

Article

« La proposition d'entente de principe avec les Innus : vers une nouvelle génération de traités ? »

Maxime Saint-Hilaire

Les Cahiers de droit, vol. 44, n° 3, 2003, p. 395-426.

Pour citer cet article, utiliser l'information suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/043758ar>

DOI: 10.7202/043758ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : info@erudit.org

La proposition d'entente de principe avec les Innus : vers une nouvelle génération de traités ?*

Maxime SAINT-HILAIRE**

Dans l'article qui suit, l'auteur rappelle d'abord l'impératif de la conclusion de traités entre l'État et les nations autochtones. Il explique ensuite comment la politique fédérale, selon laquelle les nations autochtones doivent, si elles veulent négocier avec l'État l'aménagement précis de leurs droits spéciaux sur certains territoires, accepter d'abandonner la totalité ou une partie importante de leurs droits ancestraux en échange de droits établis par traité, devient une pierre d'achoppement pour l'entente. Suivent un exposé des principaux rapports, critiques et tentatives hésitantes pour y remédier puis une analyse des solutions de remplacement somme toute insuffisantes qui ont été retenues à l'occasion de la négociation de certains traités. Enfin, l'auteur présente l'actuelle proposition d'entente de principe avec les Innus de Mamuitun et de Nutashkuan, qui pourrait bien annoncer un déblocage du processus général de négociation des revendications de ce type au Canada en faisant le lit d'une nouvelle génération de traités.

In the ensuing paper, the author first discusses the importance of the treaties entered into by the State and aboriginal nations. He then explains how federal policy becomes a stumbling block for an agreement when

* L'auteur tient à remercier M^{es} Paul Dionne et Sophie Thériault.

** Doctorant, Institut de droit comparé, Université McGill.

aboriginal nations want to negotiate the specific development of their special rights over certain territories and they must agree to abandon all or a substantial portion of their ancestral rights in exchange for rights established under a treaty. The author then goes on to describe the main reports, critiques and timid attempts to find remedies ; he also provides an analysis of alternative solutions, by and large insufficient, that have been considered during the negotiation of certain treaties. Finally, he presents the current draft agreement in principle with the Innu in Mamuitun and Nutashkuan, which could result in an end to the deadlock in the general process for negotiating claims of this kind in Canada, and thereby set the stage for a new generation of treaties.

	<i>Pages</i>
1 Le besoin impérieux de conclure des traités avec les Autochtones	397
2 L'achoppement pour l'entente que constitue la politique fédérale d'extinction des droits ancestraux	401
3 Les critiques, les rapports et les hésitations	405
4 L'accord Nisga'a	412
5 L'accord Tlicho	415
6 La proposition d'entente de principe avec les Innus	418
Conclusion	418

L'un des principaux problèmes avec lesquels les Autochtones sont aux prises là où ils se trouvent dans le monde est le fait qu'ils n'arrivent pas à s'entendre avec les États au sujet du respect et de la délimitation de leurs territoires. Si la meilleure façon de remédier à la situation consiste, à n'en pas douter, en la conclusion de traités, au Canada, le processus de négociation est sérieusement entravé par cet élément de la politique fédérale qui prévoit que les nations autochtones doivent, si elles veulent négocier avec l'État l'aménagement précis de leurs droits spéciaux sur certains territoires, accepter d'abandonner la totalité ou une partie importante de leurs droits ancestraux en échange de droits établis par traité.

De manière généralisée, les Autochtones sont réfractaires à une telle exigence. Ils en sont même outrés. Pour eux, la négociation d'un traité avec l'État doit plutôt avoir pour objet la reconnaissance et la protection de leurs

droits ancestraux, à propos desquels les parties doivent s'entendre quant aux modalités d'exercice. Au moment d'engager avec une nation autochtone des négociations au sujet de sa revendication territoriale justifiée par des droits ancestraux, l'État, quant à lui, est motivé par le désir de remplacer des droits indéterminés. La politique fédérale d'extinction des droits ancestraux est donc problématique ; à cette politique se heurtent généralement les négociations d'accords de revendications territoriales autochtones. Or, en suggérant une solution pleinement récongnitive des droits ancestraux à l'insécurité juridique dont ils peuvent autrement être la source, l'actuelle proposition d'entente de principe avec quatre nations innues du Québec pourrait bien annoncer, sinon laisser espérer, au soir de la Décennie internationale des populations autochtones (1995-2004), un déblocage du processus général de négociation des revendications de ce type au Canada ainsi que la venue d'une nouvelle génération de traités entre cet État et les nations autochtones.

Dans l'article qui suit, nous rappelons d'abord l'impératif de la conclusion de traités entre l'État et les nations autochtones. Nous nous attachons ensuite à expliquer comment la politique fédérale d'extinction des droits ancestraux devient une pierre d'achoppement pour l'entente. Suivent un exposé des principaux rapports, critiques et tentatives hésitantes pour y remédier puis une analyse des solutions de remplacement somme toute insuffisantes qui ont été retenues à l'occasion des négociations de l'accord Nisga'a et de l'accord Tliche. Enfin, nous présentons la proposition d'entente de principe avec les Innus de Mamuitun et de Nutashkuan.

1 Le besoin impérieux de conclure des traités avec les Autochtones

Des travaux réalisés sous les auspices de l'Organisation des Nations unies (ONU) ont rendu compte de l'importance capitale que revêt aux yeux des peuples autochtones la conclusion de traités avec les États¹. En 2000, le rapporteur spécial auprès de la Sous-Commission de la promotion et de

1. Voir ORGANISATION DES NATIONS UNIES (ONU), *Étude des traités, accords et autres arrangements constructifs entre les États et les populations autochtones : rapport final de M. Miguel Alfonso Martínez, Rapporteur spécial* (ci-après cité : « rapport Martínez »), Conseil économique et social, Commission des droits de l'Homme, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, E/CN.4/Sub.2/1999/20 ; ORGANISATION DES NATIONS UNIES (ONU), *Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones : rapport final de M. José Martínez Cobo, Rapporteur spécial* (ci-après cité : « rapport Cobo »), Conseil économique et social, Commission des droits de l'Homme, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, vol. V.

la protection des droits de l'Homme constatait que « le problème le plus important qui se pose aujourd'hui aux peuples autochtones est celui de la non-délimitation des terres autochtones par les États² ». Comme solution à ce problème urgent, il se contentait pourtant essentiellement de recommander aux États de « promulguer une législation, y compris des mesures spéciales, à l'effet de reconnaître, délimiter et protéger les terres, les territoires et les ressources des peuples autochtones³ ». Or la conclusion d'accords sur le règlement de revendications globales, c'est-à-dire fondées sur des droits ancestraux⁴, accords que la terminologie onusienne désigne par la locution « autres arrangements constructifs⁵ » et que les autochtonistes canadiens appellent « traités modernes », peut représenter un mode privilégié de définition des droits des peuples autochtones⁶. La négociation d'un traité suppose par nature un degré de participation des Autochtones au travail de précision de leurs droits considérablement plus élevé que l'adoption d'une loi. Pour les Autochtones du Canada, il s'agit d'ailleurs de la précision de droits de statut supralégislatif, puisqu'en 1982 leurs « droits ancestraux » ont été « reconnus et confirmés » par la Constitution de cet État⁷. La modification constitutionnelle accordait du reste la même protection aux « droits issus de traités » des peuples autochtones, droits qui comprennent ceux qui proviennent d'accords sur des revendications territoriales⁸.

-
2. ORGANISATION DES NATIONS UNIES (ONU), *Les peuples autochtones et leur relation à la terre : document de travail final établi par le Rapporteur spécial, Mme Erica-Irène A. Daes* (ci-après cité : « rapport Daes »), Conseil économique et social, Commission des droits de l'Homme, Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'Homme, E/CN.4/Sub.2/2000/25, paragr. 49 (voir aussi paragr. 125). Le rapport Daes s'appuie sur R.A. WILLIAMS, « Encounters on the Frontiers of International Human Rights Law : Redefining the Terms of Indigenous Peoples' Survival in the World », (1990) *Duke L.J.* 981.
 3. Rapport Daes, précité, note 2, paragr. 140.
 4. Voir AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones*, Ottawa, Ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1993, p. 5 et suiv.
 5. Rapport Martínez, précité, note 1, paragr. 128-146. L'ONU hésite à qualifier de tels accords de « traités », car, contrairement aux « traités (en particulier les traités dits « historiques »), les arrangements constructifs [...] sont à proprement parler censés relever exclusivement de l'ordre interne » (paragr. 145).
 6. Au sujet de la conclusion de traités entre l'État canadien et les nations autochtones, voir notamment S. GRAMMOND, *Les traités entre l'État canadien et les peuples autochtones*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995.
 7. *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, R.-U., c. 11, art. 35 (1).
 8. *Id.*, art. 35 (1) et (3), ajouté par la *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution*, TR/84-102.

Par ailleurs, la conclusion de traités peut s'avérer à la fois moins longue, moins coûteuse, plus souple et plus prévisible dans ses résultats que la procédure judiciaire. Il est généralement reconnu que, au regard de la conclusion de traités, « litigation is [...] not seen as advantageous to either the [...] government or Aboriginal groups⁹ ». Il n'est aucunement surprenant que les parties préfèrent contrôler le processus de définition de leurs droits respectifs plutôt que de s'en remettre à un tiers décideur. La plus grande souplesse qu'offre la négociation des revendications autochtones par rapport au forum judiciaire permet évidemment l'élaboration de solutions mieux adaptées¹⁰ à des problèmes qui s'inscrivent dans des situations toujours singulières et éminemment complexes. Il faut dire avec Renée Dupuis que la « situation socioéconomique des Autochtones est tellement lamentable que les négociations représentent pour eux une occasion d'obtenir les investissements massifs pour y remédier. Un accord est alors vu comme le levier de leur développement futur¹¹ ». Enfin, la relation particulière avec l'État que suppose et symbolise la signature de tels documents fait en sorte que les traités conclus avec les Autochtones concourent à répondre à leur besoin d'être reconnus comme formant des nations¹².

Au cours des années 70, après le réveil des autorités gouvernementales à la suite de l'onde de choc provoquée par le double impact de la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Calder*¹³ et du prononcé d'une injonction interlocutoire en faveur des Cris du Québec par la Cour supérieure¹⁴, lesdites autorités ont pris acte de la nécessité pressante de circonscrire les droits spéciaux des Autochtones. D'entrée de jeu,

9. M. ASCH et N ZLOTIN, « Affirming Aboriginal Title: A New Basis for Comprehensive Claims Negotiations », dans M. ASCH (dir.), *Aboriginal and Treaty Rights in Canada: Essays on Law, Equality, and Respect for Difference*, Vancouver, University of British Columbia Press, 1997, p. 208, à la page 214.

10. Par exemple, certains aspects du régime jurisprudentiel relatif aux droits ancestraux ont été pourfendus par des Autochtones. C'est le cas de la « limite intrinsèque » du titre aborigène, établie dans le jugement qu'a rendu la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.

11. R. DUPUIS, *Quel Canada pour les Autochtones? La fin de l'exclusion*, Montréal, Boréal, 2001, p. 154.

12. Voir : COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 2 : « Une relation à redéfinir », Ottawa, Affaires indiennes et du Nord Canada, 1996, p. 1139.

13. *Calder c. P.G.C.-B.*, [1973] R.C.S. 313.

14. *Gros-Louis c. Société de Développement de la Baie James*, [1974] R.P. 38, infirmé par la Cour d'appel du Québec dans *Société de développement de la Baie James c. Chef Robert Kanatawat et autres*, [1975] C.A. 166. L'État a préféré négocier un accord plutôt que de voir l'affaire être tranchée de manière ultime par la Cour suprême.

l'État a préféré la passation d'accords comme moyen d'y parvenir. En effet, les deux événements sont à la source de la politique fédérale sur la négociation des revendications globales¹⁵ et du premier « traité contemporain », la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*¹⁶. La reconnaissance et la protection des droits ancestraux par la Constitution depuis 1982 de même que les avertissements lancés par la Cour suprême du Canada¹⁷, qui n'a pas hésité à rendre un peu plus tangibles les enjeux, n'ont fait qu'accroître le caractère impérieux du besoin de clarification de ces droits, d'autant plus que le mécanisme de conférences constitutionnelles prévu à cet effet par les parties crépusculaires IV et IV.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁸ s'est révélé un échec.

-
15. La politique actuelle (*supra*, note 4) est le résultat de révisions d'une politique énoncée à l'origine dans ses grandes lignes en 1973 (AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, *Déclaration par l'honorable Jean Chrétien, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, au sujet des revendications des Indiens et des Inuits*, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord Canada, 1973, puis précisée dans un document publié en 1981, voir : AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, *En toute justice : une politique des revendications autochtones*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1981.
16. *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, Québec, 1975, (conclue le 11 novembre 1975), [En ligne], 1998, [http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/index_f.html] (août 2003).
17. L'ex-juge en chef du Canada, Antonio Lamer, qui a rédigé les motifs principaux du jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précitée, note 10, s'est expliqué au sujet de la politique judiciaire de la Cour en matière de droits ancestraux : « L'essentiel de ma conclusion [dans l'arrêt *Delgamuukw*] est l'avertissement que je donnais au gouvernement : laissez [tomber le recours aux] tribunaux et procédez donc par négociation » (A. LAMER, cité dans A.-R. NADEAU, « Le juge Lamer sur... », *Le Devoir*, 11 janvier 2000 p. A4). L'ex-juge en chef du Canada tenait ainsi les politiques pour responsables, en partie du moins, de l'importance du nombre de litiges portant sur les droits des Autochtones qui sont soumis aux tribunaux. Pour des développements sur les causes du recours relativement fréquent aux tribunaux par les Autochtones, développements qui permettent de mieux comprendre les propos de l'ex-juge en chef, voir notamment R. DUPUIS, *op. cit.*, note 11, p. 98-102. Pour d'autres sur les conséquences de cette conjoncture, voir R. DUPUIS, *op. cit.*, note 11, p. 131-133. Des travaux remis à la Commission royale sur les peuples autochtones ont rendu compte de ce que, devant le manque d'engagement des gouvernements, les recours en justice représentent pour les Autochtones des moyens efficaces d'obtenir un plus grand pouvoir de négociation : ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Rapport du Groupe de travail de l'Association du Barreau canadien sur les solutions de rechange au règlement des conflits : une perspective canadienne*, Ottawa, Association du Barreau canadien, 1989, p. 93-94.
18. *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, note 7.

2 L'achoppement pour l'entente que constitue la politique fédérale d'extinction des droits ancestraux

En dépit de telles circonstances, le processus de négociation des revendications globales, sauf un déblocage certain en ce qui concerne les revendications du Nord, semble s'être enlisé. Plusieurs revendications sont en négociation depuis trop d'années. D'autres, présentées il y a longtemps, n'ont toujours pas franchi l'étape de l'acceptation pour négociation¹⁹. Il est vrai que ces négociations, d'ailleurs tripartites en raison du partage fédératif des compétences législatives, atteignent de hauts niveaux de complexité²⁰. Une constellation d'intérêts, qui varient sensiblement suivant les revendications, sont en jeu sur autant de questions. Considérons en outre que la Commission royale sur les peuples autochtones en est venue à la conclusion que le cadre institutionnel dans lequel ces négociations ont lieu « est généralement injuste, inefficace, laborieux et beaucoup trop coûteux » et qu'il « place clairement le ministère des Affaires indiennes en situation de conflit d'intérêts, puisqu'il est à la fois agent de financement, avocat de la défense, juge et jury²¹ ». Cela n'aide en rien la bonne marche du processus. Il n'empêche que chaque fois les parties poursuivent essentiellement les mêmes fins. La nation autochtone et les gouvernements cherchent alors, dans le respect des droits des tiers²², à remédier à l'insécurité

19. Voir : AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, *Politique sur les revendications territoriales globales et état des revendications*, [En ligne] 2003, [http://www.aicn-inac.gc.ca/ps/clm/brief_f.html] (août 2003).

20. Sur la portée de ces négociations, voir notamment M.L. STEVENSON, « Visions de certitude : question d'hypothèses », dans COMMISSION DU DROIT DU CANADA (dir.), *Parlons franchement à propos des traités*, Ottawa, Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux Canada, 2001, p. 123, à la page 132 ; R. DUPUIS, *op. cit.*, note 11, p. 144-159 ; R. DUPUIS, *Tribus, peuples et nations : les nouveaux enjeux des revendications autochtones au Canada*, Montréal, Boréal, 1997, p. 73 ; COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *op. cit.*, note 12, p. 81 et suiv. En vertu de l'article 91.24 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3, qui traite des « Indiens » et des « terres réservées pour les Indiens », c'est le pouvoir fédéral qui est compétent en matière de spécificité autochtone. Voir à ce sujet : P.W. HOGG, *Constitutional law of Canada*, Toronto, Carswell, 1992, chap. 27 ; J. WOODWARD, *Native Law*, Toronto, Carswell, 1989, chap. 3-4. Ces deux ouvrages présentent systématiquement la jurisprudence sur cette question.

21. COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *op. cit.*, note 12, p. 470.

22. Tout comme l'État, les Autochtones, d'après leur éthique de partage (voir à ce sujet M. ASCH et N. ZLOTIN, *loc. cit.*, note 9, 216), admettent l'impératif du respect des intérêts légitimes des tiers. En droit positif canadien cependant, il est difficile de parler à coup sûr de « droits » des tiers sur des terres couvertes par un titre aborigène qui n'a jamais été éteint ni atteint de manière régulière. Voir à ce sujet : *Skeetchestn Indian Band v.*

juridique causée par les lacunes de la délimitation des droits ancestraux par le droit canadien, insécurité qui menace constamment la paix et qui, en fin de compte, gêne l'épanouissement de tous les habitants de ce pays.

Il est toutefois un obstacle majeur qui depuis trop longtemps empêche le processus de négociation des revendications globales de répondre aux attentes qu'il a créées à juste titre. Il s'agit de cet élément de la politique fédérale qui « demande aux groupes autochtones d'abandonner les droits ancestraux qu'ils peuvent détenir à l'égard des terres ou des ressources en échange des droits et des autres avantages qui sont énoncés dans l'entente de règlement²³ ». Cet élément, connu sous l'expression « politique d'extinction des droits ancestraux », constitue en fait le soubassement même de la politique fédérale sur les revendications globales²⁴. L'objectif ainsi poursuivi par l'État est celui de purger une situation de l'incertitude provoquée par « le principe de common law des droits et des titres ancestraux²⁵ ». Pour de multiples raisons, les communautés autochtones refusent en principe de signer des traités comportant des clauses extinctives de leurs droits ancestraux²⁶. Disons pour résumer que, dans l'esprit des nations autochtones, « [w]hat is negotiable in treaty-making are the ways in which [they] will exercise [their] rights²⁷ ». Partant, la plupart des négociations « [s']achoppent au moins [à] ce point majeur²⁸ ». Ainsi, pour les communautés autoch-

British Columbia (Registrar of Land Titles), [2000] 10 W.W.R. 222 ; *Chippewas of Samia Band v. Canada (Attorney General)*, (2000) 195 D.L.R. (4th) 135 (permission d'en appeler refusée par la Cour suprême du Canada : [2001] S.C.C.A. (Quicklaw) n° 63). À la lumière de cette dernière décision, il faut, à notre sens, conclure que c'est en vertu d'une politique judiciaire admise par le pouvoir discrétionnaire inhérent aux cours supérieures en matière d'octroi de recours en vue de la mise en œuvre du contrôle judiciaire du gouvernement et des personnes morales, et non du droit canadien lui-même, que les collectivités autochtones qui s'adresseront aux tribunaux pour obtenir un remède à l'occupation illicite de leurs terres par des propriétaires privés seront plutôt dirigées vers un recours en dommages contre la Couronne. À notre avis, des travaux portant sur la conformité avec les normes supranationales, en vigueur et projetées, de l'état actuel du droit et de la politique judiciaire canadiens portant sur cette question seraient bienvenus.

23. AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, *op. cit.*, note 4, p. 10.

24. *Id.*, p. 5.

25. *Ibid.* Il faut mentionner que la politique ne correspond plus exactement à l'état du droit, puisque la Cour suprême a précisé à l'occasion de l'affaire *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précitée, note 10, (paragr. 136) que « la constitutionnalisation par le par. 35 (1) des droits ancestraux reconnus en common law ne signifie pas que ces droits épuisent le contenu de cette disposition » (j. en chef Lamer).

26. M. ASCH et N. ZLOTIN, *loc. cit.*, note 9, 208.

27. UNION OF BRITISH COLUMBIA INDIAN CHIEFS, *Treaty-Making and Title: A Non-Extinguishment Alternative for Settling the Land Question in British Columbia*, 1989, Discussion Paper no. 1, p. 23.

28. R. DUPUIS, *op. cit.*, note 20, p. 74.

tones, le fait de supporter les atteintes à leurs droits ancestraux, tout comme de recourir aux tribunaux ou encore à la violence, ne représente pas une solution ; au sujet des accords qui ont été conclus conformément à la politique fédérale, il peut être spécieux de parler d'un consentement à l'échange ou à l'abandon des droits ancestraux.

Généralement, le désaccord porte aussi sur un autre élément de la politique fédérale. Cet élément présente un rapport certain avec la politique d'extinction des droits ancestraux, mais on s'abuse souvent à le confondre avec elle. Nous voulons parler ici de la ligne de conduite que s'est manifestement donnée le gouvernement fédéral en cherchant systématiquement à signer des accords définitifs. La brochure du ministère canadien des Affaires indiennes et du Nord n'envisage bien à cet égard que la conclusion de « traités modernes qui fournissent une définition [...] sûre et durable des droits aux terres et aux ressources²⁹ ». Or la politique fédérale de conclusion d'accords définitifs se déduit des dispositions des traités modernes qui ont été conclus jusqu'à maintenant, dispositions qui ne prévoient pas de mécanismes de réexamen du traité.

La logique de la politique fédérale est la suivante : avec l'extinction des droits ancestraux, plus de litige possible, et donc plus besoin de négocier, ni à nouveau ni de manière complémentaire. Les « traités modernes » souhaités par la politique fédérale peinent à être plus que d'énormes contrats réglant des contestations à naître ou mettant un terme à une procédure judiciaire, c'est-à-dire de gigantesques transactions. Or rien n'empêche de concevoir tant des accords « extinctifs » des droits ancestraux prévoyant les conditions et modalités de leur révision que des accords « récongnitifs³⁰ »

29. AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, *op. cit.*, note 4, p. 5.

30. *Le Nouveau Petit Robert* définit l'adjectif *récongnitif* comme un vocable juridique servant à qualifier un acte « par lequel on reconnaît l'existence d'une obligation, d'un droit, en se référant à un acte antérieur » : J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Nouveau Petit Robert*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2003, s.v. *récongnitif*. Plus généralement, le même ouvrage définit *reconnaître* comme un verbe pouvant signifier, entre autres, « [a]dmittance officielle l'existence juridique de... ». En philosophie, et notamment chez Hegel (dialectique du maître et de l'esclave) et Marx (théorie du travail), la « reconnaissance » est le processus par lequel le sujet prend conscience de lui-même à la faveur de ses relations avec autrui. Au sein de la philosophie politique et morale contemporaine, et notamment chez Charles Taylor et Axel Honneth, la notion de « reconnaissance » renvoie maintenant au respect ou à la considération des groupes sociaux et culturels, au fait d'admettre leur valeur. Dans le présent article, au confluent du droit et de la philosophie, l'expression « récongnitif de droits ancestraux » signifie : qui admet officiellement l'existence de droits ancestraux issus originellement de régimes juridiques autochtones, donc extraétatiques, et qui reconnaît leur valeur, notamment en cherchant à en assurer l'exercice, et jamais à les éteindre, que ce soit *de jure* ou *de facto*.

des droits ancestraux qui soient intangibles. Il ne faudrait pas non plus assimiler « accord complet » à « accord définitif ». Au demeurant, les notions d'extinction des droits ancestraux, d'accord définitif et d'accord complet, elles-mêmes différentes les unes des autres, ne devraient pas être identifiées à celle d'« accord sûr ». Au sujet de cette dernière notion, nous avons dit que la partie autochtone cherche, elle aussi, à établir une sécurité juridique en ce qui a trait à ses droits ancestraux. Nous pouvons également présumer que le respect des traités validement conclus compte au moins autant pour les Autochtones que pour les États³¹. La politique fédérale de conclusion d'accords sûrs ne constitue donc pas un objet de mésentente. Il nous semble par ailleurs difficile de nier que l'établissement par traité d'une sécurité juridique exige de lui qu'il tende vers la complétude. C'est surtout au sujet de l'extinction des droits ancestraux et du caractère définitif de l'accord que les parties s'opposent.

Mentionnons d'ores et déjà que nous partageons l'avis de ceux qui affirment que les traités modernes conclus avec les nations autochtones « ne sont pas des contrats de droit des biens, [mais] des documents constitutionnels décrivant les relations entre les parties » et que, « [b]ien qu'il y ait un besoin de certitude, il existe [également] un besoin [...] de souplesse pour permettre à ces relations de s'épanouir et d'évoluer avec le temps »³². Les accords sur revendication de droits ancestraux devraient en effet être considérés pour ce qu'ils sont, à savoir des traités constitutionnels, des accords politiques officiels sur l'aménagement de la coexistence de différentes nations sur un même territoire ; il est à notre sens non pertinent de tenter de les appréhender en tant que transactions. De nouveau, nous sommes d'accord avec Renée Dupuis lorsqu'elle affirme que « [l]es Autochtones doivent tenter de conclure des accords « ouverts », c'est-à-dire qu'ils doivent éviter que leurs droits ne soient encadrés dans un accord définitif³³ ». Nous trouvons donc légitime l'approche de négociation des Autochtones dite de *treaty-making*. De fait :

31. Il existe une littérature abondante sur les problèmes qu'engendre l'irrespect des traités conclus avec les nations autochtones de la part des États. Au Canada, cette réalité représente l'une des raisons d'être de la politique fédérale sur les revendications dites « particulières » : voir : AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, *op. cit.*, note 4, p. III-V et 19 et suiv. C'est parce que l'irresponsabilité des États est si fréquente que l'ONU a commandé des études sur les traités conclus avec les peuples autochtones (voir *supra*, note 1).

32. M.L. STEVENSON, *loc. cit.*, note 20, 132.

33. R. DUPUIS, *op. cit.*, note 11, p. 154.

[a]boriginal peoples overwhelmingly describe negotiations between themselves and governments as « treaty-making ». They do not view either historic or modern treaties as fixed contracts, but rather as a means of establishing ongoing political and legal relationships between Aboriginal collectivities and the Crown³⁴.

Prévu à certaines conditions, le réexamen d'un traité — ce qui signifie que pour le mettre à jour et le bonifier les parties ne se contentent pas de le compléter mais le revoient également — ne congédie pas l'impératif de sécurité juridique. De l'avis de la Commission royale sur les peuples autochtones, il est de « l'essence [même] des traités [que] de créer des relations permanentes, susceptibles d'évoluer, de changer et d'être précisées, suivant le désir des parties³⁵ ». Il est cependant impérieux que les traités conclus avec les peuples autochtones puissent être révisés d'une manière efficace et équitable, ce qui suppose un certain équilibre du pouvoir de négociation respectif des parties de même que la possibilité, dans les cas d'impasse, de soumettre le différend à un tiers décideur.

Espérant avoir démontré comment la politique fédérale d'extinction des droits ancestraux gêne gravement, et ce, depuis trop longtemps le processus de négociation des traités modernes que sont les accords sur les revendications territoriales globales, traités dont la conclusion s'élève en besoin impérieux, nous voulons aborder maintenant les efforts qui devaient permettre son remplacement.

3 Les critiques, les rapports et les hésitations

La politique fédérale d'extinction des droits ancestraux a fait l'objet de nombreuses critiques émanant de divers milieux. Nonobstant les modifications timides qui ont pu lui être apportées, la politique fédérale sur les revendications territoriales autochtones demeure, tout bien considéré, largement extinctive des droits ancestraux.

Dès 1978, le Québec s'engageait auprès des Autochtones à ne plus faire de l'abandon de leurs droits ancestraux la condition d'un accord. « En pratique, toutefois, la position du Québec n'était pas déterminante tant que le gouvernement fédéral maintenait son exigence³⁶ », car c'est le pouvoir fédéral qui est compétent en matière de spécificité autochtone³⁷. Le poids des doléances a conduit ce dernier à former le Groupe d'étude de la politique des revendications globales. Celui-ci a remis la version définitive de

34. M. ASCH et N. ZLOTIN, *loc. cit.*, note 9, 216.

35. COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *op. cit.*, note 12, p. 90.

36. R. DUPUIS, *op. cit.*, note 11, p. 105-106.

37. Voir *supra*, note 20.

son rapport en 1985³⁸, rapport à l'origine de la révision de la politique en 1986³⁹. Depuis, à en croire cette nouvelle mouture,

[...] un groupe requérant peut choisir de conserver, après le règlement des revendications, les droits ancestraux qu'il peut détenir à l'égard des terres, dans la mesure où ces droits ne sont pas incompatibles avec l'entente de règlement. La politique garantit également que les droits ancestraux qui ne sont pas liés aux terres et aux ressources ou à d'autres points négociés ne seront pas touchés par l'échange des droits dans le règlement négocié⁴⁰.

La politique de 1986 reconduit donc l'essentiel de la logique de l'échange des droits. L'abandon des droits a cessé d'être une règle absolue pour devenir un principe admettant une exception, leur conservation.

La politique de 1981⁴¹ énonçait que les accords devaient porter sur « tous les aspects voulus pour éviter que la revendication puisse être représentée plus tard⁴² ». Ainsi, tous les droits ancestraux devaient pouvoir faire l'objet de l'échange. Ce souci de tarissement avait animé la négociation de la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*⁴³. Il faut dire pourtant que de tels accords conclus conformément au désir du pouvoir fédéral d'un règlement total n'avaient prévu l'abandon que des droits « aux terres et dans les terres » ou « à l'égard des terres » et, parfois, « à l'égard des

38. AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, *Traités en vigueur : ententes durables*, rapport du Groupe d'étude de la politique des revendications globales, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1985. Le rapport est aussi connu sous l'appellation « rapport Coolican », du nom du président du Groupe d'étude.

39. AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones*, Ottawa, Ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1986.

40. AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, *op. cit.*, note 4, p. 10.

41. AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, *op. cit.*, note 15.

42. *Id.*, p. 19.

43. *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, précité, note 16. L'article 2.1 de la Convention dispose que, « [e]n considération des droits et des avantages accordés aux présentes aux Cris de la Baie James et aux Inuits du Québec, les Cris de la Baie James et les Inuits du Québec cèdent, renoncent, abandonnent et transportent par les présentes tous leurs revendications, droits, titres et intérêts autochtones, quels qu'ils soient, aux terres et dans les terres du Territoire [englobé par la Convention] et du Québec, et le Québec et le Canada acceptent cette cession ». L'article 2.6 (modifié par la convention complémentaire n° 2, a. 2) prévoyait que la législation fédérale qui allait mettre en œuvre la Convention devait éteindre les droits ancestraux, ce qui a été fait en 1977 — avant que les droits des peuples autochtones soient reconnus et confirmés par la Constitution. L'article 3 (3) de la *Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois*, S.C. 1976-77, c. 32, « éteint tous les revendications, droits, titres et intérêts autochtones, quels qu'ils soient, aux terres et dans les terres du Territoire [englobé par la Convention], de tous les Indiens et de tous les Inuit, où qu'ils soient ».

zones extracôtières⁴⁴ ». Dans sa politique de 1986, le gouvernement fédéral annonçait clairement qu'il ne demanderait plus aux Autochtones de renoncer à la totalité de leurs droits ancestraux et qu'il n'exigerait plus d'eux que l'abandon de tels droits portant sur des matières prévues dans le traité.

Là où la politique de 1986 innovait vraiment, c'est quand elle énonçait que les autres droits ancestraux qui allaient pouvoir être épargnés par l'échange seraient ceux qui étaient « détenus à l'égard des terres », mais « dans la mesure » de leur compatibilité avec l'accord. L'hypothèse d'un droit ancestral à la terre au contenu autre que celui des droits prévus dans un accord sur une revendication territoriale tout en étant compatible avec lui nous semble invraisemblable. À notre avis, seule était envisagée la conservation des droits ancestraux à la terre dont le contenu serait, en tout ou partie, le même que celui de l'un des droits conférés par l'accord. Sauf cette dernière exception de tolérance des fragments de droits fonciers compatibles avec elle, l'entente sur une matière, que ce soit dans le contexte d'un premier accord compréhensif ou d'un accord complémentaire, devait conférer des droits et avantages spéciaux en remplacement des droits ancestraux.

En somme, la politique de 1986 rectifiait le tir en annonçant des échanges plus orthodoxes. En effet, il n'y a pas, à l'occasion d'un échange, de cession sans contrepartie, tout comme il n'y a pas lieu d'échanger des choses identiques. L'objectif demeurait le même, soit le remplacement des droits ancestraux, considérés comme des droits d'une teneur incertaine, par des droits et autres « avantages » définis plus clairement dans un traité.

Lorsque la politique fédérale sur les revendications autochtones a été révisée en 1993, aucune modification n'a été apportée relativement à l'échange des droits comme moyen d'établissement de la sécurité juridique. À cet égard, près d'une dizaine d'accords conclus depuis 1986 — plus

44. *Convention du Nord-Est québécois*, Ottawa, 1984 (conclue le 31 janvier 1978), art. 2.1, [En ligne], 1984, [http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/index_f.html] (août 2003). *La revendication de l'Arctique de l'Ouest: convention définitive des Inuvialuit*, Ottawa, 1984 (conclue le 5 juin 1984), art. 3 (4), [En ligne], 1998, [http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/index_f.html] (août 2003). Les Cris du Québec affirment que « seulement une partie de leurs droits a été éteinte quand ils ont signé la convention de la baie James et du Nord québécois. D'après eux, toute une panoplie de droits ancestraux subsistent en leur faveur, dont le droit inhérent de se gouverner, puisqu'ils ne les ont pas cédés explicitement en 1975 et que ces droits sont désormais reconnus et protégés par la Constitution » : R. DUPUIS, *op. cit.*, note 11, p. 106-107.

précisément depuis 1993 — l'ont été conformément à la politique fédérale⁴⁵. D'autres ont plutôt retenu l'ancienne formule⁴⁶. La politique fédérale sur les revendications autochtones est actuellement à l'étude.

En 1994, soit deux ans avant la production de la version définitive de son rapport, la Commission royale sur les peuples autochtones faisait paraître, en raison de l'urgence du problème, un rapport spécial sur la politique fédérale d'extinction des droits ancestraux⁴⁷. Dans la foulée, le ministre canadien des Affaires indiennes et du Nord nommait, la même année, un enquêteur spécial dont la tâche comprenait l'étude de nouvelles façons de rendre certain le statut juridique des terres et des ressources qui sont objets de droits ancestraux. En conclusion de son rapport, l'enquêteur spécial suggérait à son tour une solution de remplacement⁴⁸. Quatre ans plus tard, le Vérificateur général du Canada recommandait dans son rapport annuel que le gouvernement « [donne] suite à l'engagement qu'il a

-
45. *Entente définitive du Conseil des Tlingits de Teslin*, Ottawa, 1993 (conclue le 29 mai 1993), art. 2.5.1.1 et 2.5.1.2; *Entente définitive de la Première nation des Nacho Nyak Dun*, Ottawa, 1993 (conclue le 29 mai 1993), art. 2.5.1.1 et 2.5.1.2; *Entente définitive des Premières nations de Champagne et de Aishihik*, Ottawa, 1993 (conclue le 29 mai 1993), art. 2.5.1.1 et 2.5.1.2; *Entente définitive de la Première nation des Gwitchin Vuntut*, Ottawa, 1993 (conclue le 29 mai 1993), art. 2.5.1.1 et 2.5.1.2; *Entente définitive de la Première nation de Selkirk*, Ottawa, 1998 (conclue le 21 juillet 1997), art. 2.5.1.1 et 2.5.1.2; *Entente définitive de la Première nation de Little Salmon/Carmacks*, Ottawa, 1998 (conclue le 21 juillet 1997), art. 2.5.1.1 et 2.5.1.2; *Entente définitive des Tr'ondëk Hwëch'in*, Ottawa, 1998 (conclue le 16 juillet 1998), art. 2.5.1.1 et 2.5.1.2. Ces ententes ont été conclues conformément à l'*Accord-cadre définitif entre le gouvernement du Canada, le Conseil des Indiens du Yukon et le gouvernement du Yukon*, Ottawa, 1993 (conclu le 29 mai 1993) (voir plus spécialement les articles 2.5.1.1 et 2.5.1.2). Ces ententes de même que l'accord-cadre sont accessibles sur Internet : [http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/index_f.html] (août 2003). Les seuls droits ancestraux auxquels ces ententes prévoient la renonciation sont ceux à l'égard des terres et des eaux, dans la mesure de leur incompatibilité avec les dispositions de l'entente, ainsi que certains droits ancestraux concernant les terres, les eaux ou les mines et minéraux, sans égard à la question de leur éventuelle compatibilité avec ces mêmes dispositions.
46. *Accord sur les revendications territoriales du Nunavut*, Ottawa, 1993 (conclu le 25 mai 1993), art. 2.7.1 a); *Entente sur la revendication territoriale globale des Dénés et Métis du Sahtu*, 2 vol., Ottawa, 1993 (conclue le 6 septembre 1993), art. 3.1.11. L'accord et l'entente sont accessibles sur Internet : [http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/index_f.html] (août 2003).
47. COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Conclure des traités dans un esprit de coexistence : une solution de rechange à l'extinction du titre ancestral*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1994.
48. A.C. HAMILTON, *Le Canada et les peuples autochtones : un nouveau partenariat*, rapport, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord Canada, 1995, p. 107-123.

pris d'étudier des méthodes autres que celle de la renonciation aux droits et aux titres ancestraux par mesure de cession ou d'extinction⁴⁹ ».

Remis à l'ONU en 1999, le rapport Martínez mentionnait dans ses conclusions la question des politiques étatiques prévoyant l'extinction des droits ancestraux comme condition du règlement des revendications autochtones. De l'avis du rapporteur spécial :

[i] rest[ait] à analyser dans quelle mesure l'existence de ces « points non négociables » (« comme le principe selon lequel l'extinction de ce qu'on appelle les droits autochtones sur les terres est la condition du règlement des revendications autochtones ») — s'ils sont imposés par les négociateurs de l'État — compromet la validité non seulement des accords déjà conclus mais [aussi] des accords à venir. Le libre consentement des peuples autochtones, qui est indispensable pour que ces accords aient une valeur juridique, risque d'être singulièrement compromis par cette forme de contrainte particulièrement efficace⁵⁰.

Déposé devant l'ONU l'année suivante, le rapport Daes faisait état de ce que, concernant le Canada, « le sujet de préoccupation le plus souvent évoqué, tant par les groupes autochtones que par les organes de surveillance des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies, concern[ait] la poursuite par [cet État] de sa politique d'extinction des titres aborigènes⁵¹ ».

En 1999, le Comité des droits de l'Homme de l'ONU exhortait le Canada à mettre un terme à sa « pratique consistant à éteindre les droits naturels des autochtones [...] parce qu'elle est incompatible avec l'article premier du [*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*]⁵² ». Il

49. VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL, « Commentaires d'introduction au Comité des comptes publics », Ottawa, Affaires indiennes et du Nord Canada — Revendications territoriales globales, chap. 14 (24 novembre 1998), [En ligne], 1998, [http://www.oag-bvg.gc.ca/domino/other.nsf/html/pa14_f.html] (août 2003).

50. Rapport Martínez, précité, note 1, paragr. 302.

51. ONU, *supra*, note 2, paragr. 101.

52. ONU, *Observations finales du Comité des droits de l'Homme : Canada*, Comité des droits de l'Homme, CCPR/C/79/Add.105, 7 avril 1999, paragr. 8. L'article premier du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, ONU, 16 décembre 1966, (1976) 999 R.T.N.U. 171 (entrée en vigueur : 23 mars 1976 ; adhésion du Canada : 19 mai 1976) énonce ceci :

1. Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel.

2. Pour atteindre leurs fins, tous les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles, sans préjudice des obligations qui découlent de la coopération économique internationale, fondée sur le principe de l'intérêt mutuel, et du droit international. En aucun cas, un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance.

n'est pas dans nos intentions de discuter dans le détail la question, qui pourtant se pose sérieusement, de la conformité de la politique fédérale d'extinction des droits ancestraux avec le droit transnational mais simplement de l'aborder brièvement. Or, s'il était vrai que la politique fédérale d'extinction des droits ancestraux enfreint cet article — de formulation très générale — du Pacte, il y aurait alors de fortes chances qu'elle ne soit pas plus conforme à la *Convention (no 169) concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*⁵³. Dans cette convention signée sous l'égide de l'Organisation internationale du travail (OIT), les parties énoncent qu'« il incombe aux gouvernements, avec la participation des peuples intéressés, de développer une action coordonnée et systématique en vue de protéger les droits de ces peuples et de garantir le respect de leur intégrité⁵⁴ », et que « cette action doit comprendre des mesures visant à promouvoir la pleine réalisation des droits sociaux, économiques et culturels de ces peuples, dans le respect de leur identité sociale et culturelle, de leurs coutumes et traditions et de leurs institutions⁵⁵ ». Il en va de même à l'égard du *Projet de déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones*, qui prévoit ceci :

Les peuples autochtones ont le droit de conserver et de renforcer les liens particuliers, spirituels et matériels, qui les unissent à leurs terres, à leurs territoires, à leurs eaux fluviales et côtières, et aux autres ressources qu'ils possèdent ou qu'ils occupent ou exploitent traditionnellement, et d'assumer leurs responsabilités en la matière à l'égard des générations futures⁵⁶.

3. Les États parties au présent Pacte, y compris ceux qui ont la responsabilité d'administrer des territoires non autonomes et des territoires sous tutelle, sont tenus de faciliter la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, et de respecter ce droit, conformément aux dispositions de la Charte des Nations Unies.

53. ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL (OIT), *Bulletin officiel*, vol. LXXII, Série A, n° 2, 27 juin 1989, p. 63-74 (convention entrée en vigueur : 5 septembre 1991 ; toujours pas ratifiée par le Canada).

54. *Id.*, art. 2.1.

55. *Id.*, art. 2.1, paragr. 2 b).

56. ONU, *Projet de déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones*, Conseil économique et social, Commission des droits de l'Homme, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, E/CN.4/sub.2/1994/2/Add.1, art. 25. Le projet a été adopté par la Sous-Commission et soumis à la Commission pour examen le 26 août 1994 (rés. 1994/45). Le 3 mars 1995, la Commission créait un groupe de travail intersessions à composition non limitée chargé d'examiner le texte soumis par la Sous-Commission et d'élaborer un projet de déclaration pour examen et adoption par l'Assemblée générale au cours de la Décennie internationale des populations autochtones (1995-2004) (rés. 1995/32).

Cependant, là où l'insatisfaction à l'égard de normes supranationales à venir paraît encore plus tangible, c'est sous le soleil du *Projet de déclaration américaine des droits des peuples autochtones*⁵⁷. Ce dernier prépare notamment la déclaration suivante par les membres de l'Organisation des États américains (OEA) :

Les peuples autochtones ont droit à la reconnaissance légale des modalités et formes diverses et particulières de contrôle, de propriété et de jouissance des biens et territoires⁵⁸ [;]

lorsque les droits de propriété et d'usage des populations autochtones découlent de droits antérieurs à l'existence des États, ces derniers doivent reconnaître ces titres comme étant permanents, exclusifs, inaliénables, imprescriptibles et insaisissables⁵⁹. Ces titres ne peuvent être modifiés que d'un commun accord entre l'État et la population autochtone intéressée, lorsque la nature et les particularités de ladite propriété sont parfaitement connues et comprises⁶⁰.

Outre des groupes de pression autochtones et des instances officielles, des auteurs ont aussi exhorté le gouvernement fédéral à adopter une approche différente de celle qui a pour objet l'extinction des droits

57. ORGANISATION DES ÉTATS AMÉRICAINS (OEA), Commission interaméricaine des droits de l'Homme, OEA/Ser.L.V/II.90, Doc. 9, rev. 1 (1997). En 1989, l'Assemblée générale de l'OEA chargeait la Commission interaméricaine des droits de l'Homme d'élaborer un projet de déclaration des droits des peuples autochtones (OEA/AG/Rés. 1022, XIX-0/89). Le projet a été précédé du document suivant : OEA, *Draft of the Inter-American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Commission interaméricaine des droits de l'Homme, OEA/Ser.L/V/II.90/Doc.14, rev. 1 (1995). Le projet a fait l'objet de propositions de modification de la part des États membres de l'OEA, des représentants des peuples autochtones et du président du Groupe de travail chargé d'élaborer le projet de déclaration américaine des droits des peuples autochtones. Le projet devra être adopté par les États membres, comme l'a prévu par résolution l'Assemblée générale (OEA/AG/Rés. 1780, XXXI-0/01). Les propositions des États ainsi que celles du président du Groupe de travail en vue de la modification de l'article XVIII du projet, article portant sur les modes traditionnels de propriété, la survie culturelle et le droit aux terres et territoires des peuples autochtones, envisagent une protection moindre des droits des peuples autochtones. Voir OEA, *Projet de déclaration américaine des droits des peuples autochtones—Document de travail comparant le projet original élaboré par la Commission interaméricaine des droits de l'homme, les propositions émanés [sic] des États, et les propositions des représentants des peuples autochtones, ainsi que l'avant-projet du président du Groupe de travail chargé d'élaborer le projet de déclaration américaine des droits des peuples autochtones* (document présenté par le président du Groupe de travail), Conseil permanent, Commission des questions juridiques et politiques, Groupe de travail chargé de l'élaboration du projet de déclaration américaine des droits des peuples autochtones, OEA/Ser.K/XVI, GT/DADIN/doc.53/02 (2002).

58. *Id.*, art. XVIII, paragr. 1.

59. *Id.*, paragr. 3.i.

60. *Id.*, paragr. 3.ii.

ancestraux⁶¹. Or c'est plus spécialement sur les solutions de remplacement qu'on a pu — en marge de la politique fédérale officielle — tenter dans certains accords que nous voulons maintenant nous pencher.

4 L'accord Nisga'a

Si, en ce qui concerne la façon d'établir la sécurité juridique recherchée par les parties à un accord sur une revendication globale, la politique canadienne de 1986 — reprise à cet égard par la politique de 1993 — représente toujours la position officielle du gouvernement fédéral⁶², une avancée significative vers la résolution de la problématique de l'extinction des droits ancestraux a été menée avec la signature, le 27 avril 1999, de l'*Accord définitif Nisga'a*⁶³.

En concluant ce traité moderne, la nation Nisga'a, le gouvernement de la Colombie-Britannique et le gouvernement du Canada édulcoraient l'échange des droits comme moyen d'établissement d'une sécurité juridique⁶⁴. C'est ainsi que l'accord Nisga'a retenait une technique inédite : l'énoncé détaillé, exhaustif et définitif des droits ancestraux de la partie autochtone par voie de modification de certains de ces droits et de renonciation aux autres.

Selon les termes mêmes du traité, ce dernier « constitue le règlement complet et définitif concernant les droits ancestraux de la Nation Nisga'a au Canada⁶⁵ » et « énonce de façon exhaustive les droits Nisga'a de l'article 35 [de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁶⁶] ⁶⁷ », à savoir :

les droits ancestraux au Canada, y compris le titre aborigène, tels que modifiés par l'Accord, de la Nation Nisga'a et de son peuple aux Terres Nisga'a et dans les Terres Nisga'a et aux autres terres et ressources au Canada et dans ces autres terres et ressources ;

61. Voir notamment M.L. STEVENSON, « Visions de certitude : question d'hypothèses », dans COMMISSION DU DROIT DU CANADA (dir.), *op. cit.*, note 20 ; M. ASCH et N. ZLOTIN, *loc. cit.*, note 9 ; G. OTIS et A. ÉMOND, « L'identité autochtone dans les traités contemporains : de l'extinction à l'affirmation du titre ancestral », (1996) 41 *R.D. McGill* 543.

62. Rappelons que la politique fédérale sur les revendications autochtones est actuellement à l'étude.

63. *Accord définitif Nisga'a*, Ottawa, 1999 (conclu le 27 avril 1999), [En ligne], 1999, [http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/index_f.html] (août 2003).

64. Pour une étude détaillée sur le sujet, voir L. DUFRAIMONT, « Continuity and Modification of Aboriginal Rights in the Nisga'a Treaty », (2002) 35 *U.B.C. L. Rev.* 455.

65. *Accord Nisga'a*, précité, note 63, art. 22.

66. *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, note 7.

67. *Accord Nisga'a*, précité, note 63, art. 23.

*les compétences, pouvoirs et droits du gouvernement Nisga'a; et les autres droits Nisga'a de l'article 35*⁶⁸.

Les parties ont d'ailleurs pris soin d'énoncer avec plus de précision la modification des droits ancestraux qu'elles entendaient ainsi opérer, et ce, dans les termes suivants :

Malgré la common law, en conséquence de l'Accord et de la législation de mise en vigueur, les droits ancestraux de la Nation Nisga'a, y compris le titre aborigène, tels qu'ils existaient où que ce soit au Canada avant la date d'entrée en vigueur, y compris leurs attributs et leur étendue géographique, sont modifiés et se continuent tels que modifiés, comme il est énoncé dans l'Accord⁶⁹.

Il est entendu que le titre aborigène de la Nation Nisga'a, qui existait où que ce soit au Canada avant la date d'entrée en vigueur, est modifié et se continue comme les domaines en fief simple [*fee simple*] dans les régions identifiées dans l'Accord comme Terres Nisga'a ou terres Nisga'a en fief simple⁷⁰.

Les parties ont également précisé ce qu'elles voulaient dire en parlant d'un énoncé exhaustif des droits constitutionnels des Nisga'a en prévoyant ceci :

Si, malgré l'Accord et la législation de mise en vigueur, la Nation Nisga'a a un droit ancestral au Canada, y compris le titre aborigène, qui est autre que les droits Nisga'a de l'article 35 tels qu'énoncés dans l'Accord, ou qui en diffère par ses attributs ou son étendue géographique, la Nation Nisga'a renonce [*releases*] à ce droit ancestral en faveur du Canada dans la mesure où le droit ancestral est autre que les droits Nisga'a de l'article 35 tels qu'énoncés dans l'Accord, ou en diffère par ses attributs ou son étendue géographique⁷¹.

Modifier une chose, c'est la changer « sans en altérer la nature, l'essence⁷² ». En préférant la modification de certains droits à leur échange, l'accord Nisga'a marquait une percée significative vers la résolution de la problématique de la politique fédérale d'extinction des droits ancestraux. Il représentait en effet les prémices de la manifestation d'un esprit plus réconciliatif devant animer la partie étatique. Les droits ancestraux méritaient de se voir accorder plus de valeur ; il ne paraissait plus juste de se borner à tolérer la conservation des quelques droits qui n'étaient pas susceptibles de gêner l'application du régime prévu dans l'accord. Sur le plan de la technique juridique par ailleurs, la modification par traité des droits ancestraux

68. *Id.*, art. 23 a, b et c.

69. *Id.*, art. 24.

70. *Id.*, art. 25.

71. *Id.*, art. 26.

72. J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *op. cit.*, note 30.

n'était pas non plus dépourvue de hardiesse. La distinction entre les droits ancestraux et les droits issus de traités gagnait en nuances.

Or l'éventail des droits ancestraux éteints selon les modalités de l'accord Nisga'a demeure large, peut-être même plus large que celui qui est prévu dans les traités qui l'ont précédé. À l'évidence, nous ne parlons pas en l'occurrence des droits aux terres et aux ressources modifiés par l'accord dans leur état antérieur à cette modification. Nous envisageons bien tous ces droits qui, d'une essence autre que celle des droits aux terres et aux ressources qui sont définis dans l'accord, ne pourront être interprétés comme le produit d'un des avatars que les parties ont opérés. Suivant les dispositions du traité, ces droits auront fait l'objet d'une renonciation, auront été *released*. Un guide publié en septembre 1998 par le Nisga'a Tribal Council offre des explications sur ce que les parties ont ainsi entendu : en common law, le terme *release* fait référence à une technique employée en matière de transaction et qui permet de s'entendre sur le règlement d'un différend sans crainte qu'il ne survive ; à la différence d'un *surrender*, « a release [...] does not suggest defeat and oppression⁷³ ». De manière signifiante, la technique est moins humiliante ; elle demeure pourtant « extinctive » des droits ancestraux. Au reste, en ce qui a trait à la protection des droits ancestraux autres que ceux qui se rattachent aux terres et aux ressources, l'accord Nisga'a se situe en deçà des exigences de la politique de 1986, par laquelle le gouvernement fédéral s'engageait à n'exiger de la partie autochtone que l'abandon de ses droits portant sur des matières prévues dans le traité.

Enfin, s'il contient quelques stipulations relatives à son éventuelle modification⁷⁴, l'accord conclu avec la nation Nisga'a, marqué au sceau du règlement définitif, cherche à fixer pour un avenir sans bornes ses statuts juridique et politique.

À tout prendre, l'accord Nisga'a, s'il marque une avancée significative à différents égards, demeure l'exemple d'une solution imparfaite à la problématique de la politique fédérale d'extinction des droits ancestraux, et ce, notamment parce qu'il est largement « extinctif » de tels droits.

73. NISGA'A TRIBAL COUNCIL, « Certainty », « How does the Final Agreement deal with these issues? », *Understanding the Nisga'a Treaty*, [En ligne], 1998, [<http://www.kermode.net/nisgaa/treaty/contents.htm>] (août 2003).

74. Voir Accord Nisga'a, précité, note 63, art. 36-43, notamment.

5 L'accord Tlicho

Une autre solution de remplacement est tentée dans l'*Accord Tlicho*⁷⁵, qui a été signé par les représentants du Conseil des Dogrib (aujourd'hui les Tlicho) visés par le Traité n° 11, du gouvernement des Territoires du Nord-Ouest et du gouvernement du Canada le 25 août 2003. Étant donné les doutes sérieux quant à la validité de l'extinction de droits ancestraux prévue dans le traité d'abord signé le 27 juin 1921 et auquel avait adhéré la Première Nation Tlicho le 22 août de la même année⁷⁶, et compte tenu de son inaptitude à répondre aux besoins des nations autochtones signataires, le gouvernement fédéral avait accepté en 1992 de négocier la revendication globale des Tlicho. La revendication territoriale de la Première Nation Tlicho a été négociée en même temps que sa revendication de l'autonomie gouvernementale. La technique consignée dans l'accord pour remédier à l'insécurité juridique générée par les droits ancestraux des Tlicho est inouïe. Ainsi, il est prévu, à son article 2.6.1, que le peuple Tlicho « n'exerce ni ne fera valoir [*sic*] l'existence de tous droits ancestraux ou issus de traités autres que l'un des droits énoncés dans l'Accord⁷⁷ ». L'article 2.6.4 précise que ce procédé doit permettre à chacun, au lendemain de l'accord, de jouir de ses droits comme si ceux dont il est question à l'article 2.6.1 « avaient cessé d'exister⁷⁸ ». Par surcroît de protection contre l'insécurité juridique, l'accord prévoit que si jamais il s'avère que l'article 2.6.1 ne peut s'appliquer à un droit foncier et que cela :

(a) entraîne, pour le gouvernement ou toute autre personne, une obligation reliée à ce droit envers [le peuple Tlicho] [...];

(b) affecte la capacité des citoyens Tlicho, de la Première nation Tlicho ou du gouvernement Tlicho à exercer et jouir de l'ensemble de leurs droits, pouvoirs, compétences et privilèges énoncés dans l'Accord ; ou

(c) affecte la capacité de toute autre personne ou gouvernement à exercer et jouir de l'ensemble des droits, pouvoirs, compétences et privilèges dont ils bénéficieraient si ce droit ne continuait pas à exister,

[le peuple Tlicho] cède et renonce [...] à ce droit foncier dans la mesure nécessaire pour réaliser l'objet prévu à l'article 2.6.4⁷⁹.

75. *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, précitée, note 16.

76. Sur les circonstances ayant entouré la conclusion du Traité n° 11, voir notamment O.P. DICKASON, *Les Premières Nations*, Sillery, Septentrion, 1996, p. 377-379 (traduction par Jude Des Chênes de l'ouvrage suivant : *Canada's First Nations : A History of Founding Peoples from Earliest Times*, Toronto, McClelland and Stewart, 1992).

77. Accord Tlicho, Rae-Edzo, 2003 (conclu le 25 août 2003), art. 2.6.1(a).

78. *Id.*, art. 2.6.4, *in fine*.

79. *Id.*, art. 2.6.9.

Et par excès de protection cette fois, l'accord dispose en outre ceci :

Si la pérennité d'un droit foncier qui, [en vertu de l'article 2.6.1], ne peut être exercé ou invoqué

(a) entraîne, pour un gouvernement ou une autre personne, une obligation reliée à ce droit envers [le peuple Tlicho] [...];

(b) affecte la capacité des citoyens Tlicho, de la Première nation Tlicho ou du gouvernement Tlicho à exercer et jouir de l'ensemble de leurs droits, pouvoirs, compétences et privilèges énoncés dans l'Accord ; ou

(c) affecte la capacité de toute autre personne ou gouvernement à exercer et jouir de l'ensemble des droits, pouvoirs, compétences et privilèges dont ils bénéficieraient si ce droit ne continuait pas à exister,

[le peuple Tlicho] cède et renonce [...] à ce droit foncier dans la mesure nécessaire pour réaliser l'objet prévu à l'article 2.6.4⁸⁰.

Le procédé que met en œuvre l'article 2.6.1 de l'accord Tlicho ne se veut pas modificatif des droits ancestraux des Tlicho. Il ne prétend pas non plus les préciser ni en prévoir les modalités d'exercice. Le mécanisme évoque plutôt ce qu'indique la politique de 1986 au sujet des droits se rapportant aux « terres », sauf qu'ici la polarité même/autre et l'interdiction d'exercice ou extinction *de facto* se substituent à la dichotomie compatible/incompatible et à l'extinction *de jure*. Que vaut, en effet, un droit ancestral privé définitivement de toute modalité d'exercice ? Un tel droit, plutôt que de rayonner, sombre dans l'extinction. Et si le procédé en question en vient soit directement, soit indirectement à échouer en ce qui a trait aux droits ancestraux « fonciers », c'est, en vertu des articles 2.6.9 et 2.6.10, la traditionnelle extinction par voie d'abandon qui agira comme frein de secours. En principe, cet accord éteint *de facto*, et parfois même *de jure*, les droits ancestraux dont la substance diffère des droits qu'il prévoit. Le remède qu'entend apporter l'article 2.6.1 de l'accord conclu avec les Tlicho à l'insécurité juridique liée à leurs droits ancestraux n'est donc certainement pas plus réognitif qu'extinctif de ces droits. Or l'article en question renvoie expressément à une exception, en l'occurrence celle des « cas prévus à la section 2.10⁸¹ ».

Il est en effet précisé ceci à l'article 2.10.2 de l'accord Tlicho :

Si le gouvernement Tlicho propose que soit exercé, par des citoyens Tlicho, la Première nation Tlicho ou le gouvernement Tlicho, un droit qui n'est pas un droit foncier et qui n'est pas énoncé dans l'Accord, les Parties entameront des

80. *Id.*, art. 2.6.10.

81. *Id.*, art. 2.6.1.

discussions afin de déterminer quels sont leurs intérêts respectifs à l'égard du droit proposé. Les Parties pourront, à l'issue des discussions, accepter d'entamer des négociations en vue de la modification de l'Accord afin d'y incorporer le droit proposé⁸².

Puis l'article 2.10.3 énonce ce qui suit :

Si les Parties n'acceptent pas d'entamer des négociations dans les 90 jours suivant réception par le gouvernement, aux termes de l'article 2.10.2, du droit proposé ou si elles ne consentent pas au texte de la modification dans un délai d'un an suivant l'accord en vue d'entamer des négociations, ou d'un délai plus long fixé par les Parties, le gouvernement Tlicho pourra demander à la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest de dire si le droit proposé est un droit ancestral de la Première nation Tlicho. Dans le cadre de toute demande, le gouvernement aura la qualité de partie à l'instance⁸³.

Et, enfin, selon l'article 2.10.5, « [s]i la haute juridiction saisie d'une demande présentée en vertu de l'article 2.10.3 confirme l'existence d'un droit ancestral de la Première nation Tlicho, les Parties entameront des négociations en vue d'incorporer ce droit à l'Accord⁸⁴ ».

Le cas de l'échec de ces dernières négociations est prévu par l'accord. Les parties sont alors reportées, par le jeu de l'article 2.10.6, à la procédure de résolution des différends qu'établit le chapitre 6, et qui fonctionne selon la séquence suivante : discussion ; médiation ; arbitrage⁸⁵. Les articles 2.10.7, 2.10.8 et 2.10.10 viennent toutefois régir avec plus de précision cet arbitrage particulier. Les effets d'une telle sentence arbitrale sont déterminés par l'article 2.10.9. Quant aux articles 2.10.11 et 2.10.12, ils restreignent l'ensemble des droits non fonciers dont les Tlicho pourront demander l'incorporation à l'accord, et ce, en prévoyant qu'ils seront réputés y être déjà énoncés.

Ce mécanisme dérogatoire au principe de l'article 2.6.1 paraît efficace et équitable. L'économie des stipulations qui le cristallisent, notamment les articles 2.10.11 et 2.10.12, et celle du traité en général font cependant distiller un processus de négociations complémentaires seulement ; il ne s'agit pas d'ainsi permettre la renégociation. Dans quelle mesure une telle procédure d'ajout au traité par l'« incorporation » de certains droits non fonciers pourra-t-elle s'avérer récognitive de droits ancestraux ? L'avenir nous dira avec quel succès les parties au traité, les magistrats de même que les arbitres sauront relever le défi d'une véritable incorporation des droits

82. *Id.*, art. 2.10.2.

83. *Id.*, art. 2.10.3.

84. *Id.*, art. 2.10.5.

85. *Id.*, art. 6.1.1-6.5.12.

ancestraux. Le défi peut être de taille pour les arbitres en particulier, qui devront chaque fois s'assurer de la conformité de leur sentence quant « au libellé et à la forme de l'Accord⁸⁶ ». Qu'on n'arrive pas à incorporer un droit ancestral dont le contenu diffère de chacun des droits que pose l'accord, et celui-là continuera d'être éteint de fait. Et même lorsqu'il y aura finalement ajout à l'accord, il est possible que, au-delà des apparences, la procédure prévue à la section 2.10 ne fasse que reconduire l'extinction *de facto* des droits ancestraux en aboutissant à l'aménagement de droits de remplacement plutôt qu'à une véritable incorporation de droits ancestraux par voie de leur modification ou de précision de leurs modalités d'exercice

Alors que l'accord conclu avec les Nisga'a reconnaît un éventail considérable de leurs droits ancestraux se rapportant aux terres et aux ressources tout en voulant procéder à l'extinction de leurs autres droits ancestraux, celui qui l'a été avec les Tlicho reconnaît leurs droits ancestraux qui sont les mêmes que les droits qu'il énonce, envisage d'y incorporer toute une gamme de leurs droits ancestraux non fonciers et veut éteindre *de facto* — sinon *de jure* lorsqu'il s'agit de droits fonciers — tous leurs autres droits ancestraux. L'un et l'autre accords, chacun à sa manière certes, veulent reconnaître certains droits ancestraux et en éteindre d'autres, beaucoup d'autres. En ce sens donc, l'accord Nisga'a et l'accord Tlicho, c'est blanc bonnet et bonnet blanc... ou, en d'autres termes, imparfaite solution et solution imparfaite.

6 La proposition d'entente de principe avec les Innus

Depuis vingt ans la politique fédérale d'extinction des droits ancestraux gêne l'avancée du processus de négociation des revendications autochtones au point d'avoir suscité moult critiques et fait l'objet d'une pléthore de rapports. Malgré ces exhortations, le gouvernement fédéral continue d'exiger des communautés revendicatrices l'abandon en masse de leurs droits ancestraux. Dans de telles circonstances se pose sérieusement la question des raisons de cette politique. Il est justifié de se demander en effet comment peut s'expliquer un tel immobilisme en dépit de l'ensemble des critiques, des rapports et des observations. Et ce d'autant plus qu'il faut bien prendre en considération toute la pression exercée par tant d'années de lutte des peuples autochtones contre l'extinction et pour la reconnaissance de leurs droits ancestraux dans des traités modernes, par les normes supranationales en vigueur et projetées, par le poids des

86. *Id.*, art. 2.10.7.

revendications en suspens alors que les communautés autochtones sont affligées de maux structurels et moraux qu'il est urgent de soulager⁸⁷ et, enfin, par les mises en garde émanant du pouvoir judiciaire⁸⁸. Comment se fait-il donc qu'à tout prendre, l'extinction — du moins substantielle — des droits ancestraux puisse ainsi demeurer « l'une des pierres angulaires des politiques menées par l'État dans la négociation des traités⁸⁹ » ? Or, le Canada en est peut-être à la veille d'un changement profond dans la manière de résoudre les problèmes liés à l'insécurité juridique que peuvent produire les droits ancestraux. Tel que nous nous apprêtons à le voir, il est vraisemblable que vienne bientôt une nouvelle génération de traités, dont l'actuelle proposition d'entente de principe avec quatre nations innues du Québec veut, à notre sens, se constituer en héraut.

Des auteurs relatent que « Pierre de Chauvin de Tonneluit demanda et obtint des Montagnais la permission d'établir un comptoir à Tadoussac en 1600 » et que, pour sa part, « Champlain, selon son propre témoignage, se vit reconnaître par les Montagnais qui se trouvaient à Tadoussac le droit de peupler « leur terre »⁹⁰ ». Quatre siècles plus tard, plus précisément en avril 2002, et par suite de plus de vingt ans de négociations somme toute difficiles⁹¹, était rendue publique une proposition d'entente de principe avec certaines communautés innues établies sur le territoire du Québec au sujet de leurs revendications territoriales fondées sur des droits ancestraux. À l'hiver 2003, le projet faisait l'objet d'un examen en commission parlementaire à l'Assemblée nationale du Québec. L'impact de sa réalisation pourrait aller bien au-delà des intérêts précis entre lesquels il cherche à établir un équilibre. En souhaitant que, du reste, elle puisse traduire un accord de volontés légitimes⁹², nous dirons que, acceptée sans que trop de réserves la mutilent, la proposition en question pourrait bien faire advenir, au soir de

87. Voir R. DUPUIS, *op. cit.*, note 11.

88. Voir *supra* note 17 et le texte correspondant.

89. M.L. STEVENSON, *op. cit.*, note 20, p. 141.

90. S. NORMAND, « Les droits des Amérindiens sur le territoire sous le Régime français », dans A. LAJOIE et autres, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 107, à la page 116. Cet auteur se réfère à B.G. TRIGGER, *Les Indiens, la fourrure et les Blancs*, Montréal/Paris, Boréal/Seuil, 1990, p. 184, 241 et 414 (traduction par Georges Khal de l'ouvrage suivant : *Natives and Newcomers : Canada's « Heroic Age » Reconsidered*, Kingston (Ontario)/Montréal, McGill-Queen's University Press, 1985).

91. Voir notamment A. MAK et G. BELLEFLEUR, « L'interminable négociation des Innus de la Côte-Nord », *Le Devoir*, 4 août 2001, page A9.

92. Des auteurs ont émis de sérieuses réserves à ce sujet. Voir notamment A. MACKENZIE, « Commission parlementaire sur l'entente Québec-Ottawa-Innus : manque de transparence et manque d'unité chez les Innus », *Le Devoir*, 20 janvier 2003, page A7.

la Décennie internationale des populations autochtones (1995-2004), une nouvelle génération de traités entre l'État canadien et les nations autochtones établies sur ce qui est devenu « son » territoire. C'est qu'elle envisage un premier traité moderne pleinement récongnitif de droits ancestraux.

La proposition d'entente de principe d'ordre général entre les Premières Nations de Mamuitun et de Nutashkuan de même que le gouvernement du Québec et le gouvernement du Canada⁹³ porte sur les revendications globales des Premières Nations innues de Betsiamites, Essipit et Mashteuiatsh, formant les Premières Nations de Mamuitun, ainsi que de la Première Nation de Nutashkuan ayant pour objet des territoires situés à l'intérieur des frontières du Québec⁹⁴.

Selon la proposition, les parties s'entendraient sur ce qui y est prévu « attendu que », notamment,

[...] dans l'état actuel du droit on ne peut dire avec certitude quelle collectivité innue est titulaire de droits ancestraux, y compris le titre aborigène, et [qu'elles] s'entendent pour déterminer, pour l'avenir, quelle communauté innue exercera les droits reconnus, confirmés et protégés par le Traité [qui sera négocié conformément à l'entente de principe]⁹⁵.

L'entente de principe proposée prévoit en conséquence que le traité contiendra, en préambule et parmi d'autres, les attendus suivants :

Attendu que les parties entendent assurer par la voie d'un traité plutôt que par la voie judiciaire la reconnaissance, la confirmation et la continuation des droits ancestraux des Premières Nations de Mamuitun et de la Première Nation de Nutashkuan, y compris le titre aborigène, et non leur extinction⁹⁶ [...];

Attendu que les parties ont résolu de ne pas définir les droits ancestraux, y compris le titre aborigène, des Premières Nations de Mamuitun et de la Première Nation de Nutashkuan, et notamment de ne pas en déterminer l'assise territoriale, et qu'elles s'entendent plutôt pour en régler, pour l'avenir, les effets et les modalités d'exercice dans un traité protégé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁹⁷.

Les parties s'entendraient donc sur « la reconnaissance, la confirmation et la continuation des droits ancestraux » de ces Premières Nations innues, d'une part, et sur « la suspension de [leur] exercice [...] selon des effets ou des modalités autres que ceux prévus au Traité⁹⁸ », d'autre part.

93. *Entente de principe d'ordre général entre les Premières Nations de Mamuitun et de Nutashkuan et le gouvernement du Québec et le gouvernement du Canada*, [En ligne], 2002, [<http://www.mce.gouv.qc.ca/innus/telechargez.htm>] (août 2003).

94. *Id.*, art. 1.1, 3.3.1, al. 3, et 3.3.19.

95. *Id.*, « Préambule », p. 1.

96. *Id.*, art. 2.1, 3^e attendu.

97. *Id.*, 5^e attendu.

98. *Id.*, 7^e attendu.

De cette façon, les parties reconnaîtraient, confirmeraient et continueraient les droits ancestraux des Premières Nations de Mamuitun et de la Première Nation de Nutashkuan « comme expression de leur indianité » d'une manière qui favorise leur développement, « indépendamment des caractéristiques de ces droits [...] telles que définies par les tribunaux⁹⁹ ».

Le traité envisagé reconnaîtrait, protégerait et aménagerait les modalités d'exercice des droits ancestraux, notamment le titre aborigène, découlant de la production juridique de quatre nations innues relative au Nitassinan, c'est-à-dire à leur terre ancestrale¹⁰⁰. Cette production comprend également le droit innu relatif à l'Innu Aitun, à savoir « toutes les activités [...] rattachées à la culture nationale, aux valeurs fondamentales et au mode de vie traditionnel des Innus associé à l'occupation et l'utilisation de Nitassinan et au lien spécial qu'ils possèdent avec la Terre¹⁰¹ ». En vertu du traité dont la proposition d'entente de principe cherche à jeter les bases, outre un droit à la pratique d'Innu Aitun¹⁰², les droits ancestraux de ces nations innues s'exerceraient sous la forme : d'un titre aborigène « réputé posséder tous les attributs de la pleine propriété¹⁰³ » sur un territoire appelé « Innu Assi¹⁰⁴ » ; d'un droit à l'autonomie gouvernementale¹⁰⁵ et de recevoir de l'État une partie de son financement¹⁰⁶, droit qui en emporte d'autres, de nature fiscale¹⁰⁷ ; d'un droit à l'administration de la justice¹⁰⁸ ; d'un droit de participation à la gestion du territoire, des ressources naturelles et de l'environnement¹⁰⁹ ; d'un droit au partage des redevances perçues sur les ressources naturelles¹¹⁰ ; et d'un droit à des mesures favorisant le développement socioéconomique¹¹¹.

99. *Id.*, 8^e attendu.

100. MINISTÈRE DU CONSEIL EXÉCUTIF, *Québécois et Innus sur un même territoire. Publications : Synthèse de la proposition d'entente de principe*, Secrétariat aux affaires autochtones, [En ligne], [http://www.mce.gouv.qc.ca/innus/publications.htm] (août 2003).

101. *Entente de principe d'ordre général entre les Premières Nations de Mamuitun et de Nutashkuan et le gouvernement du Québec et le gouvernement du Canada*, précitée, note 93, art. 1.2. Voir également l'article 1.3.

102. *Id.*, art. 5.1-5.13.

103. *Id.*, art. 4.2.3.

104. *Id.*, art. 4.1-4.12.

105. *Id.*, art. 3.3.3 et 8.1-8.4. La reconnaissance d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale compris parmi les droits ancestraux (art. 3.3.3) serait une grande première.

106. *Id.*, art. 11.1-11.7.

107. *Id.*, art. 12.1-12.4.à

108. *Id.*, art. 9.1-9.5.

109. *Id.*, art. 6.1-6.9.

110. *Id.*, art. 7.1-7.6.

111. *Id.*, art. 13.1-13.10.

Dans le but d'établir quelque sécurité juridique, la proposition prévoit donc ceci :

Les droits ancestraux, y compris le titre aborigène, de chacune des Premières Nations seront reconnus, confirmés et continués sur Nitassinan par le Traité et la législation de mise en vigueur. Dorénavant, ces droits seront également protégés par le Traité. Ils auront les effets et s'exerceront selon les modalités prévues par le Traité sur Nitassinan [...].

Les droits de la Couronne visés par le Traité s'exerceront dorénavant, à l'égard de [sic] terres de Nitassinan, en respectant ce que prévoit le Traité quant à l'exercice de ces droits¹¹².

Toujours conformément à ses attendus, la proposition envisage ce qui suit :

Le Traité ne vise[rait] pas à énumérer de façon exhaustive ni à remplacer les droits ancestraux, y compris le titre aborigène, de chacune des Premières Nations par des droits issus de traité. Il assure[rait] à ces droits, de même qu'aux droits qu'il crée[rait], la protection d'un traité visé par l'article 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹¹³.

Nous avons fait, nous l'espérons, les nuances qui s'imposent entre les notions d'accord « sûr », d'accord « extinctif », d'accord « complet » et d'accord « définitif »¹¹⁴. Le traité envisagé avec quatre nations innues du Québec se veut sûr, c'est-à-dire qu'il veut établir une sécurité juridique, en recourant à la suspension des modalités, incertaines, d'exercice des droits ancestraux que constituent les caractéristiques de ces droits tels que les ont définis les tribunaux ainsi qu'en disposant que les droits ancestraux de ces nations innues ne pourront être exercés que selon les modalités qu'il posera. De manière juste à notre sens, même en tendant vers la complétude, le traité n'ira pas pour autant jusqu'à prétendre l'avoir atteinte, ce qui aurait pour effet d'exclure en principe toute modification portant sur une question dont les parties auraient omis de tenir compte. Et de manière novatrice, le projet de traité est sensible au besoin de permettre aux relations entre l'État et les nations autochtones d'évoluer avec le temps¹¹⁵. Ainsi le traité, d'une durée certes indéterminée¹¹⁶, prévoirait-il en revanche, outre la simple possibilité d'y apporter une modification conventionnelle¹¹⁷,

112. *Id.*, art. 3.3.1, al. 1 et 2.

113. *Id.*, art. 3.3.2, al. 1.

114. Voir la partie 2.

115. *Supra*, note 32, et le texte correspondant.

116. Voir *Entente de principe d'ordre général entre les Premières Nations de Mamuitum et de Nutashkuan et le gouvernement du Québec et le gouvernement du Canada*, précitée, note 93, art. 3.3.10, al. 1.

117. *Id.*, art. 17.1.

les modalités de son réexamen périodique¹¹⁸. Sa modification et son réexamen permettraient notamment de régler les questions relatives aux effets et modalités d'exercice d'un droit ancestral que le traité, à défaut de les prévoir et sans pour autant en emporter l'abandon ou l'extinction, aurait suspendus¹¹⁹. Suivant la proposition, le traité n'empêcherait pas les nations innues de bénéficier ultérieurement «de toute modification constitutionnelle relative aux peuples autochtones¹²⁰», ni des conventions internationales relatives aux peuples autochtones¹²¹, ni de ce qu'un «tribunal judiciaire de juridiction d'appel confirme [...] l'existence d'un droit ancestral se rapportant à une question que [ses] dispositions n'ont pas pour objet véritable de régler¹²²».

À notre sens, il est important de comprendre que, par suite de la suspension des modalités d'exercice de leurs droits ancestraux que constituent les caractéristiques de ces droits tels que les ont définis les tribunaux, les Premières Nations de Mamuitun et la Première Nation de Nutashkuan perdront un pouvoir de négociation significatif¹²³, d'où l'importance d'un mécanisme efficace et équitable de négociation complémentaire et de renégociation périodique. Un tel mécanisme suppose un mode tout aussi efficace et équitable de résolution des conflits en cas d'échec des négociations complémentaires ou des renégociations¹²⁴.

Dans le cas où un tribunal judiciaire de juridiction d'appel en viendrait à confirmer l'existence d'un droit ancestral se rapportant à une question que les dispositions du traité n'auraient pas pour objet véritable de régler, la proposition d'entente de principe prévoit que les nations innues signataires pourraient s'adresser à un tribunal en vue d'obtenir un jugement déclaratoire de l'existence, à leur bénéfice, d'un tel droit¹²⁵. La même proposition prévoit également que, à défaut d'entente sur les stipulations à insérer au traité pour y ajouter les effets et modalités d'exercice d'un tel droit dont l'existence est admise par les parties ou établie par un tribunal, une partie pourra soumettre le différend «à l'arbitrage conformément au

118. *Id.*, art. 17.2.

119. *Id.*, art. 3.3.4.

120. *Id.*, art. 3.3.11.

121. *Id.*, art. 3.3.12.

122. *Id.*, art. 3.3.13, al. 1.

123. Voir notamment ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *op. cit.*, note 17.

124. Voir la partie 2.

125. Voir *Entente de principe d'ordre général entre les Premières Nations de Mamuitun et de Nutashkuan et le gouvernement du Québec et le gouvernement du Canada*, précitée, note 93, art. 3.3.13, al. 1, *in fine*.

chapitre 15¹²⁶ ». Ce dernier chapitre propose en principe un processus de règlement des différends qui pourront se soulever dans l'interprétation et l'application du traité¹²⁷ et de ses éventuelles ententes complémentaires¹²⁸, et non au sujet de leur modification ou réexamen. À l'exception des situations où elles porteront sur sa prise en considération d'un développement jurisprudentiel, les négociations de modification et de réexamen du traité ne pourront être menées à l'ombre de la possibilité de recourir à un tiers décideur. Et même dans ce cas exceptionnel, l'arbitre agira comme simple « amiable compositeur¹²⁹ », alors qu'il sera pourtant chargé de déterminer des droits constitutionnels. À tout prendre, la mesure dans laquelle le traité projeté permettra une véritable « évolution ordonnée des effets et modalités d'exercice des droits ancestraux¹³⁰ » des nations innues de Mamuitun et de Nutashkuan paraît incertaine.

Le préambule du traité que projette la proposition d'entente de principe avec les Innus contiendrait aussi l'attendu suivant : « Attendu que les parties entendent maintenir entre elles ainsi qu'avec les autres communautés des rapports fondés sur le respect, la reconnaissance et le partage mutuel[s]¹³¹. »

Assurément, il y a là intertextualité avec les travaux de la Commission royale sur les peuples autochtones¹³². Et c'est en prenant appui sur de telles fondations que le traité pourrait notamment contenir la stipulation suivante :

La culture des Innus ainsi que leur langue, Innu Aimun, sont protégées par le Traité. Celui-ci facilite la prise de mesures de protection et de promotion de la culture innue et de Innu Aimun. Dans le cas de la prise de mesures non prévues par le Traité, les mesures prises ne doivent pas être incompatibles avec le Traité¹³³.

126. *Id.*, al. 3, *in fine*. Voir également l'alinéa 2.

127. *Id.*, art. 15.2.1.

128. *Id.*, art. 15.2.2.

129. *Id.*, art. 13.3.13, al. 4.

130. *Entente de principe d'ordre général entre les Premières Nations de Mamuitun et de Nutashkuan et le gouvernement du Québec et le gouvernement du Canada*, précitée, note 93, art. 2.1, 6^e attendu.

131. *Id.*, 9^e attendu.

132. Voir : COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *op. cit.*, note 12, vol. 1 : « Un passé, un avenir », p. 741-765.

133. *Entente de principe d'ordre général entre les Premières Nations de Mamuitun et de Nutashkuan et le gouvernement du Québec et le gouvernement du Canada*, précitée, note 93, art. 3.3.9.

C'est dans ce même esprit que la proposition d'entente de principe avec les Innus, plutôt que de ne prévoir qu'une traduction officieuse dans la langue des parties autochtones, suggère que le traité soit « rédigé en langues innue, française et anglaise¹³⁴ ». Aussi — ce qui nous intéresse particulièrement ici — propose-t-elle une solution pleinement récongnitive des droits ancestraux au problème de l'insécurité juridique à laquelle ils sont associés. En effet, il est proposé que soient reconnus, confirmés et continués les droits ancestraux des nations innues de Mamuitun et de Nutashkuan comme « expression » et « partie » de leur « indianité¹³⁵ », c'est-à-dire de leur identité autochtone, de leur « autochtonité ».

Conclusion

La politique fédérale d'extinction des droits ancestraux est problématique ; s'y butent la plupart des négociations de revendications territoriales fondées sur des droits ancestraux. Et problématique, cette politique l'est d'autant plus qu'il est impérieux de régler par voie de traités ces revendications. En permettant de purger le droit des incertitudes autrement liées aux droits ancestraux sans pour autant jeter le bébé avec l'eau du bain, la solution envisagée dans l'actuelle proposition d'entente de principe avec quatre des nations innues du Québec autorise enfin les parties autochtone et étatique à franchir un obstacle que d'aucuns avaient fini par croire insurmontable.

De manière notable, cette proposition considère la reconnaissance, la confirmation et la continuation des droits ancestraux des Premières Nations de Mamuitun et de la Première Nation de Nutashkuan comme expression de leur « indianité » ou, en termes plus heureux, de leur identité autochtone, de leur « autochtonité ». Elle atteste ainsi un nouvel esprit. En ce sens, la solution de remplacement qu'elle prévoit à l'extinction des droits ancestraux comme moyen de remédier à l'insécurité juridique qu'ils peuvent produire s'avère d'une portée considérablement plus grande que celle d'une simple technique juridique. La pleine reconnaissance des droits ancestraux des Innus comme « expression » et « partie » de leur identité est le fruit d'une exigence de décolonisation de l'esprit, d'une mise à distance tant d'une certaine version de l'histoire que d'une théorie du droit moniste qui en est l'héritière. Et de cette pleine reconnaissance de droits issus de première souche d'autres cultures juridiques, il nous semble qu'il est

134. *Id.*, art. 3.5.1.

135. *Id.*, art. 2.1, 8^e attendu, et 3.3.22.

possible de prendre la mesure à l'aune des travaux du philosophe Axel Honneth, notamment. Ainsi sommes-nous autorisé à penser qu'elle veut engager le mouvement vers la reconnaissance de la valeur qui revient aux modèles d'autoréalisation auxquels ces cultures renvoient, et donc vers le respect des personnes qui s'y réfèrent¹³⁶.

Le traité projeté avec certaines nations innues du Québec apporterait donc un nouvel éclairage sur le principe cardinal de la reconnaissance mutuelle dont la Commission royale sur les peuples autochtones a recommandé qu'il constitue l'assise principale d'une relation renouvelée entre allochtones et Autochtones au Canada ; la reconnaissance mutuelle s'étendrait aussi à celle de l'altérité juridique. La proposition d'entente de principe avec les nations innues de Mamuitun et la nation innue de Nutashkuan, outre qu'elle prévoit la pleine reconnaissance des droits ancestraux de ces nations, invite à traiter avec respect la langue et la culture innues. Par ailleurs, il resterait à établir la mesure précise dans laquelle le contenu des dispositions de cette ébauche de projet de traité résulte d'un véritable dialogue interjuridique. Enfin, le respect des Innus devrait impliquer un mécanisme équitable de révision du traité que l'État se propose de signer avec eux.

Disons pour conclure que, s'il devait y avoir l'émergence d'une nouvelle génération de traités entre l'État canadien et les nations autochtones établies à l'intérieur de ses frontières, le remplacement d'une pierre d'achoppement extinctive par une pierre angulaire récognitive des droits ancestraux devrait orienter la renégociation des traités, historiques comme modernes, que d'aucuns prétendent extinctifs de tels droits¹³⁷.

136. Sur ces questions, voir M. SAINT-HILAIRE, *La pleine reconnaissance des droits ancestraux : vers une nouvelle génération de traités entre l'État et les nations autochtones ?*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2003.

137. Sur cette problématique, voir notamment : « rapport Martínez », précité, note 50 et le texte correspondant ; O.P. DICKASON, *op. cit.*, note 76 et le texte correspondant ; COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *op. cit.*, note 12, vol. 1 : « Un passé, un avenir », p. 186-189, et vol. 2 : « Une relation à redéfinir », p. 55-65 et 81-92 ; D. JOHNSTON, *The Taking of Indian Lands in Canada: Consent or Coercion ?*, Saskatoon, University of Saskatchewan Native Law Centre, 1989 ; P. KENNEDY, « Treaty Texts : When Can We Trust the Written Word ? », *Social Sciences and Humanities Aboriginal Research Exchange*, vol. 3, 1995, p. 1 ; J.Y. HENDERSON, M.L. BENSON et I.M. FINDLAY, *Aboriginal Tenure in the Constitution of Canada*, Scarborough, Carswell, 2000, p. 436-443.