

Les Cahiers de droit

Le Tribunal Waitangi et les droits des autochtones

Marie-France Chabot



Volume 32, Number 1, 1991

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043066ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043066ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Chabot, M.-F. (1991). Le Tribunal Waitangi et les droits des autochtones. *Les Cahiers de droit*, 32(1), 59–85. <https://doi.org/10.7202/043066ar>

Article abstract

The issue at hand is to assess whether we presently have adequate institutions for defining the rights of native peoples of Canada which may be satisfactory and fair for them. More specifically, we must question whether the fact that our courts are solely composed of justices originating in the dominant society whose legal culture lies upon a basis distinct from and contradictory to that of native peoples, does not constitute a major flaw when comes the time to interpret bilateral texts the signatories of which do not even share the same concept of real property nor a common philosophy of rights and law.

To cast new light on this complex issue, the author deemed it useful to study the New Zealand institution of the Waitangi Tribunal. This most original tribunal is made up half from representatives of Maori tribes and the other half from representatives of the dominant white Anglo-saxon culture. The mandate of the tribunal is to receive and hear all complaints and claims from indigenous peoples and based on the Waitangi Treaty which dates from the beginning of the colony. It does not hand down final decisions, but has at its disposal various means for acting, innovative procedural methods and a substantial enough credibility both amongst indigenous peoples and the Crown. Although it only dated from 1975 to the present, this institution has already acquired its letters of nobility.

Hence, by setting up a parallel between the New Zealand and Canadian approaches to native peoples, the author submits the relevance and utility of the institution under study for dealing with the situation of native peoples in North America and breaking many of the present deadlocks.

Le Tribunal Waitangi et les droits des autochtones

MARIE-FRANCE CHABOT*

La question est de savoir si nous disposons actuellement d'institutions adéquates pour aboutir à une définition des droits des peuples autochtones du Canada qui satisfasse ces derniers et leur rende justice. Plus particulièrement, il faut se demander si le fait que nos tribunaux soient uniquement constitués de juges provenant de la société dominante, dont la culture juridique repose sur des bases différentes de celles des peuples autochtones, ne constitue pas une lacune fondamentale lorsqu'il s'agit d'interpréter des textes bilatéraux, dont les deux signataires ne participent ni de la même conception de la propriété foncière ni de la même philosophie des droits et du droit.

Pour jeter un éclairage sur cette question complexe, l'auteure a jugé utile d'étudier une institution néo-zélandaise, le Tribunal Waitangi. Cette institution tout à fait originale est composée pour moitié de représentants des tribus Maoris et pour moitié de représentants de la culture dominante anglo-saxonne blanche. Le tribunal a pour mandat de recevoir et de traiter toutes les plaintes et réclamations provenant des autochtones et fondées sur le Traité de Waitangi datant du début de la colonie. Il ne rend pas décision finale mais dispose de divers moyens d'action, de moyens procéduraux innovateurs et d'une assez grande crédibilité tant auprès des autochtones qu'auprès de la Couronne. Quoique datant seulement de 1975, cette institution a déjà reçu ses lettres de noblesse.

Établissant donc un parallèle entre la problématique néo-zélandaise et canadienne en matière autochtone, l'auteure défend l'utilité de l'institution étudiée pour traiter de la situation des autochtones en Amérique du Nord et solutionner certaines impasses.

* Étudiante à la maîtrise, Université Laval.

The issue at hand is to assess whether we presently have adequate institutions for defining the rights of native peoples of Canada which may be satisfactory and fair for them. More specifically, we must question whether the fact that our courts are solely composed of justices originating in the dominant society whose legal culture lies upon a basis distinct from and contradictory to that of native peoples, does not constitute a major flaw when comes the time to interpret bilateral texts the signatories of which do not even share the same concept of real property nor a common philosophy of rights and law.

To cast new light on this complex issue, the author deemed it useful to study the New Zealand institution of the Waitangi Tribunal. This most original tribunal is made up half from representatives of Maori tribes and the other half from representatives of the dominant white Anglo-saxon culture. The mandate of the tribunal is to receive and hear all complaints and claims from indigenous peoples and based on the Waitangi Treaty which dates from the beginning of the colony. It does not hand down final decisions, but has at its disposal various means for acting, innovative procedural methods and a substantial enough credibility both amongst indigenous peoples and the Crown. Although it only dated from 1975 to the present, this institution has already acquired its letters of nobility.

Hence, by setting up a parallel between the New Zealand and Canadian approaches to native peoples, the author submits the relevance and utility of the institution under study for dealing with the situation of native peoples in North America and breaking many of the present deadlocks.

	<i>Pages</i>
1. Problématique.....	61
2. Le cas néo-zélandais	63
2.1. Le Traité de Waitangi (1840): contexte préalable et contenu	63
2.2. Interprétation judiciaire et application du traité.....	66
2.3. Création du Tribunal Waitangi: première période (1975-1985)	68
2.4. Expansion du Tribunal Waitangi: deuxième période (1985-1990).....	72
2.5. Critiques et perspectives.....	74
3. Le cas canadien	77
3.1. Évolution de l'interprétation judiciaire des droits des autochtones	77
3.2. Interprétation des droits des autochtones par les peuples autochtones du Canada	80
4. De la nécessité d'implanter une institution biculturelle	83

1. Problématique

Bien avant la Confédération, les divers états coloniaux et leurs agents ont entretenu des relations avec les premiers habitants du nord du continent américain ; qu'il s'agisse du Roi de France, de la Compagnie de la Baie d'Hudson ou de celle des Cent Associés ou encore de la Couronne britannique, on a pu observer que ces diverses puissances ont régulièrement négocié et signé des traités ou émis des ordonnances ou proclamations royales, déclarant les droits qu'ils reconnaissaient aux peuples occupants. Le même scénario s'est répété partout autour du monde, où les puissances européennes ont étendu leurs empires. Même en Nouvelle-Zélande, lointaine contrée que Kupe, le véritable découvreur de ce territoire insulaire, avait nommée Aotearoa.

Cependant, un autre scénario tout aussi commun que le premier a été mis en scène et réalisé par les gouvernements locaux des ex-colonies britanniques devenues indépendantes. Les traités, pourtant signés par deux parties qui se reconnaissaient initialement pleine capacité de contracter, furent également bafoués et même dans certains cas considérés comme de simples nullités¹.

Au Canada en particulier, le contentieux entre les diverses couronnes tant provinciales que fédérale est lourd. De très nombreuses et fort anciennes revendications territoriales provenant de toutes les nations autochtones sont demeurées non résolues malgré l'existence dans de nombreux cas, d'engagements écrits et verbaux de la part des nouveaux arrivants.

La *Loi constitutionnelle de 1982*² constitue le plus récent, le plus vaste et le plus solennel de ces engagements. On retrouve, enchâssée dans la Partie I de cette loi, la Charte, une garantie quant au maintien des droits ancestraux, issus de traités ou autres, des peuples autochtones du Canada³, nonobstant les autres droits garantis dans la même charte. En plus de cette garantie interprétative, on retrouve dans la Partie II de la loi, consacrée aux droits des peuples autochtones, une reconnaissance et une confirmation formelles des droits « existants » des autochtones⁴ ainsi qu'une promesse de tenir une conférence constitutionnelle sur le sujet et d'inviter les représentants des autochtones à y participer.

1. *Wi Parata v. Bishop of Wellington* (1877) N.Z.J.R. 72, p. 76

2. Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c.11 (R.U.) dans L.R.C. (1985), App II, n° 44.

3. *Loi constitutionnelle de 1982*, article 25.

4. *Id.*, article 35 par. 1.

Les conférences constitutionnelles ont eu lieu, les pourparlers ont échoué. Reste au pouvoir judiciaire à interpréter les textes des articles 25 et 35.

La question de savoir comment sera interprétée l'expression « droits existants » reste ouverte, même si déjà quelques décisions sont connues. Cependant, une opinion répandue veut que ces textes n'aient rien ajouté aux droits des peuples autochtones tels qu'ils existaient avant le 17 avril 1982⁵. Donc, même si l'entreprise qui consiste à définir la portée et les limites de ces droits relève maintenant de l'ordre de l'interprétation de textes de nature constitutionnelle, la portée de ces droits risque d'être restreinte par les décisions judiciaires antérieures à 1982.

Or, la jurisprudence de la Cour suprême en particulier, mais aussi celle des cours de première instance et d'appel des provinces et territoires, ne semble pas avoir donné satisfaction complète aux peuples autochtones du Canada. Qu'il s'agisse des droits dits « ancestraux » ou des droits dits « issus de traités », un profond conflit subsiste autant en ce qui concerne les sources de ces droits que leur nature et leur étendue. Les premières nations de ce pays doivent encore faire face à la nécessité de revendiquer la reconnaissance de leur droit de s'auto-déterminer, de disposer en pleine propriété de territoires exclusifs sur lesquels elles pourraient bâtir un avenir pour leur descendance.

Des signatures trahies à des promesses non tenues, en passant par des interprétations restrictives et biaisées, on a abouti à un rapport conflictuel entre les non-indiens au pouvoir et les peuples autochtones qui demandent justice.

La question est de savoir si nous disposons actuellement d'institutions adéquates pour aboutir à une définition des droits des peuples autochtones du Canada qui satisfasse ces derniers et qui leur rende justice. Plus particulièrement, il faut se demander si le fait que nos tribunaux soient uniquement constitués de juges provenant de la société dominante, dont la culture juridique repose sur des bases différentes de celles des peuples autochtones, ne constitue pas une lacune fondamentale lorsqu'il s'agit d'interpréter des textes bilatéraux, dont les deux signataires ne participent ni de la même conception de la propriété foncière ni de la même philosophie des droits et du droit.

N'y a-t-il pas là risque de conflit d'intérêt si la société dominante contrôle toutes les règles du jeu ? N'avons-nous pas eu le réflexe prudent, lors de la signature du récent Traité de libre-échange entre les États-Unis

5. Voir entre autres : *A.G. Ontario v. Bear Island Foundation*, (1985) 15 D.L.R. (4th) 321 (Ont. H.C.); et *R. v. Steinhauer*, (1985) 15 C.C.R. 175 (B.R.Alta).

et le Canada d'exiger que les litiges concernant l'interprétation et l'application de ce traité soient confiés à un organisme bipartite dont les officiers proviendraient des deux parties signataires ? N'était-ce pas affirmer notre conviction qu'autrement les conclusions nous seraient défavorables à court ou à long terme ? Il y a dans cette problématique, matière à intégrer la maxime *Nemo iudex in propria causa*.

Pour jeter un éclairage sur cette question complexe, il est utile d'étudier une institution néo-zélandaise, le Tribunal Waitangi. Cette institution tout à fait originale est composée pour moitié de représentants des tribus Maoris et pour moitié de représentants de la culture dominante anglo-saxonne blanche. Le tribunal a pour mandat de recevoir et de traiter toutes les plaintes et réclamations provenant des autochtones et fondées sur le Traité de Waitangi, datant du début de la colonie. Il ne rend pas de décision finale mais dispose de divers moyens d'action et d'une grande crédibilité tant auprès des autochtones qu'auprès de la Couronne. Quoique datant seulement de 1975, cette institution a déjà reçu ses lettres de noblesse.

2. Le cas néo-zélandais

2.1. Le Traité de Waitangi (1840) : contexte préalable et contenu

En 1835, au moment où la France tentait de s'établir en Aotearoa, le résident britannique, James Busby, à la demande des treize chefs Maoris, organisa une assemblée de 34 chefs de tribus à Waitangi, où ces derniers rédigèrent et signèrent une déclaration d'indépendance et de souveraineté. En 1839, le nombre final de signatures de chefs atteint 52. Suivaient cinq signatures de témoins britanniques dont celle de Busby.

Ce document autochtone unilatéral est écrit en Maori et fut traduit en anglais parce qu'il contenait entre autres des déclarations concernant la Couronne britannique. Préable au Traité de Waitangi, ce document revêt un caractère capital pour comprendre la nature des relations entre les chefs Maoris et la Couronne. Les extraits suivants sont explicites :

1. We, the hereditary chiefs and heads of the tribes of New Zealand, being assembled in Waitangi, [...] declare the independence of our country, which is hereby constituted and declared to be an Independent State, under the designation of the United Tribes of New Zealand.
2. All sovereign power and authority within the territories [...] is hereby declared to reside entirely and exclusively in the hereditary chiefs and heads of tribes in their collective capacity, [...].
4. They also agree to send a copy of this declaration to his majesty the King of England, to thank him for the acknowledgement of their flag ; and in return for the friendship and protection they have shown, and are prepared to show, to

such of his subjects as have settled in their country, of resorted to its shores for the purposes of trade, they entreat that he will continue to be the parent of their infant State, and he will become its Protector from all attempts upon its independence.⁶

Ce document, écrit dans une période où les Maoris, plus nombreux que les nouveaux-venus britanniques, sont divisés par des guerres internes et craignent l'invasion française, sert aussi les fins de la Couronne britannique qui y garde un statut particulier vis-à-vis des autres puissances coloniales.

Cinq ans plus tard, le nombre des colons a significativement augmenté drainant de nombreux problèmes de cohabitation, dont celui des titres fonciers et de la gestion des conflits entre colons et autochtones. L'autorité britannique entreprit d'obtenir par un traité, ou à tout le moins pacifiquement, une cession de la Nouvelle-Zélande qui permettrait à la fois aux colons de s'établir et de s'auto-gouverner, et à la Couronne de continuer d'assumer ses responsabilités de protection envers les Maoris⁷.

On aboutit ensuite au traité de 1840 initialement rédigé en anglais par le lieutenant-gouverneur Hobson après consultation des chefs Maoris, des missionnaires (dont Henry Williams) et de James Busby. Le 4 février, Williams et son fils traduisirent le projet de traité, en langue maori. Le 5 février, la rencontre commença à Waitangi, en face de la maison de Busby, en présence de plus de 400 Maoris. Après la lecture des deux versions du traité, les Maoris refusèrent de signer et se retirèrent pour discuter.

Suite aux garanties données par Williams, concernant la possession de leurs terres, de leurs forêts, de leurs pêcheries et autres possessions de valeur, les chefs maoris signèrent le lendemain matin, la version maori. Le rôle de persuasion des missionnaires anglais est présenté par Orange comme crucial⁸. Elle souligne en particulier : « Quant à la compréhension maori du traité, elle laissait beaucoup à désirer. En plus de ceux qui soit n'avaient pas entendu soit pas compris les explications, il se trouvait des signataires qui n'avaient pas été rendus pleinement conscients de la nature de l'accord. La version maori du texte, écrite par Williams, ne réussissait pas à transmettre complètement le sens de cession de souveraineté nationale ».

6. Tel que reproduit à la suite de la version Maori, dans C. ORANGE, *The Treaty of Waitangi*, Australie, Allen & Unwin Port Nicholson Press, (c) 1987, édition 1989, p. 255-256.

7. Pour plus de détails sur la période transitoire entre la souveraineté de 1835 et l'alliance-cession de 1840, voir l'ouvrage de C. ORANGE, *Id.*, chapitres 2 et 3.

8. *Id.*, p. 56.

Le caractère oral des délibérations de Waitangi fut d'une importance capitale, particulièrement parce qu'elles avaient lieu dans le contexte de la tradition maori où les rapports politiques étaient appuyés sur la coutume et modifiés par le biais de processus de discussion longs et continus. Vu que les chefs à Waitangi n'avaient pas le texte du traité sous les yeux, le contenu oral des discussions revêtait une importance cruciale dans leur compréhension des enjeux⁹. Ce caractère principalement oral de l'accord a amené les chefs à percevoir l'entente comme éventuellement modifiable par d'autres discussions comme c'était le cas pour tous les autres accords auxquels ils étaient parties.

Quant au traité lui-même, il contient un préambule, trois articles et un appendice, et ce dans les deux versions¹⁰. Selon la version anglaise, l'article 1 du traité consiste en une cession absolue et sans réserve à la Reine d'Angleterre de tous les droits et pouvoirs reliés à la souveraineté sur tous les territoires respectifs tant des chefs de tribus indépendantes que de ceux qui avaient signé la Déclaration de 1835.

L'article 2 s'avère une garantie royale de possession exclusive et paisible, au bénéfice des chefs et des tribus de Nouvelle-Zélande, de leurs familles et des individus qui les composent, de leurs terres, forêts et pêcheries tant qu'il leur plaira de les conserver. Toutefois, cette garantie est assortie de la concession par les Maoris à la Reine, d'un droit exclusif de préemption sur ces mêmes terres, droit conditionnel au consentement des Maoris quant à la cession elle-même et au prix de cette cession.

Dans l'article 3, la Reine s'engage à étendre sa protection à tous les autochtones de Nouvelle-Zélande et leur confère tous les droits et privilèges de sujets britanniques. Le tout est précédé d'un préambule qui situe les objectifs du traité, dans les mots choisis par Hobson, le représentant de la Couronne britannique. Essentiellement, la Reine, dans une attitude favorable envers les Maoris, vise à leur assurer la protection de leurs droits et propriétés, ainsi que la jouissance de la paix, de l'ordre et d'un gouvernement civil tel qu'il est devenu nécessaire de le faire suite à l'installation d'un grand nombre de colons et à la rapide expansion de l'émigration provenant d'Europe et d'Australie, le tout afin d'éviter les conséquences néfastes de l'absence de lois et d'institutions appropriées.

9. *Id.* (notre traduction).

10. Le texte complet des deux versions se retrouve dans l'œuvre de C. ORANGE, *supra*, note 6, p. 257-258.

2.2. Interprétation judiciaire et application du traité

Le Traité de Waitangi a été signé à un tournant de l'histoire des idées concernant les fondements des systèmes juridiques en Occident et dans ses zones coloniales d'influence.

Frederika Hackshaw¹¹ a observé comment en aussi peu que 30 ans (de 1847 à 1877) la façon dont les juges néo-zélandais ont interprété le Traité de Waitangi a radicalement changé. Elle attribue cette mutation au passage d'une philosophie du droit basée sur le droit naturel, plus particulièrement fondée sur une croyance à l'existence de droits inhérents à toute personne humaine en tant que créature divine, à une philosophie positiviste où la source des droits se trouve plutôt dans la volonté du souverain, telle qu'exprimée dans les lois qu'il promulgue ou les actes qu'il signe.

Dans l'arrêt *R. c. Symonds*, le juge en chef Martin et le juge Chapman ont suivi l'interprétation du titre aborigène, basée sur le droit naturel, que le juge en chef Marshall de la Cour suprême des États-Unis avait appliquée. Cette approche permettait la reconnaissance de la réalité légale au titre autochtone, tout en admettant la limitation imposée sur ce titre par le droit de préemption du souverain. Par contraste, dans l'arrêt *Wi Parata c. Bishop of Wellington*, le juge en chef Prendergast a utilisé une approche basée sur un raisonnement légal de type positiviste. Cette approche a mené à la négation de la validité légale du titre autochtone et fut suivie par la conclusion que le Traité de Waitangi était une « nullité simple ». Curieusement, les deux cours prétendaient appliquer les principes pertinents du droit international.¹²

Hackshaw affirme que la première approche, celle de l'arrêt *R. c. Symonds*, correspond exactement à la pratique des États européens de l'époque quant à leur conduite à l'égard des territoires colonisés. Cette pratique se basait sur les théories légales provenant de l'école du droit naturel établie depuis les premiers siècles de la colonisation européenne. Pour elle, le juge en chef Prendergast prit, en 1877, une décision qui s'écartait du droit international établi et qui reflétait simplement des théories légales inspirées du positivisme et apparues dans la seconde moitié du XIX^e siècle, soit après la signature du Traité de Waitangi. Ces théories servirent de base au juge Prendergast pour décider substantiellement que : « ... on the foundation of the colony the natives were

11. F. HACKSHAW, « Nineteenth century notions of aboriginal title and their influence on the interpretation of the treaty of Waitangi », article contenu dans *Maori and Pakeha Perspectives of the Treaty of Waitangi*, édité par I.H. Kawharu, Auckland, Oxford University Press, 1989, p. 92-121.

12. *Id.*, p. 92 (notre traduction). La note 2 de cette page contient les références suivantes : (1847) N.Z.P.C.C. (1840-1939) 387. La note 3 contient : *Johnson v. McIntosh* (1823) 8 Wheat 543. La note 4 contient : (1877) N.Z.J.R. 72.

found without any kind of civil government or any settled system of law »¹³.

Hackshaw énonce les conséquences dramatiques de cette qualification :

En termes positivistes, une communauté sans gouvernement civil n'était pas un corps politique, et seulement un corps politique pouvait prétendre à une base légale pour son titre territorial. En conséquence, la Nouvelle-Zélande était donc techniquement *territorium nullius*, puisque l'organisation de la société maorie ne correspondait pas au critère positiviste d'un corps politique. De plus, le corollaire de cette absence de corps politique était l'impossibilité de faire reconnaître légalement des droits légaux sur le territoire après l'annexion. Cette interprétation modifie fondamentalement la nature du droit de préemption de la Couronne. En effet, si le titre territorial autochtone est reconnu par la common law, son extinction doit être faite en respectant les principes de la common law parce que les premiers occupants, étant devenus des sujets britanniques, ils ont le droit de voir leurs intérêts protégés par les lois britanniques. Si, par contre, le même titre territorial n'est pas reconnu légalement, le droit exclusif de la Couronne de l'éteindre, pourrait être exercé sans avoir à se plier aux exigences de la common law.¹⁴

À partir de 1870, les cours ont considéré que l'application du traité était une question politique et non juridique et que ni le traité ni les réclamations sur sa base ne pouvaient être reçus à moins que le Parlement y pourvoie dans une loi spécifique, qui de toute façon serait interprétée restrictivement, comme tout ce qui modifie la common law. On a ainsi réduit à néant des engagements solennels et les droits fondamentaux de toute une collectivité. Cette évolution judiciaire pour le moins réductrice a bien fait l'affaire de la Couronne néo-zélandaise, du moins jusqu'en 1975. Comme on le verra, ce virage judiciaire a été précédé des pressions politiques venant de la branche exécutive du gouvernement local et des nouveaux habitants non-maoris du pays.

En effet, en 1847, même si certains juges et autres notables étaient encore fidèles à la volonté britannique d'honorer le traité, les pressions locales des nouveaux venus allaient dans le sens contraire. À ce moment-là, les Maoris étaient encore majoritaires. Avec la modification du rapport démographique et l'installation d'un gouvernement vraiment local, les choses se détériorèrent, du moins en ce qui concerne les intérêts territoriaux et politiques des autochtones. Cela fait dire au juge Durie, président du Tribunal Waitangi et juge en chef de la Maori Land Court depuis 1980 : « Les plaintes en provenance des tribus prétendant que le

13. *Id.*, p. 111.

14. *Id.* (notre traduction).

traité n'était pas honoré, commencent au moins en 1847 et se sont par la suite maintenues sans faiblir jusqu'à nos jours »¹⁵.

Malgré les termes du traité, des terres furent confisquées par la Couronne sans le consentement des Maoris, d'autres furent classées comme ayant été achetées sans que les Maoris concernés perçoivent ces transactions comme absolues. Vers 1860 une guerre éclata et aboutit à d'autres confiscations fondées sur le refus de vendre de certaines tribus. À compter de 1862, le gouvernement entreprit de changer les titres de toutes les terres maoris de titres collectifs (*tribal titles*) en titres individuels de façon à faciliter l'achat ou la confiscation de ces terres. Comme le rapporte le juge Durie : « La possession coutumière communale de la terre était la pierre angulaire dont dépendait le pouvoir tribal ; le changement coercitif de tenure territoriale est considéré comme le facteur de destruction (intentionnelle selon les plaignants Maoris) des bases économiques et politiques des tribus »¹⁶.

Jusqu'en 1980, le gouvernement a maintenu des politiques d'acquisition des terres maoris pour fin d'établissement, sans rendre ces acquisitions conditionnelles à l'approbation des tribus. Aujourd'hui, tandis que les Maoris représentent encore 10 % de la population néo-zélandaise, ils ne possèdent que 5 % des terres. La majeure partie de ce 5 % est pauvre et 7 % de cet ensemble est classé comme incapable d'aucun développement. Pratiquement aucune terre n'est propriété d'une tribu et certaines tribus ne possèdent plus aucune terre.

En guise de coup de grâce, les pouvoirs judiciaire et législatif se sont fondus en un seul chœur. En effet, le *Native Lands Act* (1909) contenait des articles qui équivalaient à l'élévation au statut de loi, du jugement Prendergast dans l'affaire *Wi Parata c. Bishop of Wellington*. En effet, cette loi prévoyait que le titre coutumier autochtone ne pouvait être opposé à la Couronne. Ces articles ont d'ailleurs été maintenus dans le *Maori Affairs Act* (1953) »¹⁷.

2.3. Création du Tribunal Waitangi : première période (1975 à 1985)

Selon le juge Durie, la création du Tribunal Waitangi est surtout le produit de protestations récentes. Dans les années soixante, au moment où la majorité de la nouvelle génération maori était née et vivait en ville, l'activisme juridique a cédé le pas aux marches sur le parlement, aux sit-in

15. M.H. C.J. DURIE, *Foreign affairs briefing*, 23 august 1988, brochure obtenue du Haut-Commissariat de la Nouvelle-Zélande à Ottawa, le 28 mai 1990, p. 2 (notre traduction).

16. *Id.*, p. 3 (notre traduction).

17. F. HACKSHAW, *supra*, note 11, p. 115 (notre traduction).

et autres formes de contestation. Les revendications majeures de ces protestataires consistaient à faire cesser les ventes des terres maoris, à trouver un règlement pour les vieilles plaintes les concernant et à faire reconnaître en droit le Traité de Waitangi.

Le gouvernement du temps (1974) répondit à ces assauts en changeant la loi afin de rendre plus difficile l'achat des terres maoris et en offrant de négocier certaines des anciennes réclamations. Puis en 1975, il créa le Tribunal Waitangi, avec le pouvoir restreint de n'entendre que les plaintes concernant des actes gouvernementaux ou projets de loi ou politiques datant d'après la création du tribunal et la capacité limitée de faire des recommandations au gouvernement concernant les problèmes soulevés par les Maoris. Le tribunal pouvait faire ce qu'on appelle en common law des *findings of facts* et des interprétations du traité mais ne pouvait engager ni contraindre la Couronne. Ainsi le traité ne se trouvait pas pleinement reconnu en droit mais y bénéficiait d'une certaine place¹⁸.

Hiwi Tauroa, un éminent porte-parole maori qui fut « conciliateur en matière de relations inter-raciales » de 1980 à 1986, décrit ainsi la nouvelle institution :

Ce tribunal, créé en 1975, sous la *Loi du Traité de Waitangi*, a pour fonction de faire des recommandations suite à des plaintes en rapport avec la mise en application pratique du traité et de déterminer si certaines matières sont incompatibles avec les principes du traité. Tout comme James Busby fut appelé le guerrier sans fusils, ce tribunal pourrait être appelé le tribunal sans dents.¹⁹

Quant à son rôle d'interprète du traité, le tribunal a reçu du législateur de puissantes indications :

Tandis que le préambule de la loi constitutive souligne que les versions maoris et anglaises du traité diffèrent l'une de l'autre, l'article 5 de la même loi exige que le tribunal prenne en considération les deux textes. De plus, pour les fins de la Loi, le tribunal fut doté de l'autorité exclusive de décider de la signification et des effets du traité tel qu'incorporé dans les deux textes et de décider des questions soulevées par les différences entre les deux textes.²⁰

Parmi ses paramètres constitutifs, le tribunal fut doté d'une composition mixte et fut bientôt sous la direction d'un juriste maori qui poussa le biculturalisme de l'institution encore plus loin : le tribunal devait être composé de trois membres, dont le juge en chef de la *Maori Land Court*,

18. Traduction libre des propos du juge Durie dans un document cité *supra*, note 15, p. 4 et 5.

19. H. TAUROA, *Healing the breach, a Maori's perspective on the Treaty of Waitangi*, Collins New Zealand, 1989, p. 66-67 (notre traduction).

20. M.P.K. SORRENSON, « Towards a radical reinterpretation of New Zealand history : the role of the Waitangi Tribunal », dans le volume *Maori and Pakeha Perspectives of the Treaty of Waitangi*, *supra*, note 11, p. 160 (notre traduction).

un Non-Maori recommandé par le ministre de la Justice et un Maori recommandé par le ministre des Affaires maoris. En 1980, lorsque le juge Scott, premier président du tribunal, se retira, le juge Durie, nommé juge en chef de la *Maori Land Court*, fut le premier Maori à détenir cette position, et devint par le fait même, président du Tribunal Waitangi.

Le juge Durie a transformé le tribunal, «à la fois dans sa procédure—par exemple il a commencé à siéger sur la marae (place principale du village) des plaignants, et à observer leur kawa (protocole) lors de ses auditions—mais aussi dans son approche philosophique des questions posées»²¹. Pour le juge Durie, les membres maoris du tribunal, sont des experts en matière de coutumes et traditions maories ; ils se trouvent ainsi dans une position particulièrement avantageuse «pour établir l'interprétation maorie du traité et pour déterminer quelles sont les pratiques maoris pertinentes quant aux plaintes qui sont amenées devant le tribunal»²².

Claudia Orange a qualifié cette deuxième partie de la première période dans les termes suivants : «... un tribunal renouvelé qui a produit une série de rapports remarquables»²³. Il faut toutefois souligner que les Maoris n'ont vraiment commencé à déposer des plaintes auprès du tribunal qu'à partir de 1980.

Law Talk, le magazine du Barreau de Nouvelle-Zélande, rapporte les propos du juge Durie en ce qui concerne la procédure adoptée par le tribunal pour entendre les plaignants maoris :

Cette procédure qui consiste à aller sur la marae et à respecter le protocole maori (kawa) est spécifiquement prévue dans l'annexe II de la *Loi sur le Traité de Waitangi*. Je suis convaincu que cet usage est à l'abri du contrôle judiciaire puisqu'il est prévu par la Loi [...] Étant donné que les procédures maoris ne prévoient pas spécifiquement le contre-interrogatoire, une opinion pourrait se développer à l'effet que conséquemment, la preuve testimoniale ainsi recueillie est suspecte. Je crois plutôt que le contraire est vrai : les individus maoris sont plus susceptibles de dire la vérité quand ils ont à témoigner sur la place du village (marae) en présence de leurs pairs, sachant fort bien qu'ils sont susceptibles d'être critiqués ou ridiculisés si leur témoignage n'est pas exact. Je pense que la vérité est plus susceptible d'être obtenue d'un Maori témoignant sur le marae que dans un affidavit pour les fins d'un autre cour.²⁴

De plus, considérant la nature des données avec lesquelles le tribunal travaille, c'est-à-dire principalement des opinions d'experts (anthropologues, sociologues, historiens) et celles des aînés Maoris, porte-parole

21. *Id.*, p. 161 (notre traduction).

22. «1990-the treaty and the lawyer», *Law Talk* 324, avril 1990, p. 31 (notre traduction).

23. C. ORANGE, *supra*, note 6, p. 250 (notre traduction).

24. «1990-the treaty and the lawyer», *supra*, note 22, p. 31-32 (notre traduction).

des coutumes et de la tradition orale de leur tribu, ce type de matériel ne se prête pas tellement au contre-interrogatoire. Selon le juge Durie, « le plus souvent, il est de loin plus utile d'inviter un historien qui soutient une thèse différente ; cette façon de faire est bien mieux adaptée pour aller au cœur du problème que la méthode du débat contradictoire entre les parties »²⁵.

Au-delà de la procédure, on a dit que les bases philosophiques sur lesquelles le tribunal s'appuie pour interpréter le traité avaient aussi été transformées. Sorrenson a fait ressortir les principales ruptures effectuées avec la façon traditionnelle d'interpréter le traité (celle de Prendergast), dans le cadre de l'affaire *Motunui*. En plus de s'entendre sur une interprétation qui serait libérale et qui chercherait à rendre compte de l'esprit (*wairua*) du traité, les membres du tribunal se sont aussi entendus pour considérer que le traité constituait une reconnaissance de l'existence des Maoris et de leur qualité de premiers occupants mais également d'une intention commune que la présence maori demeure et soit respectée²⁶. Par exemple, dans la version anglaise de l'article 2 du traité, l'expression *te tino rangatiratanga* avait été traduite initialement par *possession*. Le Tribunal Waitangi a plutôt décidé que cela voulait dire « la plus haute autorité » et dans le contexte, « souveraineté sur leurs terres » et ce, sans que l'exercice de cette souveraineté requière que le Parlement la confirme par une loi.

Dans le cadre de l'affaire *Manukau Harbour*, le tribunal a aussi décidé d'une règle cruciale ; il a écrit que « dans notre société multi-culturelle, les valeurs de la minorité doivent quelquefois céder le pas à celles de la culture dominante ; mais en Nouvelle-Zélande, le Traité de Waitangi a donné aux valeurs maoris une place généralement égale à celle des valeurs britanniques ainsi qu'une priorité sur ces dernières, lorsque les trésors maoris (*taonga*) sont menacés »²⁷. Cette règle de résolution de conflit entre une loi statutaire et le Traité de Waitangi donne à ce dernier une valeur supérieure. Si ce n'est pas un statut constitutionnel, c'est à tout le moins une valeur fonctionnelle supra-législative. Sorrenson rapporte aussi ces propos du juge Durie faisant état de sa conception du traité : « Ce document peut être lu comme étant ce que nous pourrions appeler en langage moderne, les bases d'une entente pour un développement biculturel sous forme de partenariat. Cela confirme sa valeur constitutionnelle »²⁸.

25. *Id.*, p. 32 (notre traduction).

26. M.P.K. SORRENSON, *supra*, note 20, p. 162 (notre traduction).

27. *Id.*, p. 168 (notre traduction).

28. *Id.*, p. 162 (notre traduction).

Un refus clair du monolithisme culturel et juridique se fait aussi sentir dans l'attitude du tribunal envers les sources des droits. À ce sujet, le juge Durie déclarait que le tribunal « (has) regard not only to civil law, but to Maori customary or ancestral law as well »²⁹. Cette position redonne aux Maoris la valeur de nation (corps politique), remet en évidence le fait qu'au moment de la cession et du traité, ils avaient des lois, un système de pouvoir, une civilisation, et que le traité doit s'interpréter à la lumière de leurs concepts juridiques, ceux relatifs entre autres à la propriété de leur terre et à leur capacité d'en disposer selon leurs règles.

En un mot, combiné avec les autres conclusions du tribunal, ceci constitue un renversement de la conception positiviste du traité, telle qu'elle avait cours depuis 1877. Même si le tribunal ne peut que faire des recommandations, rappelons qu'il a maintenant autorité exclusive pour interpréter le traité, aux fins de l'acte qui l'a créé. Cependant, la limitation de 1975 qui écartait les plaintes concernant des faits survenus avant cette date, écartait l'essentiel des préjudices subis par les Maoris et fit dire à plusieurs que les Pakeha (les Non-Maoris) avaient ainsi protégé l'essentiel de leur indû.

2.4. Expansion du Tribunal Waitangi : deuxième période (1985 à 1990)

Le Parlement néo-zélandais a dû donner suite à cette critique fondamentale. Par le *Treaty of Waitangi Amendment Act* (1985), il a rendu possible la réception par le tribunal, de plaintes datant d'aussi loin que 1840 (article 3), il a augmenté le nombre de membres à sept dont nécessairement quatre Maoris et le juge en chef de la *Maori Land Court* (article 2). La nomination des six membres doit être faite sur recommandation du ministre des Affaires maories, après consultation du ministre de la Justice. La loi prévoit que les recommandations doivent être fondées sur les connaissances et l'expérience que les personnes concernées ont dans les domaines susceptibles d'être soumis au tribunal. De plus le tribunal peut siéger en banc de quatre dont nécessairement son juge en chef. Cette stipulation ouvre la possibilité qu'un banc soit entièrement maori tant que le juge en chef est lui-même maori.

Ces modifications ont suscité beaucoup de protestations de la part de la majorité non-maori. Selon Hiwi Tauroa, « en 1988, le *Treaty of Waitangi Amendment Bill* fut adopté. Le tribunal fut élargi à 16 membres, et la stipulation qui voulait qu'au moins quatre membres du tribunal soient maoris fut retirée. Au lieu de cela, on trouve maintenant les mots « *due regard is to be given to the partnership between the two treaty*

29. *Id.*, p. 163.

partners [...] En mars 1989, d'autres changements au tribunal furent annoncés et le nombre de membres fut haussé pour rendre possible que plusieurs plaintes soient entendues à la fois »³⁰.

Cette dernière modification était plus qu'essentielle compte tenu de l'engorgement du tribunal mais n'a pas encore permis d'améliorer la situation. Jane Kelsey rapporte que : « le tribunal, tard en 1989, faisait toujours face à 195 plaintes, et qu'il entendait toujours un maximum de trois par année. L'ajout de ressources humaines et financières promis en décembre 1987 a mis 18 mois à se matérialiser tandis que le gouvernement explorait des alternatives à la juridiction du tribunal. En 1990, le tribunal reste surchargé, sous-financé et menacé d'enlèvement... »³¹.

L'ensemble de ces réformes, en plus d'attirer plus de réclamations provenant des premiers intéressés et conséquemment d'engorger le tribunal, ont eu pour effet d'amener un fonctionnement éclaté qui s'éloigne de plus en plus du style judiciaire. Cela fait dire à Claudia Orange : « Ce nouveau corps [...] représente un virage à partir d'une cour de type quasi-judiciaire vers un style de commission d'enquête plus informelle »³².

Le juge Durie semble à l'aise avec cette formule. Il déclare que « les commissions d'enquête sont conçues pour prendre des décisions en ce qui concerne la façon dont les faits devraient être interprétés mais en tant que corps inquisitoires, il y a toutes les raisons du monde pour que leurs décisions ne soient pas vues comme liant les cours. Cela ne diminue pas le fait qu'elles sont taillées sur mesure pour une tâche spécifique et que leurs décisions ont de l'autorité au sens populaire du terme »³³.

Depuis la fin de l'année 1987, le tribunal a été autorisé à référer des plaintes à l'un de ses membres (ou à quelqu'un d'autre de qualité) pour fin de médiation, s'il juge que cela est le moyen le plus approprié pour faire avancer la question. Il s'agit bien de médiation entre les Maoris et la Couronne ou l'un de ses mandataires. Il peut même s'agir de médiation entre trois parties lorsque s'ajoute une compagnie privée, par exemple. Selon Kit Toogood, un *barristor* de Wellington qui fut impliqué dans la première médiation, il existe un type de cas où la médiation est le moyen propice : « il s'agit de cas où les questions sont suffisamment limitées

30. H. TAUROA, *supra*, note 19, p. 70 (notre traduction).

31. J. KELSEY, « The Treaty of Waitangi and Maori independence future directions », in *9th Commonwealth Law Conference Papers*, April 1990, Auckland, NZ, p. 252 (notre traduction). L'auteur est *Senior Lecturer in Law*, à la Faculté de droit de l'Université d'Auckland, NZ.

32. C. ORANGE, *supra*, note 6, p. 251 (notre traduction).

33. *Supra*, note 22, p. 30 (notre traduction).

géographiquement et historiquement, et qui au moins à première vue impliquent de claires violations de principes contenus dans le traité »³⁴.

2.5. Critiques et perspectives

Faisant lui-même le bilan actuel de la période suivant l'expansion de 1985, le juge Durie conclut :

... la juridiction du tribunal a été élargie de façon à pouvoir entendre de vieilles plaintes maoris contre la Couronne. [...] Trois de ces plaintes ont été traitées et résolues ; les recommandations du tribunal allant dans le sens d'une restauration du patrimoine des tribus (distinctes d'une stricte compensation) étant retenues dans le cas de deux de ces plaintes et la fixation d'un quota de pêche spécifique aux Maoris étant assurée par les recommandations suivant la troisième de ces plaintes. Sept autres plaintes sont maintenant traitées soit par la voie d'auditions du tribunal lui-même, soit par une médiation sous la direction du tribunal, ou au travers de négociations indépendantes. De la recherche est en cours dans de nombreux autres cas.³⁵

En support au tribunal lui-même, ainsi qu'aux processus de médiation et de négociation en cours, la Couronne a mis sur pied un comité du Cabinet, une *Task Force Unit*, composé de six personnes sous la direction du ministre de la Justice.

Dans sa présentation à la neuvième Conférence internationale des juristes du Commonwealth, le juge Durie avait d'abord synthétisé ce qui pour lui constituait l'essentiel de l'originalité de la contribution du tribunal :

Par le biais de ses recommandations, le tribunal propose une approche biculturelle aux processus législatif, administratif ainsi qu'à celui de la formulation et de la délivrance de politiques et services publics. [...] Les recommandations du tribunal ont de fait mené à la réécriture de plusieurs lois, à la restructuration de ministères et à la tenue d'auditions dans des ministères dans le but de vérifier si des législations proposées étaient compatibles avec les principes du traité. Les préoccupations existantes quant au pouvoir limité du tribunal de simplement recommander doivent maintenant être mises en balance avec les changements substantiels effectués depuis sa création et par son intermédiaire.³⁶

Même si le juge Durie constate que beaucoup a été fait depuis l'instauration du tribunal et que l'approche biculturelle reçoit un appui certain en Nouvelle-Zélande, tous ne sont pas aussi satisfaits de la situation. Jane Kelsey fait un tout autre bilan de la seconde période :

34. *Id.* « 1990-the treaty and the lawyer » p. 34 (notre traduction).

35. *9th Commonwealth Law Conference Papers, Supplement*, « Treaties and the Common Law as sources of indigenous rights », par E.T. DURIE, 18 avril 1990, Auckland, p. 4 (notre traduction).

36. *Id.*, p. 3 (notre traduction).

En contraste avec ses premières années, le tribunal a été remorqué et a reculé dans le courant dominant du système légal des Non-Maoris. Il est devenu bureaucratique, formel, légaliste et de toute évidence peureux de la révision judiciaire. [...]

Mais le plus dommageable a été l'inaction gouvernementale à la suite des recommandations du tribunal [...]. Par exemple, Ngati Whatua à Orakei attend toujours de recouvrer la terre de Bastion Point, promesse faite par le gouvernement en 1988 après le rapport du tribunal en 1987. Ngati te Ata a dû occuper les dunes de sable de Maoro pour empêcher la compagnie New Zealand Steel de raser un cimetière que le tribunal avait recommandé de protéger dans son rapport Manukau en 1985 [...] L'emphase est maintenant mise sur la négociation directe entre plaignants et gouvernants, ce qui peut être ou ne pas être précédé par une investigation du tribunal en ce qui concerne les faits et le droit. Le Tribunal Waitangi offre maintenant à peine plus qu'une expérience cathartique pour les plaignants sans aucune obligation pour le gouvernement d'agir.³⁷

La place et le rôle du Tribunal Waitangi en Nouvelle-Zélande semble être continuellement en ajustement. Cela ne surprend guère quand on considère l'ampleur des enjeux pour les parties et le fait crucial que la majorité de l'électorat ne soit pas maori. Même si le gouvernement est travailliste, le lobbying des particuliers et des compagnies semble puissant. L'opposition parlementaire a déjà annoncé qu'elle abrogerait le *Treaty of Waitangi Amendment Act* (1985) et le tribunal lui-même, si elle prenait le pouvoir. Ce risque est maintenant très présent³⁸.

Paradoxalement les véritables problèmes du tribunal ont commencé quand on a élargi sa juridiction pour inclure les plaintes basées sur des faits précédant 1975. Cette victoire fondamentale qui permettait enfin de s'attaquer à l'essentiel des torts faits aux Marois, semble avoir en même temps presque paralysé le tribunal sous le poids quantitatif et politique des causes à traiter. Cette augmentation fantastique de l'espoir d'obtenir justice a d'autant créé des déceptions puisque la tâche s'est avérée impossible à compléter à court terme. Cette expansion est donc en train de provoquer une mutation tant au sein du tribunal, que du gouvernement et du public.

Il semble acquis que jamais le Tribunal Waitangi n'aura le pouvoir de prendre de véritables décisions exécutoires et qu'il risque au mieux de demeurer une cheville importante du mécanisme politique et légal de Nouvelle-Zélande. C'est peut-être cette conviction qui amène le juge Durie à prioriser la négociation directe entre les parties (ce processus ne menace pas l'existence du tribunal et le laisse à l'abri de la révision

37. J. KELSEY, *supra*, note 31, p. 252-253 (notre traduction).

38. H. TAUROA, *supra*, note 19, p. 70. Le gouvernement travailliste a été renversé à l'automne 1990, par les conservateurs, lors d'une élection générale.

judiciaire tout en lui permettant d'intervenir auprès des parties). De plus, comme il fut possible de le constater lors de la neuvième Conférence internationale des juristes du Commonwealth, en avril 1990, le juge Durie fait campagne pour que la common law se transforme et devienne apte à intégrer des valeurs que pourraient partager tous les néo-zélandais, y inclus les Maoris.

En effet, même après avoir observé « l'attitude judiciaire contemporaine d'accommodation envers les intérêts et les coutumes maoris et ce même lorsque les statuts ne prévoient rien d'explicite à ce sujet »³⁹, le juge Durie persiste à croire en la nécessité de s'attaquer à la vieille common law, à travers laquelle les cours étudient les causes impliquant les droits du peuple autochtone de la Nouvelle-Zélande (Aotearoa). Pour lui,

le problème avec la vieille common law est que justement, elle n'a rien en commun avec les lois du peuple indigène. Ils n'ont rien eu à dire dans sa formulation et elle ne prévoit rien en ce qui concerne les normes de leur société. Il faut se demander jusqu'à quel point il est soutenable de nos jours, de déterminer les droits d'une culture selon les standards et les perceptions d'une autre, et ce, en s'appuyant sur des maximes qui ne sont dorénavant plus aptes à solutionner les questions cruciales qui se posent sur le terrain des relations interraciales. Il est nécessaire de reconsidérer la présumée universalité des lois occidentales, de se demander comment les peuples indigènes eux-mêmes voient la source de leurs droits et de réfléchir plus avant sur le caractère approprié d'un processus qui ne prend pas en considération les attentes raisonnables des peuples autochtones quant à la solution de leurs revendications territoriales. [...] Pour les Maoris, la source de leurs droits aboriginaux est à l'intérieur d'eux-mêmes, dans leurs coutumes et croyances et nulle part ailleurs.⁴⁰

Parmi les croyances autochtones les plus répandues et les plus profondément enracinées on retrouve cette attitude spirituelle envers la terre : « leurs droits dérivent de la terre, eux ayant été placés là par le Créateur, tout juste comme d'autres peuples ont leur place ailleurs aussi. Ils ont hérité de la terre où ils sont nés par le fait de leur naissance elle-même, et en fait ils sont nés de leur mère la terre [...] ainsi symbolisant le lien ombilical, l'attachement traditionnel entre la terre et leur peuple »⁴¹.

Dans leur perspective indigène, il ne leur revient pas de faire la preuve de leur droit, leur intérêt ou leur titre dans les ressources de leur terre natale vénérée. Pour eux le fardeau de prouver, par référence à un arrangement ou un accord, les droits du colonisateur sur la terre des premiers occupants, repose plutôt sur les épaules du colonisateur. De la même façon, la règle qui veut que les traités ne lient pas le gouvernement à moins que le Parlement le décide, est elle-même le produit d'une

39. E.T. DURIE, *supra*, note 35, p. 9 (notre traduction).

40. *Id.*, p. 10-11 (notre traduction).

41. *Id.*, p. 12-13 (notre traduction).

common law à laquelle encore une fois, les Maoris n'ont jamais souscrit. « Dans la mesure où personne n'a informé les Maoris signataires du Traité de Waitangi, de cette condition préalable à la validation du traité, la common law apparaît à leurs yeux, bien plus comme un tour de passe-passe que comme la juste application d'une longue expérience dans la recherche de l'équité et de la loyauté »⁴². Comme nous le verrons dans la section suivante de ce texte, cette critique est non seulement justifiée en Nouvelle-Zélande mais elle l'est aussi au Canada.

De plus, cette critique radicale de la façon dont la common law traite le titre aborigène et le Traité de Waitangi, arrive à un moment où le tribunal a déjà pris officiellement des positions fortes quant aux droits des Maoris sur leurs terres. La balle est clairement dans le camp du judiciaire et de l'exécutif néo-zélandais qui doivent faire la vraie preuve de leur bonne foi et de leur sens du fair play. D'un tribunal biculturel, semble dire le juge Durie, il est désormais temps de passer à une société vraiment biculturelle où le pouvoir politique et la terre seront vraiment partagés. En 15 ans d'existence, le Tribunal Waitangi aura réussi non seulement à faire progresser le règlement de plusieurs griefs importants entre Maoris et Pakeha (Non-Maoris) concernant la terre, les droits de pêche et la langue, mais aura aussi fait cheminer la société néo-zélandaise à travers un questionnement plus large : celui du type de rapport à établir entre deux cultures et deux peuples habitant la même terre.

3. Le cas canadien

3.1. Évolution de l'interprétation judiciaire des droits des autochtones

Partant de l'arrêt *St. Catherine's Milling* du Comité judiciaire du Conseil privé datant de 1888⁴³, en passant par l'arrêt *Calder* de 1973⁴⁴ jusqu'aux récentes décisions pertinentes de la Cour suprême du Canada datant de mai 1990, un peu plus de 100 ans se sont écoulés : 100 ans pendant lesquels notre jurisprudence concernant les sources des droits des autochtones a évolué lentement d'une conception positiviste vers une conception jusnaturaliste, reconnaissant maintenant que les premières nations de ce continent ont des droits territoriaux qui sont issus de leur occupation immémoriale d'une large part du pays.

L'arrêt de 1888 fut rendu dans le cadre d'un litige opposant le gouvernement d'Ontario à celui du Canada, concernant les titres d'un

42. *Id.*, p. 13-14 (notre traduction).

43. *St. Catherine's Milling and Lumber Company and The Queen, on the information of the A.-G. for Ontario*, (1988), 14 A.C. 46 (P.C.).

44. *Calder c. Attorney General of British-Columbia* (1973) R.C.S. 313.

terrain qui avait été cédé par traité, en 1873, au Dominion, par des Indiens Ojibwé. Pour solutionner le litige, les cours ont dû se pencher sur la nature et le caractère du titre que les Indiens détenaient. Le débat oscillait entre un droit réel de propriété issu ou bien de l'occupation ou bien de la Proclamation royale de 1763, droit dans ce cas limité par un droit imparfait d'aliénation (le droit de préemption de la Couronne) et un droit personnel d'occupation selon le bon plaisir de la Couronne, qui conservait la propriété en titre. Le Comité judiciaire se basant sur les termes de la Proclamation, en particulier les termes affirmant la souveraineté politique de l'Angleterre, conclut que le titre détenu par les Indiens était un droit de la nature de l'usufruit, dépendant du bon plaisir du souverain. Ayant ainsi confondu souveraineté politique et cession territoriale, les lords ont tous souscrit aux propos suivants de lord Watson : « It appears to them to be sufficient for the purposes of this case that there has been all along vested in the Crown a substantial and paramount estate underlying the Indian title, which became a plenum dominium whenever that title was surrendered or otherwise extinguished »⁴⁵.

Cette décision nettement positiviste fut rendue onze ans après l'arrêt *Wi Parata c. Bishop of Wellington*, (sans que ce dernier soit cité), mais en pleine connaissance de cause quant aux arrêts *Queen c. Symonds* de Nouvelle-Zélande et *Johnson c. McIntosh* des États-Unis, (deux arrêts jusnaturalistes cités par les procureurs du Dominion)⁴⁶. Il a fallu attendre 1973 pour que la position jusnaturaliste soit adoptée à la Cour suprême du Canada.

Comme le rappelle le juge en chef Dickson, dans l'arrêt *Guérin* : « Dans l'arrêt *Calder c. le Procureur général de la Colombie-Britannique*, cette Cour a reconnu le titre aborigène comme un droit, en common law, découlant de l'occupation et de la possession historiques par les Indiens de leurs terres tribales. [...] Le juge Judson a déclaré explicitement que la Proclamation n'était pas « l'unique » fondement du titre indien [...] Le juge Hall a affirmé [...] que le titre aborigène indien ne dépend d'aucun traité, ni d'aucune ordonnance du pouvoir exécutif ou de disposition législative »⁴⁷. Ayant tranché la question des sources, la Cour est cependant restée divisée sur la question de l'extinction de ces droits. Fallait-il un accord bipartite ou bien une loi générale en matière de biens-fonds suffisait-elle ? Dans l'arrêt *Guérin*, le juge Dickson cite avec approbation un arrêt du Conseil privé de 1921 qui accrédite pleinement la

45. *St. Catherine's Milling and Lumber Company and The Queen, on the information of the A.-G. for Ontario*, *supra*, note 43, p. 54-55.

46. *Id.*, p. 48.

47. *Guérin c. Reine*, (1984) 2 R.C.S. 335, p. 376-377.

notion de titre indien datant d'avant la Proclamation royale de 1763. Il s'agit de l'arrêt *Amodu Tijani c. Southern Nigeria (Secretary)*, (1921), 2 A.C. 399, où fut approuvé « le principe voulant qu'un changement de la souveraineté sur un territoire particulier n'a, en règle générale, aucune incidence sur le titre présumé des habitants »⁴⁸.

Ayant donc corrigé l'erreur contenue dans l'arrêt *St. Catherine's Milling*, quant aux effets de la cession de souveraineté sur le titre foncier, il restait à clarifier la nature du titre indien. Critiquant les imprécisions et les glissements de la jurisprudence antérieure à cet égard, le juge Dickson conclut :

Bien que leur droit n'équivaille pas, à proprement parler, à un droit de propriété à titre bénéficiaire, sa nature n'est pas définie complètement par la notion d'un droit personnel. Il est vrai que le droit *sui generis* des Indiens sur leurs terres est personnel, en ce sens qu'il ne peut être transféré à un cessionnaire, mais il est également vrai, comme nous allons le constater plus loin, que ce droit, lorsqu'il est cédé, a pour effet d'imposer à Sa Majesté l'obligation de fiduciaire particulière d'utiliser les terres au profit des Indiens qui les ont cédées. Ces deux aspects du titre indien vont de pair, car, en stipulant que le droit des indiens ne peut être aliéné qu'à elle-même, Sa Majesté voulait au départ être mieux en mesure de représenter les Indiens dans les négociations avec des tiers. Le droit des Indiens se distingue donc surtout par son inaliénabilité générale et par le fait que sa Majesté est tenue d'administrer les terres pour le compte des Indiens lorsqu'il y a eu cession de ce droit. Toute description du titre indien qui va plus loin que ces deux éléments est superflue et risque d'induire en erreur.⁴⁹

Le format de ce travail ne permet pas de faire une critique exhaustive de cette conclusion quant à la nature du titre indien. Pour le moment, contentons-nous de dire d'une part qu'elle est bien en-dessous des prétentions des premières nations, et d'autre part qu'elle contient une contradiction fondamentale. En effet, elle pose comme prémisse que le titre indien n'est pas issu de la Proclamation royale de 1763, pour ensuite en définir la nature par cette même proclamation qui elle, n'est en fait qu'un document reconnaissant l'existence antérieure du titre et y précisant une limite quant à l'*abusus*.

Par ailleurs, cette limite n'a pas été placée dès le *point de départ* pour des motifs de protection mais bien dans l'intérêt du colonisateur. Comme nous l'avons déjà souligné dans notre étude du cas néo-zélandais⁵⁰, ce droit de préemption au bénéfice de la Couronne britannique avait pour fin première de bloquer les cessions au bénéfice d'autres puissances coloniales, comme la France par exemple. Dans un deuxième temps, le droit de préemption de la Couronne permettait de gérer de façon

48. *Id.*, p. 378.

49. *Id.*, p. 382.

50. Voir en particulier la section 2.1. de ce travail.

ordonnée et protectrice la cession des terres amérindiennes pour fin de colonisation. Finalement, il semble difficile de concilier l'idée que le titre indien ne soit qu'un droit d'usufruit, sur des terres dont on dit par ailleurs qu'elles « n'ont été ni cédées ni achetées » par la Couronne britannique.

Quant aux deux dernières décisions de la Cour suprême du Canada, celles de mai 1990 (*Sparrow* et *Sioui*), dans le cadre de l'interprétation de l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982, elles ont établi un schéma dans lequel si une plainte est déposée par les autochtones alléguant qu'une loi va à l'encontre de leurs droits ancestraux tels qu'établis dans la Constitution en 1982, la Couronne devra justifier sa loi en tenant compte de son rôle premier de fiduciaire.

Comme nous l'énoncions dans la problématique, le fait de garantir les droits existants des autochtones (ancestraux et issus de traités ou de revendications territoriales) peut s'avérer un leurre si ces mêmes droits sont interprétés et définis de façon restrictive. Même si la Cour suprême déclare sous la plume des juges Dickson et La Forest, adopter une interprétation généreuse et libérale de l'article 35⁵¹, le vrai test n'est pas encore passé car dans ces deux arrêts, l'enjeu n'était pas la nature du titre territorial des autochtones. En effet, on peut très bien se croire et se dire libéral en interprétant l'expression « droits ancestraux » comme incluant le droit de pêcher et de faire des feux sur certaines terres, tout en étant malgré tout restrictif lorsqu'il s'agit d'enjeux plus importants.

En effet, si on n'inclut pas dans la portée de l'expression « droits ancestraux », un droit de propriété, issu d'une occupation immémoriale, on aborde la question sous un angle trop restreint et conséquemment faussé.

À l'instar des Maoris, ce qui satisferait les autochtones du Canada, serait de pouvoir participer d'égal à égal comme « partie » à un véritable contrat social biculturel ou multiculturel. En particulier, ils voudraient être partenaires dans la définition de leurs droits ancestraux existants, ainsi que dans la gestion de leur destin collectif.

3.2. Interprétation des droits des autochtones par les peuples autochtones du Canada

Nous disposons de nombreuses sources d'informations concernant la perception autochtone de leurs droits territoriaux et de la reconnaissance juridique générale qu'ils ont reçue de la part de notre société.

51. R. c. *Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025 R. c. *Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

Devant le Foreign and Commonwealth Affairs Committee de la Chambre des communes britannique, le 20 novembre 1980, le Comité des Inuits sur les questions nationales, la Fraternité des Indiens du Canada et le Conseil des autochtones du Canada ont présenté leur interprétation historique et juridique de la Proclamation royale de 1763 ; en voici un extrait que Kenneth A. Moore a reproduit dans son livre sur les autochtones et la Constitution :

Lorsqu'ils ont affirmé leur autorité sur les territoires du Canada les représentants impériaux de l'Angleterre ont traité avec les chefs des peuple aborigènes et ont reconnu que ces derniers étaient aptes à représenter leurs peuples. Les relations entre les représentants et les chefs aborigènes ont été reconnues dans des traités [...]. La définition légale la plus importante des principes gouvernant les relations coloniales et aborigènes se trouve dans la Proclamation de 1763. George III a édicté la Proclamation en vertu d'une prérogative royale de légiférer directement à l'égard des colonies. La Proclamation était le premier document constitutionnel à l'égard du Canada [...] Les dispositions de la Proclamation royale [...] sont toujours en vigueur au Canada [...] (La Proclamation) décrit les groupes aborigènes comme « les nations ou tribus sauvages qui sont en relation avec Nous et qui vivent sous Notre protection ». Le caractère national et politique des groupes aborigènes y était reconnu.

La relation spéciale entre des groupes aborigènes et la Couronne en général était décrite comme un protectorat, notion courante en droit international. Tant pour les autorités britanniques que pour les chefs aborigènes, il était entendu que l'autonomie de ces derniers devait se poursuivre sur les terrains détenus par eux. Le caractère politique de la relation entre la Grande-Bretagne et les nations ou tribus aborigènes est souligné par la procédure établie dans la Proclamation. Celle-ci énonce clairement et expressément que les relations visées par le traité ne devaient avoir lieu qu'entre les représentants de la Couronne et les chefs des peuples aborigènes. *À moins que les terres ne soient acquises en vertu de traités, elles demeuraient sous le contrôle politique et juridique des aborigènes.*⁵²

Kenneth A. Moore, qui fonda l'Alliance laurentienne des Métis et des Indiens sans statut en 1971 et fut par la suite président du Conseil des autochtones du Canada, jusqu'en 1975, faisait une analyse politique très lucide de la situation. Après avoir fait la critique des décisions de la Cour suprême du Canada dans les affaires *Sandra Lovelace* et *Jeannette Corbière*, il concluait :

La Cour suprême n'a pu résoudre équitablement l'affaire Lovelace en raison de l'imposition de lois étrangères dont l'exemple le plus frappant est la Loi sur les Indiens. Tant que la loi (l'établissement des droits dans la Constitution) n'est pas acceptée par les peuples autochtones, il est impossible d'affirmer que la Constitution est juste, équitable voire légitime. [...] Si la Constitution, modifiée par l'adjonction d'une définition des droits des autochtones, devait être jugée acceptable qu'arriverait-il lors d'un différend entre le gouvernement et les chefs

52. K.A. MOORE, *La volonté de survivre. Les autochtones et la Constitution*, Val D'Or, Éditions Hyperborée (Coll. « Racines amérindiennes »), 1983, p. 41 à 43.

autochtones en matière d'interprétation et d'application ? Qui pourrait trancher le litige ? Peut-on s'attendre à ce que la Cour suprême du Canada rende des jugements impartiaux dans des différends où les intérêts du gouvernement sont en jeu — par exemple dans les affaires de droits territoriaux.⁵³

Bien sûr cette analyse date de 1983, avant l'arrêt *Guérin*, et avant les décisions *Sioui* et *Sparrow*. Une analyse plus récente, celle de Harry La Forme⁵⁴, va toutefois dans le même sens. Il rappelle d'abord une importante règle d'interprétation établie par le juge en chef Dickson de la Cour suprême :

Il me semble cependant, que les traités et les lois relatives aux Indiens, devraient être interprétés libéralement et que le doute quant au sens de certaines expressions devrait être résolu dans un sens favorable aux Indiens. Dans l'arrêt *Jones c. Meehan* 175 U.S. 1, il fut décidé que les traités avec les Indiens devaient être interprétés non pas selon la signification technique des mots qu'on y trouve, mais dans le sens qu'ils prendraient naturellement pour des Indiens.⁵⁵

Ensuite, l'auteur décrit ce qui selon lui se passe réellement : « C'est mon expérience que malgré le langage clair et sans ambiguïté de cette règle relative à l'interprétation des traités et des lois, les cours de première instance n'ont pas encore développé l'habitude de l'appliquer⁵⁶ ».

Un peu plus loin, La Forme précise sa pensée :

Selon moi, la politique écrite du gouvernement canadien en matière de revendications territoriales, tant pour les plaintes spécifiques que globales, est ouvertement déloyale. Aucun processus ne peut donner un résultat juste quand la partie contre qui la plainte est faite détermine elle-même unilatéralement et arbitrairement quand la politique doit être appliquée et est exclusivement responsable de l'interprétation du contenu de sa politique. [...] Dans de telles circonstances, il est légitime pour les Indiens de craindre qu'on ne leur rende pas justice en Cour ; de plus d'une part, le coût de la défense de leurs plaintes dans le système judiciaire est déjà prohibitif et d'autre part, une Première Nation peut être sûre que même si elle gagne en première instance, le gouvernement va en appeler jusqu'aux plus hauts paliers. Le texte des politiques canadiennes n'est pas nécessairement ce qui cloche le plus, ce qui est certainement inadéquat cependant, est qu'aucune partie ne devrait jamais être son propre avocat, son propre client et son propre juge, particulièrement quand la seule idée de régler les

53. *Id.*, p. 36-37.

54. H. La Forme est un avocat autochtone, membre de la *Indian Commission of Ontario*, dont le mandat est de fournir un forum pour la négociation des questions relatives à l'autodétermination des Indiens d'Ontario.

55. H. LA FORME, « How long will the business be outstanding ? (Native Land Claims in Canada) », conférence livrée le 18 avril 1990, à Auckland NZ, dans le cadre de la 9th Commonwealth Law Conference, document distribué lors de la conférence, 44 pages (notre traduction).

56. *Id.*, p. 18 (notre traduction).

plaintes provenant des Indiens semble être une proposition généralement répugnante pour cette même partie!⁵⁷

Point n'est besoin d'ajouter à cet échantillon d'opinions autochtones pour conclure à la nécessité d'un progrès significatif au plan du partenariat et de l'impartialité des règles qui servent à trancher les litiges entre les diverses couronnes et les autochtones.

4. De la nécessité d'implanter une institution biculturelle

Pour Harry La Forme, la « Commission indienne d'Ontario » (créée par des ordres en conseil conjoints des gouvernements fédéral et ontarien) dont la création, les différents mandats et les membres ont tous été approuvés par les chefs des différentes premières nations, constitue le seul havre d'espoir dans l'ensemble de la bataille juridique à finir concernant les revendications territoriales autochtones au Canada.

Cette commission conseille tantôt la Couronne, tantôt les parties qui cherchent à négocier un règlement. Cette commission, telle qu'il la décrit, dispose de certains pouvoirs du Tribunal Waitangi mais pas de celui de faire elle-même enquête ni d'arriver à des conclusions de fait quant à l'interprétation d'un traité. De plus, même si La Forme est lui-même un membre de l'une des premières nations, il ne précise pas dans son étude, quelles sont les règles de nomination des commissaires. On sait seulement que les premières nations ont été consultées à ce sujet et ont donné leur assentiment⁵⁸. On ne peut donc considérer la Commission indienne de l'Ontario comme une véritable institution biculturelle au sens du Tribunal Waitangi.

En plus des nombreuses raisons déjà énoncées en appui à la nécessité de créer une telle institution, il s'en trouve une autre qui relève directement de la notion de culture. Les sociétés libérales occidentales de tradition britannique ou française ne partagent pas les mêmes notions que les peuples autochtones concernant le rapport à la terre, à l'eau, à l'air et aux autres éléments de l'environnement naturel.

Tandis que nous adhérons à un système où les biens (incluant la terre) peuvent être la propriété pleine, entière et exclusive d'une personne, avec droit d'usage, de perception des fruits et de disposition, les peuples autochtones croient que la terre appartient toujours au Créateur :

Nous, les peuples aborigènes croyons que la terre n'appartient à aucun individu ou groupe, que la terre nous fut donnée collectivement par le Créateur pour que

57. *Id.*, p. 41-42 (notre traduction).

58. *Id.*, pages 2-5 pour plus de détails sur les mandats de la Commission.

l'on s'en serve et pas pour qu'on se l'approprie et que nous avons une obligation sacrée de protéger la terre et de l'utiliser sagement. Pour les Européens, l'idée qu'il est possible de posséder la terre et de l'exploiter à des fins de profits est une idée fondamentale dans leur système. Les systèmes politiques et légaux des Européens ont été développés pour refléter ce concept de la terre.⁵⁹

Cette différence conceptuelle et systémique fondamentale est à la base d'un profond malentendu interculturel. On peut voir la pointe de cet iceberg dans la phrase suivante : « While the treaties have not been totally in our favour, the law has never denied that the aboriginal tribes have legal rights to *possess* their tribal territories »⁶⁰. Le terme juridique « possession » dans notre système n'équivaut pas au titre réel et plein (au sens maximal) de propriété. Par contre, pour les autochtones, la possession est dans leur système de croyances et de règles, le titre le plus fort disponible.

Bien sûr, il est tentant d'assimiler leur conception du rapport juridique à la terre à la notion occidentale d'usufruit. Les membres du Comité judiciaire du Conseil privé ont succombé à cette tentation en 1888 et la Cour suprême du Canada participe toujours de la même conception. Cet emprunt est source d'injustices vu l'absence de prise en compte de facteurs historiques, sociaux et culturels et un certain aveuglement concernant notre propre impérialisme culturel et juridique. Notre système judiciaire a récupéré et interprété de façon unilatérale la conception que la société autochtone se faisait à l'interne de son rapport exclusif à la terre, et ce en diminuant dramatiquement leurs droits territoriaux. À ce sujet, J.-C. Smith, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Colombie-Britannique, rappelle fort pertinemment : « Il est nécessaire de distinguer entre les deux grands genres d'institutions de propriété : les institutions intersociétales, ces institutions qui existent entre des systèmes sociaux, et les institutions intrasociétales qui existent dans un système social »⁶¹.

L'impasse juridique et sociale dans laquelle nous nous trouvons quant à la question des droits territoriaux et politiques des autochtones ne pourra pas être solutionnée à moins qu'on ne réalise la nécessité d'établir un pont (une institution) entre ces deux systèmes par le moyen d'un concept intersociétal de propriété qui tienne mieux compte des concepts intrasociétaux occidentaux et autochtones concernant le rapport à la terre. Ce concept intersociétal ne pourra pas être élaboré sans une participation pleine et entière des peuples autochtones basée sur une

59. F. PLAIN, « A Treatise on the Rights of the Aboriginal peoples of the Continent of North America », dans M. BOLDT et J.A. LONG (dir.), *The Quest for Justice*, Toronto, U. of Toronto Press, 1985, chapitre I, p. 34 (notre traduction).

60. *Id.*, p. 35 (notre soulignement).

61. J.C. SMITH, *The Concept of Native Title*, (1974) *U. of T.L.J.* 4 (notre traduction).

parité de droits et une mutuelle recherche de la justice dans la bonne foi et le réalisme.

À l'instar de la Nouvelle-Zélande, et même si leur institution biculturelle reste à parfaire, il est temps que nous ayons le courage politique d'implanter un véritable lieu de résolution des conflits inter-sociétaux entre les gouvernements fédéral et provinciaux d'une part et les peuples autochtones d'autre part. L'expérience néo-zélandaise, le Tribunal Waitangi, devrait pouvoir servir de base surtout en regard de sa composition biculturelle, son approche pluraliste quant aux sources du droit, et son recours innovateur à des méthodes procédurales respectant les différences culturelles.