

L'autonomie gouvernementale autochtone, le droit et le politique, ou la difficulté d'établir des normes en la matière

Jean-François Tremblay

Volume 19, Number 2-3, 2000

Judiciarisation et pouvoir politique

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/040228ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/040228ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de science politique

ISSN

1203-9438 (print)

1703-8480 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Tremblay, J.-F. (2000). L'autonomie gouvernementale autochtone, le droit et le politique, ou la difficulté d'établir des normes en la matière. *Politique et Sociétés*, 19(2-3), 133–151. <https://doi.org/10.7202/040228ar>

Article abstract

This article addresses the close relationship between law and politics in the debate on Aboriginal self-government in Canada. Through a review of the literature and an examination of recent events, it proposes to assess the place of Canadian courts in the political sphere and the limitations on their involvement. This essay proceeds to offer a new interpretation of the traditional tension between law and politics, through a broader reflection on the different types and manifestations of power that lie at the centre of the debate. According to the author, the judicialization of the discourse on self-government can be placed within the broader concerns over the founding values and standards of society. In more concrete terms, this judicialization is symptomatic of the inherent complexity of managing self-government at the political level.

L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE AUTOCHTONE, LE DROIT ET LE POLITIQUE, OU LA DIFFICULTÉ D'ÉTABLIR DES NORMES EN LA MATIÈRE

Jean-François Tremblay
Université Laval

INTRODUCTION

Les sociétés autochtones d'aujourd'hui remettent de plus en plus en question leur sujétion aux prérogatives des États, en réclamant une forme d'autonomie gouvernementale¹. Sur le plan politique, cela s'est traduit par la signature de diverses ententes qui cherchent à concilier les visées des parties gouvernementales et autochtones. Au Canada, la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, l'entente des Nisga'as en Colombie-Britannique et la création du Territoire du Nunavut sont des jalons historiques qui marquent une tentative de redéfinition des liens politiques entre les autochtones et le reste de la société canadienne. Toutefois, malgré quelques règlements politiques, il faut reconnaître que le langage du droit l'emporte généralement sur celui du politique.

L'objectif de cet article est de rendre compte des rapports étroits entre le droit et le politique dans le domaine autochtone. Dans un premier temps, nous chercherons à montrer comment et pourquoi les questions autochtones prennent la voie des tribunaux, les difficultés et les limites de cet état de fait. Dans un deuxième temps, nous tenterons de démontrer, à l'aide d'une typologie des enjeux de pouvoir, que cette judiciarisation s'intègre plus largement à l'intérieur d'un débat sur des normes et des valeurs liées à la reconnaissance de droits

1. Jean-François Tremblay et P.-G. Forest, *Quelques aspects des politiques autochtones dans différents pays industrialisés*, Québec, Secrétariat aux affaires autochtones, Québec, Les Publications du Québec, 1993. Jean-François Tremblay, *Les politiques autochtones dans différents pays industrialisés*, Université Laval, École des gradués, Mémoire de maîtrise en science politique, 1992.

Jean-François Tremblay, département de science politique, Université Laval, Sainte-Foy (Québec), Canada, G1K 7P4.

courriel : jftremblay@pco-bcp.gc.ca

collectifs. Dans la dernière partie, nous traiterons de problèmes plus politiques qui accompagnent la négociation de l'autonomie gouvernementale. Nous verrons que le débat juridique actuel ne suffit pas à expliquer les difficultés rencontrées dans les négociations d'ententes d'autonomie gouvernementale. Pour ce faire, nous utiliserons les conclusions d'une étude que nous avons effectuée sur le processus de négociation d'une forme d'autonomie gouvernementale impliquant les Atikamekw et les Montagnais vivant au Québec.

Les rapports entre le droit et le politique sont un sujet vaste et difficile à cerner adéquatement à l'intérieur d'un article. Pour cette raison, nous avons pris le parti de demeurer à un niveau assez général. Nous sommes conscient que ce choix donne parfois au texte un style impressionniste et qu'il peut laisser sur sa faim le lecteur désireux d'approfondir chacun des éléments qui sont abordés. En revanche, il nous a semblé qu'il s'agissait là de la seule manière de mettre l'emphasis sur le fait que la reconnaissance des droits des autochtones force aujourd'hui les acteurs politiques à revoir les valeurs et les normes qui fondent les relations entre les autochtones et les non autochtones du pays dans le but de forger de nouveaux compromis politiques qui s'avèreraient satisfaisants pour tous.

LE DROIT ET L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE AUTOCHTONE

Les fondements légaux des relations de pouvoir entre les autochtones et les gouvernements font aujourd'hui l'objet d'une vaste littérature. De façon générale, les auteurs s'intéressent soit à l'évolution des droits que les pays reconnaissent aux autochtones (droit interne)², soit au rôle du droit international dans ce domaine³.

Sur le plan interne, les divers types de droits autochtones représentent autant de manières d'aborder la question. Au Canada, les

-
2. Renée Dupuis, *La Question indienne au Canada*, Montréal, Boréal express, 1991. AILTP (American Indian Lawyer Training Program), *Indian Tribes as Sovereign Governments*, Oakland, AILTP Press, 1988. Bradford Morse, *Aboriginal Self-Government in Australia and Canada*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, 1984.
 3. René Morin, «Les traités conclus avec les autochtones en droit interne canadien et la Convention de Vienne sur le droit des traités», *Revue québécoise de droit international*, 1990. Anne-Marie Wilson, «L'utilisation traditionnelle du territoire par les autochtones et les instruments de droit international» *Revue québécoise de droit international*, 1986, p. 231. Chantal Bernier, «La négociation de l'autonomie politique des Autochtones du Québec et le droit international», *Revue québécoise de droit international*, 1984, p. 359.

Résumé. Cet article traite des rapports étroits qu'entretiennent le droit et le politique dans le débat entourant l'autonomie gouvernementale autochtone au Canada. Il propose, à l'aide d'une revue des écrits et des événements récents, une discussion sur la place des tribunaux canadiens dans ce champ politique et sur les limites de leurs interventions. Le texte présente une relecture de l'opposition usuelle entre droit et politique, par le biais d'une réflexion plus générale sur les différents types et enjeux de pouvoir qui sont au cœur du débat. Selon l'auteur, la judiciarisation des débats sur l'autonomie gouvernementale s'intègre dans des discussions plus vastes sur les normes et les valeurs fondatrices de la société. Plus concrètement, cette judiciarisation serait symptomatique de la complexité d'une gestion de l'autonomie gouvernementale à un niveau plus politique.

Abstract. This article addresses the close relationship between law and politics in the debate on Aboriginal self-government in Canada. Through a review of the literature and an examination of recent events, it proposes to assess the place of Canadian courts in the political sphere and the limitations on their involvement. This essay proceeds to offer a new interpretation of the traditional tension between law and politics, through a broader reflection on the different types and manifestations of power that lie at the centre of the debate. According to the author, the judicialization of the discourse on self-government can be placed within the broader concerns over the founding values and standards of society. In more concrete terms, this judicialization is symptomatic of the inherent complexity of managing self-government at the political level.

auteurs accordent la priorité à l'étude des droits ancestraux⁴, des droits issus de traités anciens et modernes⁵, du titre aborigène, où des implications de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁶. Par l'examen de l'évolution de la doctrine et de la jurisprudence, ils essaient de tracer le cadre juridique à l'intérieur duquel s'inscrivent les revendications et les projets autonomistes⁷. Ils tentent également de cerner le rôle des différents ordres de gouvernement⁸.

-
4. Brian Slattery, « Understanding Aboriginal Rights », *Revue du Barreau Canadien*, n° 66, 1984.
 5. Norbert Rouland, *Les Inuit du Nouveau Québec et la Convention de la Baie James*, Québec, Université Laval, Association Inuksiitiit Katimajit et Centre d'Études Nordiques, 1978.
 6. Georges Emery, « Réflexion sur le sens et la portée au Québec des articles 25, 35 et 37 de la Loi constitutionnelle de 1982 », *Les cahiers de droit*, n° 25, 1984.
 7. René Morin, « Le droit des peuples autochtones au Canada et au Québec — ses exigences pour l'avocat et le juge du procès », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. XIX, n° 4, 1989, p. 29-35.
 8. Renée Dupuis et Kent McNeil, *L'obligation de fiduciaire du Canada envers les peuples autochtones dans le contexte de l'accession du Québec à la souveraineté: aspects internes* Ottawa, Commission royale sur les peuples autochtones, vol. 2,

D'autres travaux insistent plus directement sur les effets possibles de l'enchâssement du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale au sein de la Constitution canadienne. Pour les auteurs, il s'agit d'observer et d'analyser les répercussions que cela risquerait d'engendrer quant à la répartition des pouvoirs à l'intérieur de la confédération, en tentant, notamment, d'en esquisser les implications possibles et les applications concrètes. Ces travaux, qui visaient à répondre aux préoccupations soulevées par le comité Penner de 1983⁹ et par les négociations constitutionnelles des années 1980¹⁰, ont connu leur apogée au moment du référendum sur l'entente de Charlottetown et des activités de la *Commission royale sur les peuples autochtones*. Dans un document publié en 1993, la Commission accréditait la thèse avancée par plusieurs, selon laquelle le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale serait déjà reconnu implicitement dans l'entente constitutionnelle de 1982; thèse qu'elle reprit dans son rapport final de 1996¹¹. Cet imbroglio sur le statut constitutionnel d'un éventuel droit inhérent à l'autonomie gouvernementale fait aujourd'hui en sorte qu'il existe toujours deux politiques canadiennes, l'une traitant des revendications globales et territoriales et l'autre de l'autonomie gouvernementale. Dans la pratique, cette distinction ne tient pas véritablement. Les Nations autochtones cherchent plutôt à lier la négociation de leurs droits territoriaux à l'obtention d'une forme d'autonomie gouvernementale¹².

1995. Alan Pratt, «Federalism in the Era of Aboriginal Self-Government», in David C. Hawkes (dir.), *Aboriginal Peoples and Government Responsibility: Exploring Federal and Provincial Roles*, Ottawa, Carleton University Press, 1995, p. 19-58.

9. Comité spécial de la Chambre des communes sur l'autonomie des Indiens, *L'autonomie politique des Indiens du Canada. Rapport du Comité spécial*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, Rapport Penner, 1983. Keith Penner, «Their Own Place: The Case for a Distinct Order of Indian First Nation Government in Canada», In Anthony Long et Menno Boldt (dir.), *Governments in Conflict? Provinces and Indian Nations in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1988, p. 31-37.
10. David C. Hawkes, *Negotiating Aboriginal Self-Government: Developments Surrounding the 1985 First Ministers' Conference*, Kingston, Queen's University, Institute of Intergovernmental Relations, 1985. Roger Gibbins, «Canadian Indians and the Canadian Constitution: A Difficult Passage Toward an Uncertain Destination», in J. R. Ponting, (dir.), *Arduous Journey: Canadian Indians and Decolonization*, Toronto, McClelland and Stewart, 1991, p. 302-317.
11. Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 5 volumes, 1996. Commission royale sur les peuples autochtones, *Partenaires au sein de la Confédération: Les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution*, Ottawa, CRPA, 1993.
12. C'est pour cette raison que nous avons préféré ne pas insister sur les distinctions qui existent entre les politiques fédérales en matière de revendication globale et d'autonomie gouvernementale. Ces deux éléments sont trop intrinsèquement liés pour ne pas être abordés simultanément lors d'une négociation.

Sur le plan du droit international, les chercheurs s'intéressent surtout au concept du «droit des peuples à disposer d'eux-mêmes», aux activités du *Groupe de travail sur les populations autochtones* ainsi qu'au projet de *Déclaration universelle sur les droits des populations autochtones* des Nations-Unies¹³. Si ces développements récents au sein des Nations-Unies ne sont pas sans intérêt, les auteurs conviennent qu'ils demeurent limités par le cadre dont ils émergent.

Les États recherchent la caution du droit international à leur législation interne, et non la remise en cause de leur compétence exclusive sur leur territoire et leur population, les deux composantes de l'existence même de l'État¹⁴.

Tout avancement ou progrès sur le plan du droit international doit être entériné par les États. Par la suite, il demeure en partie soumis, dans son application, à la bonne volonté des pays. En ce sens, il offre surtout une assise de légitimation pour les revendications autonomistes des peuples autochtones. Pour le reste, il demeure subordonné à la logique politique du système international.

Ces nombreux travaux sur les droits autochtones témoignent du rôle essentiel que les tribunaux ont joué et jouent encore dans l'évolution des rapports entre les sociétés autochtones et l'État. Les décisions du Juge Marshall au XIX^e siècle, souvent utilisées par nos tribunaux, ont jeté les bases du concept américain de *Domestic Nation* et de l'interprétation large et libérale des traités. Pour les autochtones canadiens, les tribunaux représentent encore une arène de choix pour la défense de leurs intérêts. L'arrêt *Calder* de 1973 fut capital pour la reconnaissance des droits ancestraux¹⁵. Il força le gouvernement fédéral à se doter, dès lors, d'une politique en matière de revendications territoriales globales.

Cette politique connaîtra diverses modifications, notamment en 1981, 1986 et 1990. Pour l'essentiel, elle s'inscrivait dans la logique des anciens traités. Son objectif était la signature d'ententes, où en échange de l'extinction de leurs droits «reconnus ou présumés» sur de vastes terres, les autochtones obtiendraient une compensation financière ainsi que des mesures visant à améliorer leur situation (création de programmes particuliers, droits sur des territoires plus restreints).

La *Convention de la Baie James et du Nord québécois* de 1975 fut le premier traité signé sous l'égide de la politique canadienne des revendications globales. En signant la Convention, les Inuit et les Cris

13. Ghislain Otis et Bjarne Melkevik, *Peuples autochtones et normes internationales : analyse et textes relatifs au régime de protection identitaire des peuples autochtones*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1996.

14. Emmanuel Décaux, «Le droit international et les populations autochtones», *Études Inuit*, vol. 16, n^{os} 1 et 2, 1992, p. 297.

15. *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973], R.C.S. 313.

renoncèrent à leurs droits ancestraux ou aboriginaux sur les territoires en question, et obtinrent en échange un titre de propriété foncière sur des parcelles de terre.

Le Québec leur reconnaît aussi des droits de chasse, de pêche et de piégeage, exclusifs sur certaines terres qui demeurent publiques, et prioritaires sur l'ensemble du territoire conventionné. De plus, les signataires autochtones reçoivent, en guise de compensation pour l'extinction des droits territoriaux, 225 millions \$ des gouvernements fédéral et provincial¹⁶.

Les gouvernements canadiens visaient ainsi à mettre fin à l'incertitude juridique qui sévissait jusqu'alors sur ces terres. Pour le Québec, il s'agissait surtout d'affirmer sa souveraineté dans le Nord et de s'assurer ainsi le droit d'en exploiter les ressources.

Plusieurs autochtones se sont opposés à la signature d'ententes de ce type. Ils firent de la reconnaissance et de l'affirmation de leurs droits une condition *sine qua non* à la conclusion d'ententes globales. Sur ce plan, le débat entourant l'adoption de la Constitution de 1982 a contribué à l'évolution de la politique canadienne, en relançant les discussions autour de la reconnaissance des droits et non de leur extinction. Après qu'ils se sont vu refuser la participation aux négociations constitutionnelles, les représentants autochtones obtinrent que soient inscrites, dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, une reconnaissance et une confirmation formelles de leurs droits. L'article 35 de la Constitution confirme les droits existants des autochtones, c'est-à-dire leurs droits ancestraux ou issus de traités. De son côté, l'article 25 protège les droits reconnus et confirmés des autochtones des effets possibles de l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Constitution mit également en place, par le biais de l'article 37, «un mécanisme de conférences constitutionnelles pour discuter, avec les autochtones, des questions les intéressant, notamment la définition de leurs droits à inscrire dans la Constitution»¹⁷. Ces conférences n'aboutirent pas à un consensus entre les parties (les provinces, le gouvernement fédéral et les représentants autochtones). Les négociations achoppèrent sur la délicate question du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale revendiqué par les organisations autochtones et que d'aucuns pensent déjà inclus dans la Constitution.

Devant cette «incapacité» des responsables politiques à s'entendre sur la portée des droits constitutionnels, plusieurs autochtones

16. Secrétariat aux affaires autochtones, *Fiches synthèses sur la Convention de la Baie James et du Nord québécois et fiches d'information sur les Cris et les Inuit, signataires de la Convention*, Québec, Gouvernement du Québec, 1991, p. 30.

17. Renée Dupuis, *La Question indienne au Canada*, Montréal, Boréal express, 1991, p. 27.

recoururent aux tribunaux afin de trancher la question. Cette dynamique n'était pas nouvelle en soi, les années 1960 et 1970 y avaient déjà passablement contribué. Toutefois, elle prenait maintenant une toute autre ampleur. Selon René Morin, « Les articles 25 et 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 ne pourront que stimuler le débat puisque ces sources de droit autochtone ont reçu une protection constitutionnelle et que les tribunaux commencent à peine à en évaluer la portée »¹⁸.

Les tribunaux, en particulier la Cour suprême du Canada, ont donc été amenés à se prononcer sur les droits reconnus aux autochtones¹⁹. L'arrêt *Sparrow*²⁰ de 1990 traita de la procédure à suivre pour juger de l'existence d'un droit ancestral ou issu de traité. Dans ce jugement, la Cour suprême affirma qu'il appartenait aux requérants autochtones de prouver qu'ils détenaient un droit et, le cas échéant, que ce droit était brimé par le cadre législatif canadien. De son côté, la Couronne pouvait tenter de montrer que ce droit avait été éteint avant 1982 ou que l'atteinte invoquée par les requérants demeurait raisonnable ou justifiée.

Dans l'arrêt *Van der Peet*²¹ de 1996, la Cour suprême dut se prononcer sur la nature des droits ancestraux, qu'elle limita aux activités traditionnelles et coutumières pratiquées par les peuples autochtones au moment de la colonisation. Les droits ancestraux étaient ainsi liés à une certaine conception passéiste de l'*autochtonéité*. Les autochtones pourraient bénéficier de leurs droits en autant qu'ils se résignaient à demeurer ce qu'ils étaient par le passé, ou encore que leurs pratiques demeuraient fidèles à leurs traditions²². Dans le cas d'un droit ancestral de pêche commerciale, par exemple, ils devaient démontrer que cette pratique provenait du temps où ils étaient maîtres du Continent.

Plus récemment, la Cour suprême reprit, de manière plus ambiguë, cette notion d'*autochtonéité* dans l'arrêt *Delgamuukw*²³ où elle fut amenée à se prononcer sur la nature de ce que l'on appelle, en droit autochtone canadien, le titre aborigène. Au départ, la Cour s'attarda à définir le titre aborigène en démontrant qu'il n'était pas directement soumis au critère de l'arrêt *Van der Peet*.

18. René Morin, « Le droit des peuples autochtones au Canada et au Québec — ses exigences pour l'avocat et le juge du procès », *op. cit.*, p. 29.

19. La Cour fut amenée à plusieurs reprises à se prononcer sur les droits des autochtones au Canada. Les quelques exemples qui suivent n'ont pour but que de montrer le type de conclusions qu'il en ressort.

20. *R. c. Sparrow*, [1990] 1, R.C.S., 1075.

21. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2, R.C.S., 322.

22. Paul Dionne, « Les droits ancestraux, de *Sparrow* à *Côté* en passant par *Van der Peet* : une question de priorité à géométrie variable », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. XXVII, n° 1, 1997, p. 102-103.

23. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3, R.C.S. 1010.

Le juge Lamer [alors juge en chef de la Cour suprême] voit le titre aborigène comme un droit qui se situe à l'extrémité la plus dense d'un spectre de droits ancestraux. Contrairement aux autres droits ancestraux, le titre aborigène suppose une relation privilégiée avec le territoire: il s'agit d'un droit foncier collectif. Le titre aborigène est le droit au territoire lui-même et n'est pas limité par l'exercice des activités traditionnelles²⁴.

De prime abord, le titre aborigène, ainsi défini, pouvait facilement être associé au territoire dont les futurs gouvernements autochtones auraient besoin pour se développer. Chaque Nation autochtone serait propriétaire, collectivement, des terres incluses à l'intérieur de son titre. Elle pourrait les exploiter en dehors du cadre contraignant de la pratique traditionnelle. Toutefois, la Cour s'empessa d'ajouter certains *bémols* à cette nouvelle *gamme* de possibilités. Dans le même arrêt *Delgamuukw*, la Cour statua que certaines limites pouvaient freiner l'usage qu'elle voudrait bien en faire. Encore une fois, une de ces limites s'appuyait sur la conception culturaliste des tribunaux envers les sociétés autochtones.

[N]e craignant pas d'exhiber un certain paternalisme, il [le juge Lamer dans l'arrêt *Delgamuukw*] s'arroge la prérogative d'imputer à tous les peuples autochtones une vision traditionnelle « non économique », voire sacralisante, de la terre sans jamais s'intéresser à l'attitude et aux valeurs effectives des groupes visés²⁵.

Même dans ce cas où elle s'est montrée pourtant plus ouverte, la Cour persista à lier la question des droits des autochtones à une conception particulière de l'usage qu'ils devraient ou pourraient en faire. Ainsi, la reconnaissance de la tradition distincte des autochtones, qui nous fait parler de leurs droits singuliers, vient ensuite en limiter la pratique et l'usage. Le droit issu de la tradition tend alors à se transformer en un droit à la tradition, voire en une obligation de lui être fidèle.

24. Hugues Melançon, « Le titre aborigène en Cour suprême : la création d'un régime juridique dissuasif », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. XXVIII, n° 1, 1998, p. 123.

25. Ghislain Otis, « Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones », *Les Cahiers de Droit*, vol. 40, n° 3, 1999, p. 608.

LES LIMITES DE LA JUDICIARISATION

Cette judiciarisation du débat entourant le statut des peuples autochtones au Canada soulève pour l'instant plus de questions qu'elle n'offre de réponses.

Malgré leur inscription dans la Constitution du Canada de 1982, les droits territoriaux des peuples autochtones sont demeurés très mal définis. La notion de « droits ancestraux » tire son origine de vieilles décisions des tribunaux, mais sa signification précise a toujours porté à controverse²⁶.

Sur quelle étendue territoriale une Nation autochtone peut-elle prétendre avoir des droits et quelle est la nature de ces derniers ? Quels sont les pouvoirs que les gouvernements autochtones pourraient obtenir ? Quelles lois canadiennes continueraient de s'appliquer ? Les gouvernements autochtones seraient-ils tenus de respecter la *Charte canadienne des droits et libertés* ? Voilà des questions auxquelles les juristes et les tribunaux n'ont toujours pas de réponses. En fait, ces questions ne peuvent être résolues en dehors de la négociation politique entre les gouvernements canadiens et les organisations représentant les peuples autochtones. C'est une réalité que la Cour suprême semble d'ailleurs avoir bien comprise. « Le message qui ressort de *Delgamuukw* est néanmoins qu'il demeure préférable d'en arriver à des règlements négociés »²⁷.

De plus, les sociétés autochtones sont diverses et mouvantes. Issus du même cadre juridique, les projets autonomistes n'en seront pas moins différents. Pour reprendre les conclusions de David Boisvert dans son étude intitulée *Forms of Aboriginal Self-Government*, « Les revendications des Autochtones à l'autodétermination sont assez diversifiées et elles reposent fondamentalement sur les conditions politiques et démographiques qui prévalent dans chaque région²⁸. »

Le droit a donc ses limites. L'analyse des lois et de la jurisprudence permet de mieux situer le cadre actuel des relations de pouvoir entre les autochtones et les gouvernements. Elle permet la connaissance des règles du jeu, de leur origine jusqu'à leur dernier développement. Mais, comme pour un jeu d'échec, les règles en disent très

26. Sébastien Grammond, « Les droits territoriaux des peuples autochtones et l'arrêt *Delgamuukw* de la Cour suprême », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. XXIX, n° 1, 1999, p. 105.

27. *Ibid.*, p. 106.

28. David A. Boisvert, *Forms of Aboriginal Self-Government*, Kingston, Queen's University, Institute of Intergovernmental Relations, 1985, p. 79. Notre traduction.

peu sur la partie elle-même, sur les stratégies possibles, sur la volonté et le comportement des joueurs. Dans le cas de l'autonomie gouvernementale, le débat juridique ne favorise pas une réflexion sur sa pratique et sur la dynamique originale qu'elle impose à « l'échiquier » politique canadien.

Dans la réalisation de l'autodétermination, les questions d'administration et de mise en œuvre sont tout aussi importantes que les questions d'ordre constitutionnel et juridique, même si elles ne sont pas plus importantes que celles-ci [...].

Les victoires remportées dans la haute politique des négociations constitutionnelles et dans les disputes juridiques sont très importantes, mais sans progrès sur le plan des politiques et des programmes dans ces domaines, les victoires constitutionnelles seront vaines. L'autodétermination est autant une pratique qu'une condition. Dans tout régime constitutionnel, il faut se doter de systèmes administratifs et d'un effectif qui a la formation voulue, ainsi qu'établir des procédures grâce auxquelles les organismes peuvent collaborer avec les communautés qu'ils servent, et le tout doit cadrer avec l'objectif qu'est l'autodétermination des Autochtones²⁹.

LES ENJEUX DE POUVOIR ET LE DROIT

La forte présence du judiciaire dans le dossier autochtone ne s'explique pas simplement par une recrudescence du pouvoir des tribunaux dans le système politique canadien. Elle est attribuable en partie aux circonstances exceptionnelles qui découlent de l'adoption de la Constitution de 1982. Il existe aujourd'hui un vide juridique, mais surtout normatif, que les tribunaux cherchent à combler. Pour s'en convaincre, nous porterons maintenant la discussion sur les types de pouvoir que soulèvent les rapports entre les autochtones et les gouvernements.

Dans un livre intitulé *La structuration du pouvoir dans les systèmes politiques*³⁰, Vincent Lemieux distingue quatre types ou enjeux de pouvoir : indicatif, allocatif, prescriptif et constitutif. Selon nous, ces types de pouvoir permettent de mieux comprendre la place que le droit occupe dans le débat entourant le statut politique des autoch-

29. Frances Abele et Katherine Graham, « High Politics is Not Enough : Policies and Programs for Aboriginal Peoples in Alberta and Ontario », in David C. Hawkes (dir.), *op. cit.*, p. 142-143. Notre traduction.

30. Vincent Lemieux, *La structuration du pouvoir dans les systèmes politiques*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1989.

tones. Si l'on considère ces quatre types de pouvoir dans un ordre croissant, on peut dire que le premier est un pouvoir diffus et imprégnant, qui circule surtout horizontalement, alors que le dernier est un pouvoir plus englobant et encadrant, qui circule plutôt verticalement. Le pouvoir indicatif, que Lemieux associe aussi au terme d'influence, « consiste en des flux d'information provenant d'un destinataire, où le destinataire capte des contrôles qui s'exercent sur ses décisions réflexives, de lui-même à lui-même »³¹. De son côté, le pouvoir allocatif « consiste dans le contrôle des décisions qui ont pour enjeu des ressources matérielles, informationnelles ou humaines »³². Il s'agit essentiellement d'un pouvoir administratif. Les discussions et les échanges portent sur l'allocation des ressources nécessaires à l'application et au suivi d'une politique. Quant au pouvoir prescriptif, l'auteur l'associe au « contrôle des décisions qui ont pour enjeu les contrôles ou plus précisément les commandes au moyen desquelles s'exerce le pouvoir allocatif »³³. À l'inverse du pouvoir allocatif, le pouvoir prescriptif concerne donc des enjeux qualitatifs. Le pouvoir prescriptif peut être associé à l'orientation et aux choix des politiques, aux règles et aux lois adoptées. Finalement, le pouvoir constitutif représente « le contrôle des décisions qui ont pour enjeu la finalisation et l'organisation d'un acteur dans le poste qu'il occupe »³⁴. Plus largement, le pouvoir constitutif réfère aux normes et aux valeurs générales sur lesquelles repose la société politique (la constitution par exemple) et les décisions prises au sein des types inférieurs de pouvoir (prescriptif, allocatif et indicatif) se doivent de les respecter.

En matière autochtone, on peut avancer que la Constitution canadienne de 1982 a jeté les bases d'une nouvelle donne juridique. Dans l'état actuel des choses, les droits autochtones sont un enjeu constitutif. Il s'agit de normes et de valeurs en partie reconnus par la Constitution mais dont l'étendue et les implications sur les autres types de pouvoir (prescriptif, allocatif et indicatif) demeurent encore partiellement nébuleuses. On peut dire que le système canadien est tiraillé, si l'on permet l'analogie, entre deux *régimes* autochtones ; l'ancien issu de la Constitution de 1867 et le nouveau qui émerge de 1982. Sur le plan constitutif, l'ancien régime s'appuyait sur le rôle particulier du gouvernement fédéral envers les autochtones. Ces derniers avaient un statut d'enfant mineur, ne bénéficiaient pas d'une véritable reconnaissance de droits collectifs et leurs droits individuels étaient annihilés par des mesures ségrégationnistes. La *Loi sur les Indiens* de 1876, de même que le rôle qui fut attribué au ministère des

31. *Ibid.*, p. 53.

32. *Ibid.*, p. 57.

33. *Ibid.*, p. 61.

34. *Ibid.*, p. 65.

Affaires indiennes et du Nord canadien, découlaient directement de cette situation. Ils constituaient la transposition logique des pouvoirs constitutifs du fédéral en pouvoirs de types prescriptif et allocatif.

Le nouveau régime, dont la Constitution de 1982 participe, consacra, au niveau constitutif, l'émergence d'une nouvelle conception des choses. Les prémisses dataient des années 1970, soit au moment de la contestation du *Livre blanc* du gouvernement fédéral de 1969 qui visait l'abolition de la *Loi sur les Indiens*. On passa alors graduellement d'un régime où les autochtones étaient considérés comme des sujets, sinon des objets de politiques, à un régime où ils commençaient à être reconnus en tant qu'individus membres de collectivités ayant des droits, entre autres politiques, à l'intérieur du pays. Le débat sur la reconnaissance du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, de même que plus tard le projet d'accord de Charlottetown, contribuèrent au développement de cette nouvelle voie normative canadienne.

On est en droit de s'attendre à ce que des amendements constitutifs entraînent des changements prescriptifs et allocatifs, que les nouvelles normes adoptées affectent l'orientation des politiques et la distribution des ressources. Or, c'est précisément sur ces points que le bât blesse. Si la Constitution semble avoir pavé la voie à des changements sur le plan constitutif, le Canada est toujours aux prises avec la tâche difficile de définir l'implication de ces changements au niveau des autres types de pouvoir. Sans compter que cette nouvelle politique normative fait elle-même l'objet de contentieux sur le plan de sa définition.

On se retrouve à présent dans une situation ambivalente où les dispositions du nouveau régime coexistent, voire se mêlent avec celles de l'ancien, une situation où les amendements constitutifs se heurtent de plein fouet à la survivance des arrangements prescriptifs, allocatifs et indicatifs de l'ancien régime. Si la *Loi sur les Indiens* peut sembler anachronique, son remplacement par des mesures plus justes et équitables est encore un défi difficile à relever pour les acteurs concernés, c'est-à-dire les gouvernements et les peuples autochtones.

Dans ce contexte litigieux sur la nature et la portée des droits des autochtones du pays, on comprendra que la négociation politique éprouve quelques difficultés à se développer. Pour la même raison, on comprendra également pourquoi les tribunaux demeurent souvent sollicités. La reconnaissance constitutionnelle des droits des autochtones est récente. Comme pour la *Charte canadienne des droits et libertés*, elle exige le développement d'une nouvelle jurisprudence. De plus, la complexité même des droits autochtones les rend plus sujets à controverse³⁵.

35. André Bourcier, *Aspects linguistiques de la preuve par tradition orale en droit autochtone*, manuscrit, 1999.

Les tribunaux sont donc aujourd'hui confrontés à un genre de preuve à laquelle ils ne sont pas habitués et qui peut être génératrice de droits constitutionnels, comme l'utilisation de recherches historiques, anthropologiques ou autres, qui sont des disciplines où ils n'ont pas de formation préalable³⁶.

Plus largement, cette intervention accrue du judiciaire s'inscrit à l'intérieur du débat normatif entourant la protection et la défense des peuples autochtones et des minorités en général, débat qui déborde amplement les frontières du pays et du droit. À ce niveau, on a pu constater que la question autochtone jouit d'une grande attention sur la scène internationale. En philosophie, elle s'intègre aux discussions sur les « droits collectifs »³⁷ auxquelles les critiques du libéralisme et les communautariens ont beaucoup contribué³⁸.

Plusieurs intellectuels (autochtones et non autochtones) ont traduit en ces mots les complications inhérentes aux relations entre les autochtones et les gouvernements³⁹. Ces auteurs s'accordent pour mettre l'accent sur les valeurs fondatrices qui opposeraient le mode de vie des communautés autochtones à celui des sociétés occidentales : le consensus contre la loi de la majorité, le spiritualisme et la loi naturelle contre le matérialisme, la cosmologie contre les droits individuels, etc.

Certains considèrent même que ces traditions philosophiques distinctes sont au cœur de la problématique des négociations sur l'autonomie gouvernementale.

36. René Morin, « Le droit des peuples autochtones au Canada et au Québec — ses exigences pour l'avocat et le juge du procès », *op. cit.*, p. 32.

37. James Tully, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

38. Will Kymlicka, *Liberalism, Community and Culture*, Toronto, Oxford University Press, 1989. Patrick Neal et Davis Paris, « Liberalism and the Communitarian Critique: A Guide for the Perplexed », *Revue canadienne de science politique*, vol. XXIII, n° 3, 1990, p. 419-439. François Houle, « Philosophie politique et minorités nationales : les analyses de Charles Taylor et de Will Kymlicka sur le Canada », *Carrefour*, vol. 18, n° 1, 1998, p. 138-175. Jean-François Tremblay, « Pensée libérale et problèmes autochtones : deux essais de conciliation », dans François Blais, Guy Laforest et Diane Lamoureux (sous la dir.), *Libéralisme et Nationalisme : philosophie et politique*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1995, p. 165-183.

39. Murray Sinclair, « Aboriginal Peoples and Euro-Canadians : Two World Views », in John H. Hylton (dir.), *Aboriginal Self-Government In Canada : Current Trends and Issues*, Saskatoon, Purich's Publishing, 1994, p. 19-33. Oren Lyons, « Spirituality, Equality, and Natural Law », in Leroy Little Bear, Menno Boldt et J. Anthony Long (dir.), *Pathways to Self-Determination : Canadian Indians and the Canadian State*, Toronto, University of Toronto Press, 1984, p. 5-13.

Pour bon nombre de spécialistes des études autochtones, ces traditions sont à toutes fins pratiques incommensurables et constituent l'explication fondamentale des difficultés qu'ont rencontrées les négociations sur l'autonomie gouvernementale nées de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁴⁰.

Il serait trop facile de prétendre que l'incertitude juridique qui caractérise le droit autochtone est l'irritant majeur à la conclusion d'accords entre les gouvernements et les Premières nations. Nous assistons plutôt à un vaste débat politique dont les enjeux touchent aux quatre types de pouvoir — constitutif, prescriptif, allocatif et informatif — identifiés par V. Lemieux. Cependant, l'échec des négociations constitutionnelles des années 1980 de même que celui de l'accord de Charlottetown de 1992 ont installé les tribunaux au rang d'interlocuteur privilégié dans la définition des normes et des valeurs. En ce sens, ce qui nuit véritablement aujourd'hui à la négociation d'ententes, c'est le fait que les acteurs politiques (tant autochtones que non autochtones), encore plus que les tribunaux, n'arrivent pas à trouver de compromis sur les enjeux normatifs entourant l'autonomie gouvernementale.

AU-DELÀ DES ENJEUX CONSTITUTIFS

Le litige sur les normes canadiennes en matière autochtone ne doit pas nous faire oublier les problèmes plus *pragmatiques* que pose également l'autonomie gouvernementale⁴¹. À titre d'exemple, les avancées sur le plan juridique et normatif ne peuvent résoudre entièrement la question cruciale du territoire et de son étendue. À un autre niveau, les éclaircissements juridiques ne peuvent à eux seuls régler le problème de la légitimité des organisations chargées de la négociation. Doit-on ou ne doit-on pas privilégier une négociation nationale ou locale ? Quel genre d'autonomie gouvernementale veut-on obtenir ?

Dans une étude de cas que nous avons réalisée⁴², nous nous sommes intéressés aux difficultés politiques que posait la négociation même d'une forme d'autonomie gouvernementale : soit celle concer-

40. Dimitrios Karmis, « Cultures autochtones et libéralisme au Canada : les vertus médiatrices du communautarisme libéral de Charles Taylor », *Revue canadienne de science politique*, vol. XXVI, n° 1, 1993, p. 69.

41. L'étude de Thierry Rodon sur les problèmes pratiques liés à l'application d'ententes de cogestion entre autochtones et gouvernements nous semble aussi exemplaire à ce niveau. Thierry Rodon, *Coexistence ou domination ? : l'expérience de cogestion des autochtones du Canada*, Québec, Université Laval, Thèse (Ph.D.), 1998.

42. Jean-François Tremblay, *Analyse structurale des relations de pouvoir entre acteurs : le cas des Atikamekw, des Montagnais et des gouvernements*, Québec, Thèse présentée à la Faculté des études supérieures pour l'obtention du grade de Philosophiae Doctor (Ph.D.), Université Laval, 1999.

nant les Nations atikamekw et montagnaise entre 1975 et 1995⁴³. L'objectif était de décrire, d'analyser et d'expliquer les changements survenus dans les relations de pouvoir entre les acteurs autochtones et gouvernementaux durant cette période. La recherche ne portait pas sur l'étude d'un traité ou d'une entente globale d'autonomie gouvernementale, comme c'est généralement le cas; les négociations entre les parties n'ayant pas abouti à un tel résultat⁴⁴.

Dans la recherche, nous avons porté une attention toute particulière au rôle joué par le *Conseil des Atikamekw et des Montagnais* (CAM), dont le mandat était précisément de négocier une entente territoriale et politique avec les gouvernements canadien et québécois. Il s'agissait d'observer la position de pouvoir de cet organisme entre 1975 et 1995 et de juger de la nature des relations qu'il a su entretenir avec, d'un côté, les 12 communautés qu'il représentait (3 atikamekw et 9 montagnaises) et, de l'autre, les gouvernements avec qui il négociait (Québec et Ottawa). En dernier lieu, la recherche présente des facteurs explicatifs des problèmes qui ont mené, en 1995, à la dissolution du CAM et à son remplacement par des organismes sous-régionaux⁴⁵.

Nous avons ainsi pu relever certains facteurs permettant d'expliquer les problèmes rencontrés par le CAM au fil des ans et dont quelques-uns, selon nous, peuvent être généralisés à d'autres situations. Au moins trois éléments semblent rendre particulièrement complexe la négociation d'une autonomie gouvernementale autochtone. Premièrement, il faut tenir compte des intérêts singuliers des communautés. Les Nations autochtones ne forment pas un tout homogène. On peut souvent diviser les communautés en fonction de plusieurs caractéristiques. Certaines sont plus populeuses et vivent à proximité de centres urbains importants. D'autres occupent un territoire isolé et semblent être restées plus proches de leurs activités

43. Nous préférons ici le terme Montagnais à celui d'Innu, bien que ce dernier soit de plus en plus employé. La raison en est qu'au cours de la période retenue, le dénominateur Montagnais était le plus utilisé.

44. Pour une description du cas à l'étude, voir aussi : Renée Dupuis, « Historique de la négociation sur les revendications territoriales du Conseil des Atikamekw et des Montagnais (1978-1992) », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. XXIII, n° 1, 1993, p. 35-48. Renée Dupuis, *Les revendications territoriales du Conseil des Atikamekw et des Montagnais*, Québec, École nationale d'administration publique, Mémoire de maîtrise, juin 1985. Karine Gentelet, *La revendication territoriale du Conseil des Atikamekw et des Montagnais : un projet de société*, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, Mémoire de maîtrise en anthropologie, 1993. Lise Gill, *Quatre obstacles majeurs au règlement de la négociation territoriale des Atikamekw et des Montagnais*, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, mémoire de maîtrise en science politique, 1994.

45. Soit les Conseils tribaux Mamit Innuat et Mamuitun chez les Montagnais et le Conseil de la Nation atikamekw chez les Atikamekw.

traditionnelles. Le territoire de chacune des communautés n'est pas non plus identique. Dans certains cas, il a fait l'objet d'importants projets de développement (centrales hydroélectriques, coupe de bois, etc.), dans d'autres il semble presque intact. Les communautés se distinguent également sur le plan économique et organisationnel. Cette diversité rend difficile le développement d'une vision commune de l'autonomie gouvernementale. La conception même des enjeux qui doivent faire l'objet de la négociation peut changer selon les caractéristiques des communautés concernées.

Deuxièmement, il faut considérer la relative nouveauté des regroupements nationaux ou régionaux. Les communautés qui les composent sont souvent unies par des liens culturels, historiques ou linguistiques. En revanche, le développement d'institutions communes pour la prise de décision est, dans la plupart des cas, un phénomène récent⁴⁶. Il est donc normal que leur création et leur existence fassent l'objet de discussions et de négociations parfois ardues. La mise en place d'un organisme autochtone régional ou national, dans le contexte d'une négociation sur l'autonomie gouvernementale, s'accompagne d'un débat identitaire sur la nature de l'ensemble et sur la place des parties (sous-régions, communautés, et individus).

Troisièmement, on doit aussi considérer les choix stratégiques adoptés par les acteurs, en particulier les gouvernements. Dans le cas que nous avons étudié, les gouvernements ont poursuivi le développement économique des terres revendiquées par les autochtones, et cela malgré l'opposition répétée du CAM. Cette situation a encouragé la négociation d'ententes parallèles et sectorielles entre les responsables des projets de développement et certaines communautés. La politique fédérale de dévolution ou de prise en charge des programmes et des services eut sensiblement le même effet. Elle permit à plusieurs communautés de développer des liens directs avec les gouvernements et d'obtenir des pouvoirs et des ressources en dehors du cadre de la négociation globale⁴⁷. L'utilité et la pertinence d'un regroupement

46. Martin Papillon, *La reconnaissance des Cris de la Baie James sur la scène politique québécoise : stratégie de représentation des acteurs sociaux et ouvertures des opportunités politiques*, Ottawa, Présentation au colloque Théories et pratiques de la science politique, Quatrième colloque des jeunes politologues, Université d'Ottawa, 21 mars 1998.

47. Les ententes bi-partites entre le gouvernement fédéral et des communautés autochtones ne sont pas nées avec la création du CAM. Toutefois, elles se sont littéralement multipliées au cours des années d'existence du CAM, comme l'atteste, entre autres, la création des trois conseils tribaux, le Conseil de la Nation atikamekw, Mamit Innuat, et le Conseil tribal Mamuitun, qui visaient au départ à répondre au défi de la prise en charge. Sur l'importance accrue de la prise en charge chez les Atikamekw et les Montagnais au cours des années 1980, voir l'excellent article de Paul Charest « La prise en charge donne-t-elle du pouvoir ? L'exemple des Atikamekw et des Montagnais », *Anthropologie et Société*, vol. 16, n° 3, 1992, p. 55-76.

régional, comme moyen de défense de l'ensemble des intérêts des communautés, peut alors être remise en cause.

Ainsi, l'autonomie gouvernementale implique d'abord des enjeux politiques. La diversité des situations et des contextes rend impossible le développement de solutions uniformes comme tend à le proposer une avenue strictement juridique. Ce qui pourrait être jugé satisfaisant par une Nation ou une communauté autochtone, pourrait ne pas l'être pour d'autres. Du côté des gouvernements, il est clair que le caractère des terres revendiquées influence la nature des compromis envisageables. Ainsi, il est plus facile d'accorder à un groupe autochtone vivant en région éloignée un titre de propriété foncière sur une vaste étendue. La chose est beaucoup plus difficile pour le cas des autochtones vivant à proximité de régions urbanisées. Les valeurs qui présideront à la constitution des gouvernements autonomes doivent aussi faire l'objet d'un arbitrage politique. Il n'appartient pas aux tribunaux de décider si la *Charte canadienne des droits et libertés* doit s'appliquer aux gouvernements autochtones. De la même manière, on ne peut laisser aux tribunaux le mandat de définir l'autochtonéité et le type de gouvernement qui s'y rattacherait. Le juridique peut encadrer la négociation de l'autonomie gouvernementale, mais il ne peut s'y substituer. Les compromis qu'exige l'auto-nomie gouvernementale, sont d'abord et avant tout de nature politique.

CONCLUSION

La signature d'une entente d'autonomie gouvernementale soulève des enjeux qui dépassent le cadre usuel des négociations politiques. Si l'on se place du point de vue des autochtones, ce ne sont pas uniquement des changements ou des aménagements constitutionnels qui sont demandés ou encore une simple décentralisation sectorielle ou administrative. En fait, tout reste à définir et à négocier : le territoire, la citoyenneté, la légitimité du pouvoir, son organisation et son étendue, etc.

À l'interne, c'est-à-dire au sein des Nations autochtones, cela exige, nous l'avons vu, des discussions et des débats menant au développement d'un consensus durable. À l'externe, cela nécessite l'aval des gouvernements canadiens, car sans eux, rien ne peut être conclu. Défi encore plus difficile à relever, si l'on considère que ces gouvernements sont précisément ceux que les autochtones soupçonnent ou accusent de nier leurs droits.

Devant l'ampleur des compromis politiques et le contentieux qui entoure l'autonomie gouvernementale, il n'est pas surprenant que certains préfèrent, pour l'instant, l'éluder partiellement. Dans le document *Partenariat, développement, actions* de 1998, le

gouvernement du Québec expose ses orientations en matière autochtone et affirme sa volonté de discuter de l'autonomie gouvernementale sans traiter de sa reconnaissance constitutionnelle.

En abordant la question de l'autonomie gouvernementale, le gouvernement du Québec ne peut faire abstraction de la position des autochtones sur ce sujet [c'est-à-dire leur revendication au droit inhérent à l'autonomie gouvernementale].

Par ailleurs, *au-delà de ce débat*, il faut trouver des avenues acceptables pour les autochtones et pour le gouvernement du Québec afin d'augmenter les responsabilités des communautés autochtones. Cette recherche de solutions tient compte des balises que le Québec considère comme fondamentales : intégrité territoriale, souveraineté de l'Assemblée nationale, effectivité législative et réglementaire. Les aspirations autochtones qui, à bien des égards, sont du même ordre que les balises gouvernementales, doivent être considérées⁴⁸.

Cette façon de procéder illustre le malaise politique qui existe lorsque vient le temps d'aborder les enjeux constitutifs entourant le statut des peuples autochtones. La politique canadienne de prise en charge ou de dévolution, que nous avons brièvement évoquée, participe de cette même logique. Elle offre une tribune plus ouverte aux compromis souhaités par les gouvernements. Sur le plan constitutif, la prise en charge n'implique aucun changement dans les relations de pouvoir entre les gouvernements et les autorités autochtones. Elle touche surtout des enjeux allocatifs (ressources matérielles et humaines). Au mieux, elle affecte les relations de pouvoir de nature prescriptive en accordant aux autorités autochtones une marge de manœuvre dans l'élaboration de politiques distinctes. Toutefois, cette autonomie reste limitée par les compétences qui sont reconnues aux gouvernements canadiens dans le cadre de leurs lois mais aussi par le fait qu'ils conservent le droit et le pouvoir de remettre en question les mesures consenties. Si elle peut sembler plus pragmatique, cette façon de résoudre la question de l'autonomie gouvernementale repose néanmoins sur des bases fragiles. Ces compromis suggérés ne sont pas à l'abri d'éventuels jugements des tribunaux qui modifieraient la nature et la portée des droits des autochtones ; sans compter que leur caractère, souvent administratif, les rend peu séduisants pour les autochtones.

Sur plusieurs points, l'insertion des droits autochtones à l'intérieur de la Constitution canadienne est un événement particulier aux

48. Gouvernement du Québec, *Partenariat, développement, actions*, Québec, Secrétariat aux affaires autochtones, 1998, p. 13. Les italiques sont de nous.

conséquences complexes, qui dépassent celles découlant de l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Avant 1982, il existait déjà au Canada une tradition de respect des droits et libertés individuels. Les droits et libertés de la personne étaient déjà inscrits dans les normes et les valeurs du pays. Ils faisaient partie du paysage politique canadien et leur respect faisait l'objet d'un certain consensus dans la société. La Constitution de 1982 a rendu plus formelle cette reconnaissance des droits et libertés. Les problèmes que pose aujourd'hui la Charte sont beaucoup plus liés à son application et au vide juridique que son adoption a engendré. Dans le cas des droits des autochtones, le problème est différent. Même si l'origine de ces droits remonte, dans certains cas, au début de la colonisation, ils demeurent tout de même un phénomène récent. Le débat sur les droits des autochtones, sur leur définition, sur la nécessité de les protéger et de les promouvoir, est récent et, pour beaucoup, reste encore à faire. La Constitution de 1982 n'est donc pas venue entériner des pratiques existantes dans le domaine puisque les droits des autochtones ne faisaient pas l'objet d'un consensus politique ou social. La Constitution de 1982 a plutôt bousculé les mœurs du pays et force aujourd'hui les acteurs politiques et la société civile à revoir leurs valeurs. Elle a initié des changements auxquels le politique, voire la société canadienne, n'étaient pas préparés, d'où la propension des gouvernements, et, dans certains cas, des leaders autochtones, à ne trop pas s'avancer sur le sens et la portée qu'il faut donner aux droits constitutionnels des autochtones.

Cette situation crée une impasse qui explique en partie la préférence, souvent affichée par les leaders autochtones, de s'en remettre aux jugements des tribunaux. Mais les tribunaux doivent servir à interpréter les lois et la Constitution, et non à en déterminer le contenu, comme ils sont actuellement amenés à le faire dans le domaine souvent flou du droit autochtone. De plus, les décisions des tribunaux, de même que l'ensemble des éléments de preuve et des arguments soulevés par les parties à la Cour, ne sont véritablement suivis que par un public d'initiés. Cette situation ne favorise donc pas vraiment la tenue d'un débat auquel participerait la population du pays sur les valeurs et les normes entourant les droits des autochtones. De leur côté, les communautés autochtones, chez lesquelles les droits constitutionnels et particulièrement l'autonomie gouvernementale suscitent des attentes, se retrouvent également évincées des lieux d'échanges où s'élaborent les compromis. Il reste donc à la société canadienne à trouver une voie mitoyenne qui se situerait quelque part entre la judiciarisation des droits des autochtones et une discussion politique sur les défis normatifs qu'ils soulèvent.