envers les Indiens et les terres qui leur sont réservées. [...] [Cette responsabilité est] le résultat d'une évolution historique qui remonte à la Proclamation royale de 1763, laquelle constitue une déclaration fondamentale des intérêts fonciers des Indiens, quelles que soient les différentes interprétations légales.¹³

Le gouvernement fédéral était, quant à lui, soudainement décidé à accélérer le règlement des revendications autochtones. Aussi le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (MAINC) devait-il désormais négocier directement avec les autochtones :

Le gouvernement est tout à fait conscient de ce que les revendications [des autochtones] ne concernent pas uniquement des questions d'ordre financier et territorial, mais qu'elles concernent également la perte d'un mode de vie. Par conséquent, tout règlement doit contribuer de manière positive à la recherche d'une solution durable aux problèmes culturels, sociaux et économiques qui ont mis les Indiens et les Inuit au ban de la société canadienne depuis trop longtemps.

¹⁰ *Loi constitutionnelle de 1982*, s. 35, s. 37(1), s. 37(2).

¹¹ *Calder & al.*.

¹² Canada, « Statement Made by the Honourable Jean Chrétien ».

¹³ Canada, « Statement Made by the Honourable Jean Chrétien », cité in : R. Sparrow, 1104. Voir également Canada, *Native Claims : Policy, Processes and Perspectives* (Ottawa : Indian and Northern Affairs, Office of Native Claims (ONC), 1978).

Le gouvernement a décidé de régler la question et estime que c'est par la négociation qu'il faut procéder. C'est ainsi que nous parviendrons à un accord avec les peuples indiens et inuit.¹⁴

Le gouvernement fédéral s'engageait à prendre en compte

les revendications et les propositions [des autochtones] [...]. Ces revendications émanent de groupes d'Indiens qui n'ont pas signé de traité avec la Couronne. Elles sont fondées sur ce qu'il convient d'appeler le « droit indien », le « droit autochtone », le « droit originel », le « droit indigène », ou le « droit d'usufruit ».¹⁵

Les droits ancestraux des autochtones qui n'avaient pas signé un traité étaient donc enfin pris en considération. Il fallait désormais définir les intérêts des autochtones, les droits territoriaux, les droits de chasse, de pêche et de trappe, ainsi que le montant des compensations financières. Par ailleurs, les Indiens étaient invités à participer aux structures gouvernementales nécessaires au bon fonctionnement des accords passés entre le gouvernement et les Indiens.

Les revendications des autochtones furent réparties en trois catégories¹⁶ : les « revendications globales », fondées sur des droits et titres ancestraux inhérents concernant les régions où aucun traité n'avait été signé, les « revendications particulières », qui relevaient des traités, et les revendications dites « d'un caractère différent » :

La nature même de ces revendications est liée à la perte de l'exploitation traditionnelle et de l'occupation de territoires situés dans les régions [...] où le droit des Indiens n'a jamais été abrogé, ni par traité, ni par décret législatif. [...] Ces territoires se situent en Colombie-Britannique, au nord du Québec, au Yukon et dans les Territoires du Nord-Ouest.

Il existe d'autres régions où aucun traité de cession territoriale n'a été signé, au sud du Québec et dans les provinces Maritimes. Le gouvernement estime que les revendications territoriales qui émanent de ces régions sont d'un caractère différent.¹⁷

Les « revendications particulières » portaient sur les promesses gouvernementales qui n'avaient pas été respectées, sur les interprétations contradictoires des traités et sur la mauvaise gestion gouvernementale des réserves et des biens appartenant aux autochtones.

Les revendications estimées « d'un caractère différent » parce qu'émanant des autochtones de l'est canadien furent ignorées et les « revendications globales » émanant de régions autres que la Colombie-Britannique, le nord du Québec, le Yukon et les Territoires du Nord-Ouest,

¹⁴ Canada, « Statement Made by the Honourable Jean Chrétien ».

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Canada, *Vous voulez savoir : Quelques réponses aux questions les plus souvent posées sur les programmes et les services destinés aux Indiens inscrits au Canada* (Ottawa : Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, octobre 1993) 11 ; Docteur Lloyd Barber (commissaire aux revendications des Indiens), *Un rapport : Déclarations et mémoires* (Ottawa : Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1977) 69-78.

¹⁷ Canada, « Statement Made by the Honourable Jean Chrétien ».

ne furent jamais définies. Elles n'étaient pas considérées comme des droits inhérents et furent parfois assimilées aux « revendications particulières » relevant d'un traité. Ainsi par exemple les revendications territoriales de la nation indienne des Cri du Lac Lubicon, dans le nord de l'Alberta sont-elles considérées par le gouvernement fédéral comme des « revendications particulières » relevant du Traité N° 8 alors que les Indiens, qui n'ont pas signé ce traité, estiment qu'elles sont « globales » et qu'elles ne relèvent donc d'aucun traité.

Il faut surtout signaler ici que la déclaration de Jean Chrétien annonçait un nouveau processus de négociation¹⁸ fondé sur trois grands principes : la participation des provinces aux négociations, la reconnaissance des intérêts des autochtones et une intervention minimale du pouvoir judiciaire.¹⁹ Le gouvernement fédéral, en encourageant la participation des provinces aux programmes sociaux destinés aux autochtones, fit resurgir les conflits qu'avait déjà provoqués le projet de loi de 1969 prévoyant, à terme, la suppression du statut spécial et des droits inhérents des autochtones.²⁰ En effet, les autochtones estiment que ces questions sont du ressort du gouvernement fédéral alors que pour Jean Chrétien, dont l'opinion reflète encore aujourd'hui celle du gouvernement fédéral,

les terres dont il est question ne sont pas toutes du ressort du gouvernement fédéral. [...] [Certaines] sont des terres provinciales et les droits des Canadiens habitant ces provinces sont en jeu. Si l'on veut régler la question autochtone [...] et satisfaire tout le monde, les provinces doivent participer aux négociations.

Il est dans l'intérêt des provinces et de leurs habitants de régler ces questions [...] et c'est pourquoi le gouvernement fédéral souhaite que les gouvernements provinciaux participent aux compensations financières [qui seront versées aux autochtones]. Le Gouvernement fédéral en a informé les provinces et les invite à prendre part aux négociations.²¹

Le second principe avancé par Jean Chrétien concernait la reconnaissance des intérêts des autochtones. Pour le gouvernement fédéral, tout accord relatif aux droits des autochtones était « protégé par la législation, décrété par le Parlement et [avait] force de loi ». ²² Les autochtones invoquèrent ce principe en 1978, lorsque le gouvernement annonça le rapatriement de l'Acte de l'Amérique du nord britannique,²³ une question que nous examinerons plus loin.

Le troisième grand principe de négociation évoqué par Jean Chrétien proposait une alternative au recours à la justice pour le règlement des revendications autochtones. C'est ainsi que, en juillet 1974, le ministère des

¹⁸ Ce nouveau processus de négociations est décrit dans : Canada, *Native Claims*.

¹⁹ Bradford W. Morse, « The Resolution of Land Claims », *Aboriginal Peoples and the Law*, 617-83.

²⁰ Canada, *La politique indienne du gouvernement du Canada* (Ottawa : Ministère des affaires indiennes et du Nord canadien, 1969).

²¹ Canada, « Statement Made by the Honourable Jean Chrétien ».

²² *Ibid.*

²³ *Loi constitutionnelle de 1867*. Voir : Canada, *Le temps d'agir : jalons du renouvellement de la fédération canadienne* (Ottawa : Ministère des Approvisionnement et services, 1978).

Affaires indiennes créa le « Bureau des revendications autochtones ». Cet organisme gouvernemental est depuis lors chargé de traiter les revendications autochtones soumises au gouvernement fédéral. Le Bureau examine les revendications, effectue des recherches afin d'argumenter le point de vue gouvernemental, se met en rapport avec divers ministères et agences gouvernementales impliqués dans les négociations et pose les bases de la discussion avec les autochtones. Le Bureau est également chargé de négocier les compensations liées aux revendications dites « particulières » et « globales » et doit orienter la politique gouvernementale.²⁴

Par ailleurs, le ministère des Affaires indiennes pourvoit au financement des associations indiennes et inuit qui souhaitent effectuer les recherches nécessaires à la mise en place de leurs revendications, pour ensuite les soumettre au gouvernement fédéral. Des fonds supplémentaires sont alors mis à la disposition des autochtones qui désirent négocier avec le gouvernement. En revanche, le ministère des Affaires indiennes ne fournit aucune aide financière en cas de litige avec le gouvernement.²⁵

Malgré les efforts faits dans le sens du compromis, ces mesures n'ont à ce jour pas satisfait les Indiens. En effet, le Bureau des revendications autochtones fait office d'arbitre entre les autochtones et le gouvernement fédéral, mais il ne dépend que de ce dernier. Aussi les Indiens affirment-ils que cet organisme n'est pas en mesure d'arbitrer les conflits avec impartialité, car il représente en fait les intérêts du gouvernement fédéral. Par ailleurs, les autochtones jugent que les moyens mis à leur disposition sont insuffisants. À défaut, les autochtones sont souvent réduits à la frustration et à la colère.

En octobre 1974, une commission paritaire fut créée, composée de représentants de la Fraternité nationale des Indiens et de membres du Conseil des ministres. Cette commission aurait peut-être pu résoudre la question si la Fraternité ne s'était retirée, le 13 avril 1978. Celle-ci accusait le gouvernement canadien de nier les droits des autochtones en essayant d'appliquer les principes énoncés en 1969 visant à mettre un terme à la question autochtone en faisant des Indiens des citoyens ordinaires.²⁶ La commission fut donc dissoute, mais le Bureau des revendications autochtones fut maintenu.

À deux reprises, en décembre 1981 et mai 1982, le ministère des Affaires indiennes annonça derechef une nouvelle politique indienne qu'il publia dans deux brochures, l'une intitulée *En toute justice : Une politique des revendications des autochtones : revendications globales*,²⁷ l'autre intitulée *Dossier en souffrance*.²⁸ Enfin, en juillet 1985, le ministère établit une commission chargée d'étudier les « revendications globales » ; celle-ci publia en mars 1986 le « rapport Coolican » qui, aux yeux des Indiens, se contentait de

²⁴ Canada, *Native Claims*.

²⁵ Canada, *Native Claims*.

²⁶ Voir à ce sujet : J. Rick Ponting & Roger Gibbins, *Out of Irrelevance : A Socio-Political Introduction to Indian Affairs in Canada* (Toronto : Butterworths, 1980) 195-279.

²⁷ Canada, *In All Fairness*.

²⁸ Canada, *Outstanding Business — A Native Claims Policy — Specific Claims* (Ottawa : Department of Indian Affairs and Northern Development, Supply and Services Canada, 1982).

repandre les propositions faites en 1973 sans offrir de nouvelles suggestions.²⁹

C'est donc dans un contexte conflictuel que le gouvernement Trudeau décida en 1978 de rapatrier l'Acte de l'Amérique du Nord britannique,³⁰ jusque-là sous la tutelle du Parlement britannique et sous la responsabilité de la Couronne britannique.³¹

Le rapatriement de la constitution

La constitutionnalité des droits des autochtones était devenue un élément majeur dans le conflit territorial qui opposait le gouvernement fédéral aux autochtones. En effet, ces derniers étaient convaincus que toute modification constitutionnelle risquait de compromettre les traités signés avec la Couronne. Néanmoins, ils espéraient qu'en inscrivant les droits des autochtones dans la nouvelle constitution, ils trouveraient enfin leur place dans la Confédération canadienne. Les autochtones s'organisèrent aux niveaux national et international grâce au soutien de diverses organisations politiques et civiles. Ils lancèrent des campagnes de soutien et établirent des réseaux d'information au Canada et dans le monde afin de protéger leurs droits après le rapatriement de la constitution.³²

Ce fut donc sous la pression des autochtones que la constitution, adoptée en 1982, reconnaissait les « droits ancestraux » sans pour autant les définir. L'article 35, alinéa 1, de la Constitution réaffirmait les droits garantis par les traités ainsi que les droits autochtones « existants ». ³³ Un

²⁹ Canada, *Communiqué : Federal Comprehensive Land Claims Policy Announced* (Ottawa : Department of Indian Affairs and Northern Development, 18 décembre 1986). Voir également : Fred Lennarson (conseiller politique de la nation Lubicon), *Information Package, the Mimir Corporation*, Edmonton, Alta., 16 mars 1987 ; René Fumoleau, *Aussi longtemps que le fleuve coulera : La nation dènèe et le Canada*, trad. Anne Moreau (Sillery, Québec : Septentrion, 1994) 423.

³⁰ *Loi constitutionnelle de 1867*.

³¹ Canada, *Le Temps d'agir*. Sur les événements qui menèrent à la reconnaissance constitutionnelle des droits des autochtones, voir notamment : Norman K. Zlotkin, *Unfinished Business : Aboriginal Peoples and the 1983 Constitutional Conference* (Kingston, Ont. : Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University, 1983) 15-35 ; Douglas E. Sanders, « The Indian Lobby », *And No One Cheered : Federalism, Democracy and the Constitution*, dir. Keith Banting & Richard Simeon (Toronto : Methuen of Canada, 1983).

³² Sur la Loi constitutionnelle de 1982, voir notamment : N. K. Zlotkin, *Unfinished Business*, 21-26 et 33-35. Sur le lobby indien lors du rapatriement de la Constitution, voir notamment : D. E. Sanders, « The Indian Lobby ». Sur les répercussions de l'opinion internationale sur la politique indienne du gouvernement canadien, voir : Ronald James Zukowsky, *Struggle over the Constitution : From the Quebec Referendum to the Supreme Court ; Intergovernmental Relations in Canada : The Year in Review, 1980* (Kingston, Ont. : Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University, 1981) 2 : 74, table 6.2 ; D. H. Getches, C. F. Wilkinson et R. A. Williams Jr., *Cases and Materials*, 974-98 ; D. E. Sanders, « Aboriginal Rights in Canada », 974-78.

³³ Peter Jull, « Canada : A Perspective on the Aboriginal Rights Coalition and the Restoration of Constitutional Aboriginal Rights », *IWGIA Newsletter* 30.82 (1982) : 83-84 ; Sheila M. Dunn, *The Year in Review, 1981 : Intergovernmental Relations in Canada* (Kingston, Ont. : Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University, 1982) 33 ; « Native Council of Canada Withdraws Support for Constitution », *Forgotten People* 8.2 (printemps 1981). En novembre 1981, Thomas Berger, juge de la Cour suprême de Colombie-Britannique et président de l'enquête sur l'oléoduc de la vallée du Mackenzie manifesta également son opposition à l'accord constitutionnel. Il fut publiquement critiqué pour cela par le Premier ministre Trudeau. Voir : Michael Valpy, « A Rare Case », *Globe and Mail* (4 septembre 1982).

amendement stipulait que ces derniers seraient définis lors d'une conférence réunissant les provinces et le gouvernement fédéral, ainsi que les représentants des autochtones :

35. (1) Les droits existants des peuples autochtones du Canada, le titre autochtone et les droits garantis par les traités sont reconnus et protégés par la présente loi.

(2) le terme « peuples autochtones du Canada » comprend les peuples indiens, inuit et métis du Canada.

37. (1) Une conférence constitutionnelle, à laquelle assisteront le Premier ministre du Canada et les Premiers ministres des provinces, sera convoquée par le Premier ministre du Canada un an après la prise d'effet de la présente loi.

(2) La conférence, convoquée conformément à l'alinéa (1), aura mis à l'ordre du jour les questions constitutionnelles qui concernent directement les peuples autochtones du Canada, notamment les problèmes d'identification et de définition des droits de ces peuples, qui seront intégrés à la constitution du Canada ; et le Premier ministre du Canada invitera les représentants de ces peuples à participer aux débats.³⁴

La première rencontre entre les représentants du gouvernement fédéral et des gouvernements provinciaux, et ceux des autochtones eut lieu en mars 1983. Les représentants autochtones obtinrent la promulgation d'un amendement constitutionnel qui instituait un processus de négociations sur une période de cinq ans, pendant laquelle trois autres rencontres entre les autochtones, les provinces et le gouvernement fédéral étaient prévues. Trois sujets étaient mis à l'ordre du jour : les droits inhérents des autochtones, les droits garantis par les traités et le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale. Néanmoins, en mars 1987, au terme de la troisième session, aucune de ces questions n'était encore réglée ; les pourparlers n'aboutissaient pas. Le gouvernement fédéral et les provinces refusaient d'inscrire dans la constitution le droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones, tant que le terme n'avait pas été clairement défini. Plutôt que de prolonger les négociations, le Premier ministre Brian Mulroney décida de les clore, avant même que le temps imparti à la conférence ne fût écoulé.

Il faut signaler ici que le Québec, n'ayant pas obtenu le statut spécial d'autonomie qu'il revendiquait, refusait de ratifier la nouvelle constitution.³⁵ En avril 1987, on crut qu'une étape importante venait d'être franchie avec l'accord dit « du Lac Meech », lieu de résidence du Premier ministre. Or cet

³⁴ *Loi constitutionnelle de 1982*, ss. 35(1), 35(2), 37(1) et s. 37(2).

³⁵ Sur les questions d'autonomie et de souveraineté au Québec, voir notamment : Michel Roy, « Requiem pour un pays inachevé », *Le Canada (1987-aujourd'hui)*, dir. Michel Allard & al. (Montréal : Guérin, 1989).

accord, qui donnait satisfaction au Québec et promettait de mettre fin à l'isolement constitutionnel de cette province,³⁶ était un camouflet pour les autochtones dont les droits n'étaient toujours pas définis.

Les autochtones décidèrent donc de faire pression sur les gouvernements pour relancer les discussions sur la définition de leurs droits constitutionnels. C'est pourquoi, en 1990, au moment où l'accord du Lac Meech sur le statut du Québec devait être ratifié par les provinces, Elijah Harper, le député autochtone membre du Nouveau Parti Démocrate pour la circonscription de la Terre de Rupert au Manitoba,³⁷ bloqua l'adoption d'une résolution en faveur de cet accord afin d'attirer l'attention des politiques et de les obliger à revenir sur la question autochtone. Il s'agissait de gagner du temps. Aussi Harper différa-t-il le vote jusqu'à ce que le délai fixé pour l'adoption de l'accord du Lac Meech par les provinces fût dépassé. Il fit valoir que la procédure légale ne serait pas respectée si l'entente n'était pas approuvée à l'unanimité par les législatures provinciales. Le Président de la Chambre lui donna raison. Soutenu partout au Canada par la population autochtone, Harper parvint ainsi à faire échouer *in extremis* l'accord du Lac Meech. On peut dire que le conflit, en 1990, entre la province du Québec et la communauté Mohawk de Kahnawaka — qui refusait que le terrain de golf de la ville d'Oka fût agrandi en empiétant sur des terres qu'elle revendiquait — résulte en partie de l'échec de cet accord et de la frustration des autochtones sur la vie politique canadienne. Le message des autochtones était clair : si le gouvernement voulait régler la question du Québec, il fallait également qu'il trouve une solution à celle des droits des autochtones.³⁹

À l'été 1991, Joe Clark, nouveau ministre responsable des Affaires constitutionnelles, chercha une issue par de nouvelles propositions. Outre la question du statut du Québec, les débats constitutionnels devaient porter sur la reconnaissance de l'autonomie gouvernementale des autochtones. Le 28 août 1992, enfin, les premiers ministres, fédéral et provinciaux, ainsi que les représentants des autochtones, réunis à Charlottetown dans la province de l'Île du Prince Édouard, parvinrent à une entente unanime sur la réforme de la constitution. L'accord de Charlottetown devait être soumis à

³⁶ Le Québec posait cinq conditions minimales pour signer la nouvelle constitution du pays : 1) la reconnaissance du Québec comme société distincte au sein du Canada ; 2) l'attribution d'un droit de veto au Québec en ce qui concerne les amendements constitutionnels ; 3) l'octroi d'un plus grand rôle aux provinces dans le domaine de l'immigration ; 4) la possibilité pour les provinces de ne pas participer à de nouveaux programmes intergouvernementaux sans encourir de pénalité financière ; 5) la participation des provinces au choix des juges de la Cour suprême. Voir notamment : Jacques Paul Couturier et Réjean Ouellette, *L'Expérience canadienne, des origines à nos jours* (Moncton : Acadie, 1994) 447.

³⁷Olive Patricia Dickason, *Canada's First Nations : A History of Founding Peoples from Earliest Times* (Norman : University of Oklahoma Press, 1992) 518, note 38.

³⁸ Voir notamment : Craig MacLane et Michael S. Baxendale, *This Land Is Our Land : The Mohawk Revolt at Oka* (Montréal : Optimum Publishing International, 1990).

³⁹ « Elijah Harper, Député N.P.D. [Nouveau Parti Démocrate] de Rupert's Land, Symbole de la Résistance autochtone », Radio Canada, 6 juin 1991 ; Clément Trudel, « Elijah Harper ne regrette rien », *Le Devoir* 14 juin 1991 ; « Les Chefs Indiens Canadiens paralysent l'Avenir du Québec », *Egin* (21 juin 1991) ; Fred Lennarson (Conseiller politique de la nation Lubicon), entretien avec l'auteur, Edmonton, Alta., juillet 1995 ; Peter Kulchyski, *Social Humanities* 420, Seminar on Critical Legal Theory and Aboriginal Rights, Cornell University, 22 février 1995 (nos propres notes).

référendum en octobre 1992. Cette proposition constituait un pas vers le compromis, puisque l'accord de Charlottetown, s'il concernait en premier lieu le statut du Québec, reconnaissait également pour la première fois le principe de l'autonomie gouvernementale autochtone.

Néanmoins, Elijah Harper appela alors à boycotter le référendum constitutionnel, alléguant que les autochtones avaient besoin de plus de temps pour analyser et étudier les changements constitutionnels. Harper ne faisait pas complètement obstacle à la nouvelle constitution, car elle reconnaissait le droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale. Il estimait néanmoins que cette question ne concernait pas les premiers ministres provinciaux, mais devait faire l'objet de négociations bilatérales entre les représentants des autochtones et le gouvernement fédéral.⁴⁰ Harper, cependant, ne faisait pas l'unanimité des autochtones. Ovide Mercredi, élu président de l'Assemblée des premières nations (AFN) en 1991, appuyait sans réserve la nouvelle constitution. Cependant, la grande majorité des autochtones craignaient que la constitution n'accélère le processus d'intégration, entraînant de ce fait l'annulation de leurs droits. Le 26 octobre 1992, la plupart des autochtones et une majorité de l'électorat canadien — craignant que l'autonomie du Québec ne fût un obstacle à la cohésion nationale — rejetèrent l'accord de Charlottetown.⁴¹

Conclusion

Outre la difficulté de satisfaire à la fois au désir d'une unité fédérale forte et à la recherche de l'autonomie de la province du Québec, la construction constitutionnelle canadienne se heurte, on le voit, à la question autochtone.⁴² Celle-ci pèse maintenant lourdement dans le débat, comme le soulignait le Premier ministre Pierre Elliott Trudeau en 1983 :

On ne peut espérer parvenir à une entente sur les changements constitutionnels au Canada si les peuples [autochtones] [...]

⁴⁰ « Canada-référendum : Appel d'un responsable amérindien au boycottage du référendum constitutionnel », Agence France Presse, 21 octobre 1992 ; Alain Bissonnette, « Analyse posthume d'un accord mis à mort », *Recherches Amérindiennes au Québec* 12.1 (printemps 1993) : 80-87.

⁴¹ Pourcentage de « non » : 54,4% ; pourcentage de « oui » : 44,6% pour le référendum sur la constitution canadienne du 26 octobre 1992. Voir : « Canada-référendum : Amertume des Amérindiens après l'échec du référendum constitutionnel », Agence France Presse, 27 octobre 1992 ; Dominique Dhombres, « La Victoire du « non » dans six provinces sur dix, dont le Québec : les Canadiens ont largement repoussé la réforme constitutionnelle », *Le Monde* (28 octobre 1992). La défaite du référendum obligea Brian Mulroney, premier ministre conservateur, à démissionner le 24 février 1993. Il avait rempli les fonctions de premier ministre pendant neuf ans. Les nouvelles élections eurent lieu en novembre 1993. Jean Chrétien, du parti libéral, succéda à Brian Mulroney en 1993 et fut réélu en 1997. Voir « Démission du Premier ministre Canadien », Agence France Presse, 24 février 1993 ; J. P. Couturier et R. Ouellette, *L'Expérience canadienne*, 442.

⁴² N. K. Zlotkin, *Unfinished Business*, 72-75 ; W. H. McConnell, « Indians and the New Constitutional 'Package' : Some Suggestions for Innovation », communication, Native Law Center, seminar on Indian Government, University of Saskatchewan, 15 janvier 1982.

considèrent que leurs droits spécifiques ne sont pas reconnus et protégés par la constitution.⁴³

C'est que la question autochtone est grevée de l'ambiguïté créée par la question jamais éclaircie de la définition des « droits ancestraux existants ». ⁴⁴ On peut dire que ce sont les autochtones eux-mêmes qui firent évoluer la constitution dans le sens de la reconnaissance de leurs droits,⁴⁵ des droits qu'ils cherchèrent ensuite à faire préciser par la Cour suprême du Canada mais qui néanmoins ne sont toujours pas précisément définis à ce jour.

Certes, depuis l'époque coloniale, la législation sur les droits des autochtones et la politique gouvernementale ont évolué. Après 1867, il devient clair que le règlement des droits territoriaux des autochtones relève exclusivement de la juridiction et de la politique fédérales. Depuis 1982, les tribunaux ont confirmé la prééminence du gouvernement fédéral en matière autochtone.⁴⁶ Cependant, puisque aucun accord n'a été conclu entre les autochtones et le gouvernement canadien sur la signification de l'article 35 de la constitution, plusieurs questions restent aujourd'hui sans réponse.

Est-ce que l'expression « droits autochtones existants » confirme et étend à tous les Indiens enregistrés les bénéfices garantis par les traités ? La constitution leur donne-t-elle des droits inhérents sur le sol et le sous-sol des réserves ? Le droit à une aide gouvernementale pour le développement économique, social et culturel des communautés résidant sur les réserves, le droit à l'éducation et à la santé, sur les réserves et en dehors des réserves, ainsi que le droit de chasser, de trapper et de pêcher en toute liberté sur les territoires traditionnels sont-ils des droits constitutionnels inhérents ?

La Cour suprême a déjà donné quelques éléments de réponse, mais il revient aux gouvernements canadiens et aux autochtones de s'entendre sur la portée de ces changements constitutionnels. En effet, ce n'est pas vraiment à la Cour suprême qu'il incombe de définir les droits des autochtones. L'article 35 de la constitution de 1982 donne à ces droits un statut qui les met à l'abri de toute décision judiciaire susceptible de les modifier.

Or, les événements récents tendraient à prouver que, entre le gouvernement fédéral et les autochtones, une situation plus équitable se présente pour l'avenir. C'est du moins ce que pensait, en mars 1993, le ministère des Affaires indiennes qui se déclarait satisfait des résultats obtenus après vingt années de négociations difficiles :

Depuis la mise en place en 1973 d'un mécanisme gouvernemental destiné au règlement des revendications territoriales autochtones, des progrès considérables ont été accomplis dans ce domaine. [...] Le règlement juste et équitable des revendications territoriales autochtones est l'un des quatre piliers du programme gouvernemental

⁴³ Pierre Elliott Trudeau, « Opening Statement to the Constitutional Conference of First Ministers on the Rights of Aboriginal Peoples », Ottawa, 1983, 2.

⁴⁴ Michael Asch, *Home and Native Land: Aboriginal Rights and the Canadian Constitution* (Toronto: Methuen, 1984) 1-12.

⁴⁵ Sally M. Weaver, *Making Indian Policy: The Hidden Agenda, 1968-1970* (Toronto: University of Toronto Press, 1981) 198.

⁴⁶ Voir M. Asch, *Home and Native Land*.

sur la question indienne présenté par le Premier ministre [le conservateur Brian Mulroney] le 25 septembre 1990.⁴⁷

Il est de fait que la constitution ayant reconnu les droits territoriaux des autochtones, un règlement des divers contentieux semble se profiler depuis quelques années. Ainsi, divers accords ont-ils été négociés, accords « globaux » (ou « traités modernes »⁴⁸), qui concernent les régions où aucun traité n'a été signé, et accords « particuliers », qui concernent les clauses des traités d'autrefois que le gouvernement n'a pas respectées.

Si les autochtones ont aujourd'hui largement recours au droit pour faire valoir leurs revendications territoriales, la reconnaissance constitutionnelle de leurs droits est encore imparfaite, car ni le gouvernement canadien et ni les provinces ne sont disposés à leur accorder l'autonomie territoriale qu'ils revendiquent. L'histoire nous dira si la loi constitutionnelle peut modifier l'approche politique de la question autochtone.⁴⁹

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- ASCH, Michael. *Home and Native Land : Aboriginal Rights and the Canadian Constitution*. Toronto : Methuen, 1984.
- BARBER, Docteur Lloyd. *Un rapport : Déclarations et mémoires*. Ottawa : Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1977.
- BISSONNETTE, Alain. « Analyse posthume d'un accord mis à mort ». *Recherches Amérindiennes au Québec* 12.1 (printemps 1993) : 80-87.
- CALDER & al. c. Procureur général de la Colombie-Britannique. R.C.S. 313. Cour suprême du Canada. 1973.
- CANADA. Communiqué : *Federal Comprehensive Land Claims Policy Announced*. Ottawa : Department of Indian Affairs and Northern Development, 18 décembre 1986.
- . *Federal Policy for the Settlement of Native Claims*. Ottawa : Department of Indian Affairs and Northern Development, mars 1993.
- . *In All Fairness*. Ottawa : Department of Indian Affairs and Northern Development, 1981.
- . *La Politique indienne du Gouvernement du Canada*. Ottawa : Ministère des affaires indiennes et du Nord canadien, 1969.
- . *Le Temps d'agir : jalons du renouvellement de la fédération canadienne*. Ottawa : Ministère des Approvisionnements et services, 1978.
- . *Native Claims : Policy, Processes and Perspectives*. Ottawa : Indian and Northern Affairs, Office of Native Claims, 1978.

⁴⁷Canada, *Federal Policy for the Settlement of Native Claims* (Ottawa : Department of Indian Affairs and Northern Development, mars 1993) 31.

⁴⁸C'est le terme employé par le ministère des Affaires indiennes.

⁴⁹Sur la question juridique portant sur la constitutionnalité des droits autochtones, voir entre autres : D. W. Elliott, « Aboriginal Title », 48-121 ; Noel Lyon, « Constitutional Issues in Native Law », *Aboriginal Peoples and The Law*, 408-51.

- . *Outstanding Business - A Native Claims Policy - Specific Claims*. Ottawa : Department of Indian Affairs and Northern Development, Supply and Services Canada, 1982.
- . « Statement Made by the Honourable Jean Chrétien, Minister of Indian and Northern Development on Claims of Indian and Inuit People/Déclaration par l'honorable Jean Chrétien, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, au sujet des revendications des Indiens et Inuit ». Ottawa, 8 août 1973.
- . *Vous voulez savoir : Quelques réponses aux questions les plus souvent posées sur les programmes et les services destinés aux Indiens inscrits au Canada*. Ottawa : Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, octobre 1993.
- « Canada-référendum : Amertume des Amérindiens après l'échec du référendum constitutionnel ». *Agence France Presse*, 27 octobre 1992.
- « Canada-référendum : Appel d'un responsable amérindien au boycottage du référendum constitutionnel ». *Agence France Presse*, 21 octobre 1992.
- CLEMENT, William H. P. *The Law of the Canadian Constitution*. Toronto : Carswell, 1916.
- COUTURIER, Jacques Paul, & Réjean OUELLETTE. *L'expérience canadienne, des origines à nos jours*. Moncton : Acadie, 1994.
- « Démission du Premier ministre Canadien ». *Agence France Presse*, 24 février 1993.
- DHOMBRES, Dominique. « La Victoire du « non » dans six provinces sur dix, dont le Québec : les Canadiens ont largement repoussé la réforme constitutionnelle ». *Le Monde* (28 octobre 1992).
- DICKASON, Olive Patricia. *Canada's First Nations : A History of Founding Peoples from Earliest Times*. Norman : University of Oklahoma Press, 1992.
- DUNN, Sheilagh M. *The Year in Review, 1981 : Intergovernmental Relations in Canada*. Kingston, Ont. : Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University, 1982.
- « Elijah Harper, Député N.P.D. [Nouveau Parti Démocrate] de Rupert's Land, Symbole de la Résistance autochtone ». *Radio Canada*, 6 juin 1991.
- ELLIOTT, David W. « Aboriginal Title ». *Aboriginal Peoples and The Law : Indian, Metis and Inuit Rights in Canada*. Dir. Bradford W. Morse. Ottawa : Carleton University Press, 1989. 111-20.
- FUMOLEAU, René. *Aussi longtemps que le fleuve coulera : la nation dènèe et le Canada*. Trad. Anne MOREAU. Sillery, Québec : Septentrion, 1994.
- GETCHES, David H., Charles F. WILKINSON & Robert A WILLIAMS Jr. *Cases and Materials on Federal Indian Law*. St. Paul, Minn. : West Publishing, 1993.
- JOHNSON, Ralph W. « Fragile Gains : Two Centuries of Canadian and United States Policy Toward Indians ». *Washington Law Review* 66 (1991) : 643-718.
- JULL, Peter. « Canada : A Perspective on the Aboriginal Rights Coalition and the Restoration of Constitutional Aboriginal Rights ». *IWGIA Newsletter* 30.82 (1982) : 83-84.
- KULCHYSKI, Peter. *Social Humanities* 420. *Seminar on Critical Legal Theory and Aboriginal Rights*. Cornell University, 22 février 1995.
- LENNARSON, Fred. *Information Package. The Mimir Corporation*. Edmonton, Alta., 16 mars 1987.

- . Entretien avec l'auteur. Edmonton, Alta., juillet 1995.
- LE PULUCH, Marine. « Émergence d'un nouveau militantisme autochtone au Canada et nouvelles interprétations juridiques ». *Nouveaux regards sur l'Amérique : Peuples, nation, société. Perspectives comparatistes (17^e-21^e siècles)*. Dir. Nathalie Caron & Naomi Wulf. Paris : Syllepse, 2004. 165-78.
- « Les chefs indiens canadiens paralysent l'avenir du Québec ». *Egin* (21 juin 1991).
- Loi Constitutionnelle de 1867*. 30-31 Victoria, ch. 3 (R.-U.), s. 91(24).
- Loi Constitutionnelle de 1982*. (R.-U.), constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur Le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, s. 35. S. 37(1). S. 37(2).
- LYON, Noel. « Constitutional Issues in Native Law ». *Aboriginal Peoples and The Law*. 408-51.
- MACLANE, Craig et Michael S. BAXENDALE. *This Land Is Our Land : The Mohawk Revolt at Oka*. Montréal : Optimum Publishing International, 1990.
- MCCONNELL, W. H. « Indians and the New Constitutional « Package » : Some Suggestions for Innovation ». *Communication, Native Law Center. Seminar on Indian Government*. University of Saskatchewan, 15 janvier 1982.
- MORSE, Bradford W. « The Resolution of Land Claims ». *Aboriginal Peoples and The Law*. 617-83.
- « Native Council of Canada Withdraws Support for Constitution ». *Forgotten People* 8.2 (printemps 1981).
- PONTING, J. Rick, & Roger GIBBINS. *Out of Irrelevance : A Socio-Political Introduction to Indian Affairs in Canada*. Toronto : Butterworths, 1980.
- R. Sparrow*. 1 R.C.S. 1075-1290. Cour suprême du Canada. 1990.
- ROY, Michel. « Requiem pour un pays inachevé ». *Le Canada (1987-aujourd'hui)*. Dir. Michel ALLARD & al. Montréal : Guérin, 1989. 59-62.
- SANDERS, Douglas E. « The Indian Lobby ». *And No One Cheered : Federalism, Democracy and the Constitution*. Dir. Keith BANTING & Richard SIMEON. Toronto : Methuen of Canada, 1983. 301-32.
- . « Aboriginal Rights in Canada : An Overview ». *Law and Anthropology* 2.177 (1987) : 987-88.
- TRUDEL, Clément. « Elijah Harper ne regrette rien ». *Le Devoir* (14 juin 1991).
- TRUDEAU, Pierre Elliott. « Opening Statement to the Constitutional Conference of First Ministers on the Rights of Aboriginal Peoples ». Ottawa, 1983.
- VALPY, Michael. « A Rare Case ». *Globe and Mail* (4 septembre 1982).
- WEAVER, Sally M. *Making Indian Policy : The Hidden Agenda, 1968-1970*. Toronto : University of Toronto Press, 1981.
- ZLOTKIN, Norman K. *Unfinished Business : Aboriginal Peoples and the 1983 Constitutional Conference*. Kingston, Ont. : Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University, 1983.
- ZUKOWSKY, Ronald James. *Struggle over the Constitution : From the Quebec Referendum to the Supreme Court ; Intergovernmental Relations in Canada : The Year in Review, 1980*. Kingston, Ont. : Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University, 1981.