



Photo: Gougala Institute © 2009

Six définitions de l'autonomie gouvernementale autochtone et le modèle unique en son genre des Haïdas

Par Tony Penikett

ÉTUDE PRÉPARÉE POUR LA CONFÉRENCE DU NORD
D'ACTION CANADA,
SEPTEMBRE 2012

ACTION  CANADA

DÉVELOPER LE LEADERSHIP POUR L'AVENIR DU Canada

AVERTISSEMENT : *Les points de vue, opinions, positions et stratégies exposés dans le présent document sont ceux de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement ceux d'Action Canada, de la Fondation Action Canada ou du gouvernement du Canada. Ces derniers ne garantissent en rien l'exactitude, l'exhaustivité, la non violation de droits, la fiabilité ou l'actualité des informations contenues dans le présent document et ne pourront être tenus responsable en cas d'erreurs ou d'omissions dans cette information, ni de pertes, blessures ou autres dommages résultant de son affichage, sa publication ou son utilisation.*

Depuis des siècles, les autorités coloniales et les gouvernements des colonies ont négocié des traités avec les nations autochtones des Amériques. Au 19^e siècle, le Canada a paraphé une série de traités numérotés, alors que les colons et les chemins de fer se répandaient à travers le pays vers la côte Ouest. En 1973, le premier ministre Trudeau envoya des négociateurs dans les régions sans traités du Nord du Québec et de la Colombie-Britannique et dans les territoires du Nord canadien. Puis, en 1982, le Canada modifia sa Constitution pour y ajouter l'article 35 :

- Les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.
- Dans la présente loi, « Peuples autochtones du Canada » s'entend notamment des Indiens, des Inuits et des Métis du Canada.
- Pour plus de certitude, le paragraphe (1) précise que les « droits issus de traités » comprennent les droits existants issus d'accords sur les revendications territoriales ou sur ceux susceptibles d'intervenir à l'avenir.
- Indépendamment des autres dispositions de la présente loi, les droits ancestraux ou issus de traités visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.

Le Canada, la Colombie-Britannique et le Sommet des Premières nations ont créé la Commission des traités de la Colombie-Britannique (BCTC) en 1992 pour favoriser les négociations sur les revendications territoriales et l'autonomie gouvernementale autochtone dans la province.¹ Les négociations sur l'autonomie gouvernementale sont souvent un processus secondaire aux accords sur les revendications territoriales. Toutefois, sur Haida Gwaii, les négociations relatives à la gouvernance sont allées de l'avant sans pour autant qu'un accord sur les revendications territoriales soit intervenu, ce qui en fait un cas unique.

**Par définition, les autorités coloniales refusaient toute forme
d'autonomie gouvernementale autochtone aux Premières nations**

I. DÉBATS ACTUELS

Au cours des cinq derniers siècles, les Autochtones des Amériques n'ont cessé d'insister sur leur droit de gouverner leurs propres nations et terres. La plupart du temps, les pouvoirs coloniaux leur ont refusé ce droit, un droit que nous appelons aujourd'hui l'autonomie gouvernementale autochtone.²

Après la défaite des Français face aux armées britanniques et iroquoises sur les Plaines d'Abraham en 1759, la Grande-Bretagne fut obligée de mener une deuxième guerre contre les Autochtones alliés aux Français et dirigés par Pontiac, le brillant chef guerrier des Outaouais. La Proclamation royale de 1763 mit fin à cette guerre en reconnaissant que les gouvernements des Premières nations étaient les propriétaires fonciers d'origine et en obligeant les autorités coloniales à « négocier publiquement » des traités avec ceux-ci pour acquérir les terres nécessaires à la colonisation. Cette Proclamation devait éventuellement entraîner la négociation de près de 400 traités indiens aux États-Unis et au Canada.

En 1876, au Fort Carlton en Saskatchewan, le Canada négocia le Traité N°6 avec les chefs cris dans le respect des formalités habituelles entre gouvernements; mais cette même année le Parlement promulgua la Loi sur les Indiens qui réduisait les signataires des traités à la condition de pupilles à charge de l'État fédéral. Toutefois, les peuples autochtones du Canada n'ont jamais abandonné leur lutte pour le respect de leurs droits relatifs à leurs terres et à leur gouvernance.

En 1973, la cause concernant les revendications territoriales de la Nation Nisga'a entendue par la Cour suprême du Canada eut pour effet de rouvrir le débat sur les droits autochtones et, en 1982, le Canada inséra l'article 35 dans sa Constitution, soit une disposition sur les « droits autochtones préexistants ». Depuis lors, les négociateurs et les avocats plaidants se sont efforcés de donner du contenu et du sens à l'article 35. Malgré que la Cour suprême ait à ce jour statué sur plusieurs questions concernant les droits des Autochtones, elle n'a pas encore émis de jugement définitif concernant l'autonomie gouvernementale autochtone.

1 <http://www.bctreaty.net/>

2 Penikett, Tony. "A 'Literacy Test' for Indigenous Government?", Northern Public Affairs, 1.1 (2012)

Un document produit pour l'Assemblée des Premières nations (région de la Colombie-Britannique) offre une seconde définition : « l'autonomie gouvernementale décrit le droit d'une Première nation de s'autogouverner, de prendre ses propres décisions concernant son avenir et d'assumer toute l'étendue des compétences et de l'autorité quant à ses terres, sa population et ses ressources. »³ [Traduction]

II. LE PROCESSUS DE LA BCTC

Dès 1992, la Commission des traités de la Colombie-Britannique⁴ avait commencé à travailler avec les communautés autochtones qui n'avaient pas encore signé de traités. Selon les termes du processus de la BCTC, Ottawa et Victoria se partagent les coûts liés aux règlements. Le gouvernement fédéral contribue l'argent, tandis que son partenaire provincial fournit les terres. La BCTC offre des traités sur la « sélection des terres » qui accordent aux Premières nations les titres sur une partie réduite de leurs terres ancestrales. D'entrée de jeu, le premier ministre Mike Harcourt avait invité les Premières nations à sélectionner jusqu'à 5 % de leurs terres ancestrales. Plusieurs Premières nations, y compris les Haïdas, trouvèrent cette formule inacceptable.

Au cours des vingt dernières années, la BCTC a dépensé près d'un milliard de dollars pour les négociations avec les Premières nations de la Colombie-Britannique, mais elle n'a réussi à conclure qu'une poignée de traités. À ce rythme, la BCTC sera toujours en train de négocier au 23^e siècle. Pour des raisons diverses, l'autonomie gouvernementale s'est avérée la question la plus controversée à la table des négociations des traités.

III. PREMIÈRES NATIONS OU GOUVERNEMENT LOCAL?

Les Premières nations sont-elles des « nations », des « provinces » ou des « municipalités »? Au Canada et aux États-Unis, on discute beaucoup de la question des gouvernements autochtones. En 1831, la Cour suprême des États-Unis a statué que les Nations indiennes étaient des dépendants ou des pupilles des États-Unis⁵, mais quelques mois plus tard, la Cour jugeait que les gouvernements des États n'avaient aucune autorité sur les terres indiennes⁶. Le juge en chef John Marshall écrivait alors : « Suivant les principes établis du droit des nations, une nation plus faible ne cède pas son indépendance – son droit à l'autonomie gouvernementale – en s'associant à une nation plus puissante et en acceptant sa protection » [Traduction]. La doctrine Marshall déterminait donc qu'aux États-Unis, les Affaires indiennes relevaient de l'autorité du gouvernement national, et non de celle des États individuels. On observe la même règle au Canada.

Cela n'empêcha pourtant pas le Congrès américain de promulguer la Loi sur les revendications autochtones de l'Alaska en 1971 – le dernier « traité indien » signé par le gouvernement des États-Unis – et ainsi de récuser les « principes établis » de la doctrine Marshall en faisant passer les terres visées par le traité à des corporations réglementées par le gouvernement de l'État de l'Alaska plutôt qu'aux « tribus » locales. La plupart des Premières nations canadiennes rejetèrent aussitôt le modèle « corporatif » de l'Alaska, lui préférant le modèle de gouvernance tribale auquel ils donnèrent le nom d'« autonomie gouvernementale autochtone ».

En 1999, la Nation Nisga'a de la côte Nord-ouest signait le premier traité moderne de la Colombie-Britannique. Le traité Nisga'a accordait une reconnaissance du titre foncier sur 1 992 kilomètres carrés de leurs terres ancestrales, de même que des pouvoirs gouvernementaux comparables à ceux d'une province dans les domaines de l'éducation, de la santé, des pêches, des forêts et de la taxation directe. Les députés de l'opposition décidèrent alors de contester la constitutionnalité de l'accord de gouvernance négocié dans le traité Nisga'a. La Cour suprême de la Colombie-Britannique devait cependant rejeter l'argument de ces députés, déclarant dans son jugement (*Campbell et al. v. British Columbia*) : « Les droits à l'autonomie

3 Micha J. Menczer, "Strategies on Implementing Self-Government," March 29, 2012

4 <http://www.bctreaty.net/>

5 *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. 1 (1831)

6 *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832)

gouvernementale ne peuvent pas être abolis, mais ils peuvent être définis [dotés de substance] dans un traité. C'est ce que fait expressément l'Accord Nisga'a. » [Traduction]

Après l'élection provinciale de 2001, le nouveau gouvernement voulut contester ce jugement auprès de l'opinion publique en tenant un référendum provincial sur la question de l'autonomie gouvernementale autochtone. Plus précisément, le référendum provincial de 2002 proposait que « l'autonomie gouvernementale autochtone devrait avoir les caractéristiques d'un gouvernement local, avec des pouvoirs délégués par le Canada et la Colombie-Britannique. » [Traduction]

La Colombie-Britannique eut beau gagner ce référendum, elle n'en continua pas moins de perdre l'argument aux tables de négociations au cours des années suivantes, même si ces « victoires » des Premières nations leur aient demandé des efforts héroïques.

Partout au Canada, les négociations relatives à l'autonomie gouvernementale se sont avérées coûteuses, compliquées et interminables, surtout à cause des craintes qu'elles suscitaient quant à l'érosion des compétences provinciales.

Une troisième définition pourrait préciser que l'autonomie gouvernementale autochtone peut inclure à la fois des pouvoirs comparables à ceux des gouvernements locaux ou municipaux et à ceux d'un gouvernement provincial.

IV. JURIDICTION OU ADMINISTRATION?

La politique du gouvernement du Canada, « Rassembler nos forces », encourage la négociation de la juridiction sur les « questions internes de la communauté » (adoptions, services d'aide à l'enfance, maintien de l'ordre) et faisant « partie intégrante de la culture » (langues et religion autochtones); mais en général, le Canada préfère négocier le transfert des responsabilités administratives et de gestion de programmes, plutôt que la juridiction comme telle. Pour les Premières nations qui affirment leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale sur la base de leur statut de communautés politiques préexistantes, le simple transfert du pouvoir administratif laisse le pouvoir juridictionnel et législatif entre les mains de l'autorité fédérale et « coloniale ».

Pourtant, quand il s'agit de protéger les communautés et les cultures autochtones, c'est le pouvoir juridictionnel qui compte. Stephen Cornell, cofondateur du Harvard Project on American Indian Economic Development⁷, soutient que le pouvoir juridictionnel culturellement approprié est nécessaire au développement économique autochtone. Une importante étude sur le suicide par deux universitaires de l'Université de la Colombie-Britannique, Michael Chandler et Christopher Lalonde, révèle que les communautés autochtones qui ont des niveaux élevés de « continuité culturelle » ou d'autonomie gouvernementale ont les taux de suicide les plus bas.

M. Cornell est d'avis que les Premières nations ont besoin d'être restaurées depuis leurs fondations mêmes et suivant leur propre agenda. Pour sa part, Debra House, avocate de la Nation Namgis, observe qu'on a mis 150 ans à démanteler les gouvernements des Premières nations et que cela prendra peut-être aussi longtemps pour les reconstituer.⁸

Une quatrième définition pourrait affirmer que : l'autonomie gouvernementale autochtone implique l'exercice de pouvoirs à la fois juridictionnels et législatifs et l'administration des lois.

V. MESURES PROVISOIRES ET ENTENTES D'ACCOMMODEMENT

Au cours des quarante dernières années, le Canada a négocié plus d'une vingtaine d'accords sur les revendications territoriales des populations autochtones en Colombie-Britannique et ailleurs dans le Nord du pays. Contrairement à ceux du 19^e siècle, ces traités comptent parfois des centaines de pages et cette longueur témoigne de la complexité des questions qui y sont abordées. Une telle attention portée aux détails découle du souci bien légitime de ne pas répéter les « promesses trahies » des traités du 19^e siècle. Néanmoins, la négociation de ces accords de 200 ou 300 pages prend très longtemps – jusqu'à 20 ans

7 <http://www.ksg.harvard.edu/hpaied/people/cornell.html>

8 Penikett, Tony. Reconciliation: First Nations Treaty Making in British Columbia, Douglas & McIntyre, Vancouver, 2006, p195.

par traité. Or, pendant ce temps, une Première nation risque d'assister au déboisement de ses terres et au pillage de ses autres ressources, et cela entièrement au profit de l'industrie et de la province.

C'est pourquoi l'ancien président de la BCTC, Miles Richardson, attirait souvent l'attention des parties sur l'importance des « mesures provisoires » pendant le processus de négociation. Ainsi, des centaines de ces mesures ont été élaborées dans le cadre des travaux de la BCTC. Toutefois, les avis des négociateurs des traités de la Colombie-Britannique à leur sujet, ou au sujet des « les ententes d'accommodement » comme on les appelle de nos jours, sont très divers.

Le négociateur Nisga'a Jim Aldridge craignait ainsi que les mesures provisoires ne constituent des distractions majeures et n'empêchent les négociations de progresser. « Quand on commençait à discuter de ces mesures, cela signifiait qu'il 'fallait mettre en place des mesures pour protéger les terres et les ressources de la Nation Nisga'a pendant le processus des négociations.' Autrement dit, alors même qu'on était en train de négocier, on voyait les camions qui continuaient d'emporter le bois d'œuvre hors du territoire. »⁹

Pendant les premières années des négociations de la BCTC, la province employait souvent des « mesures provisoires » pour mettre fin aux barrages routiers ou aux occupations de bureaux par les Premières nations; mais on se rendit vite à l'évidence que les gains obtenus par de telles mesures étaient de courte durée au regard des problèmes à plus long terme qu'elles engendraient. Par conséquent, Victoria devint de plus en plus réticente pour négocier des mesures provisoires, malgré les protestations soulevées par le gouvernement fédéral et les Premières nations. Pour résoudre le problème, l'équipe provinciale du Projet de négociations inventa un nouvel instrument, les « mesures de traité » (TRM). Ottawa et Victoria s'entendaient pour partager les coûts occasionnés par ces mesures. Bien qu'elles puissent aider à faire progresser certaines dispositions de l'accord final, par exemple celles concernant les terres et les forêts, il fallait que les Premières nations acceptent qu'elles constituaient, en fait, un « versement initial » sur l'accord final. Toutefois, après que les parties eurent négocié des douzaines de TRM, le vérificateur général de la Colombie-Britannique décida que les bureaucrates fédéraux et provinciaux n'avaient pas utilisé les mesures de traité aux fins pour lesquelles celles-ci avaient été conçues.

Tom Isaac fut un temps négociateur pour le gouvernement provincial et il est aujourd'hui un éminent spécialiste du droit autochtone, souvent cité par la Cour suprême du Canada. M. Isaac considère que les ententes d'accommodement peuvent être un moyen honorable de tenir compte des intérêts des Autochtones quant à leurs terres et ressources, et ce dans le cadre d'accords qui sont plus complets et équitables. « En revanche, la possibilité existe aussi que le besoin de négocier des traités se résorbe, dans la mesure où de nombreuses revendications des droits ancestraux des Autochtones pourraient désormais se régler au niveau de la consultation et de l'accommodement »¹⁰ [Traduction]. M. Isaac avait ainsi clairement prévu l'utilisation que le gouvernement ferait des ententes d'accommodement comme solution de remplacement plus efficace et moins coûteuse que les traités. Si les mesures provisoires peuvent accélérer les négociations, elles ne peuvent cependant pas régler les deux questions fondamentales qu'on cherche à résoudre par les traités : à qui appartient la terre et comment devrait-elle être gouvernée?

Depuis 2001, Garry Wouters, ancien sous-ministre délégué au ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, conseille les Premières nations de la côte centrale, dont les Haïdas, dans le cadre de plusieurs négociations de gouvernement à gouvernement sur la planification de l'utilisation des terres, la gestion écosystémique et le développement des capacités. M. Wouters a une opinion quelque peu différente des mesures provisoires et des ententes d'accommodement. Il soutient en effet que les ententes d'accommodement, loin d'être des « empêchements » ou des « alternatives bon marché », peuvent au contraire constituer les « pierres angulaires » de l'autonomie gouvernementale.

Le gouvernement fédéral a longtemps considéré que le développement de l'autonomie gouvernementale autochtone en Colombie-Britannique était un processus évolutif et M. Wouters a pu observer

9 Aldridge, Jim. *Treaty Negotiations: Key Questions.*, 16 avril 2003, Morris J. Wosk Centre for Dialogue, Vancouver,

p. 81 < http://www.sfu.ca/dialog/study+practice/media/pdf/Treaty_Key_Questions.pdf>.

10 Tom Isaac, Tony Knox, et Sarah Bird. "The Crown's Duty to Consult and Accommodate Aboriginal Peoples: The Supreme Court of Canada Decision in Haida," *The Advocate*, septembre 2005

comment ses clients, tout particulièrement les Haïdas, introduisaient changements après changements. Plusieurs Premières nations ont d'ailleurs fait état de leur incertitude quant au meilleur moyen d'adapter leurs traditions de gouvernance et de les transformer en des institutions modernes; mais, grâce à des mesures provisoires, elles ont pu expérimenter et essayer diverses structures et institutions.

Pour les signataires de traités modernes au Canada, la cinquième définition qui est aussi la plus simple, pourrait être : quand un groupe tribal obtient collectivement le titre foncier pour une large étendue de terre, il doit gérer ces terres et les communautés qui s'y trouvent; c'est ce qui s'appelle l'autonomie gouvernementale.

VI. LE MODÈLE HAÏDA

Au large de la côte Nord-ouest de la Colombie-Britannique, l'archipel Haida Gwaii (« les îles du peuple ») est depuis toujours le berceau de la culture de ses résidents permanents, les Haïdas. Une économie fondée sur le cèdre et le saumon les a nourris, logés et transportés pendant des siècles. Ils ont construit leurs maisons, leurs canoës de mer et leurs totems monumentaux avec du bois de cèdre, déployant dans ces travaux des formes d'art si uniques que l'anthropologue Claude Lévi-Strauss les considérait égales à celles de l'antiquité gréco-romaine.

Quand les Haïdas ont chaleureusement accueilli l'explorateur espagnol Juan Perez en 1774, l'archipel comptait une cinquantaine de villages haïdas, avec une population totale d'environ 30 000 personnes. Mais le contact avec les Européens fut catastrophique et, en 1915, après une série d'épidémies de variole qui ont décimé la population, on ne comptait plus que 600 habitants.

Tout au long du vingtième siècle, des entreprises forestières géantes comme MacMillan Bloedel et Weyerhaeuser ont chargé le patrimoine des Haïdas sur des barges et l'ont expédié au sud. À la place des plantations d'arbres proposées par Weyerhaeuser, les chefs Haïdas auraient voulu que les bassins versants au complet demeurent intouchés et que les cèdres de tous âges restent debout pour les générations futures.

Du reste, personne ne croyait que le rythme de coupe des forêts haïdas fût viable. Les résidents locaux, Haïdas comme non-Haïdas, étaient convaincus que leurs précieuses forêts avaient été abattues bien trop rapidement. Quand le gouvernement provincial transféra un des permis d'exploitation forestière de l'ancien exploitant MacMillan Bloedel à Weyerhaeuser, en 2000, les Haïdas contestèrent ce transfert en cours. La province et Weyerhaeuser plaidèrent alors devant le tribunal qu'ils n'avaient aucune obligation de consulter les Haïdas sur la coupe du bois de l'Archipel de la Reine Charlotte, aussi longtemps qu'une cour n'aurait pas reconnu le titre foncier des Autochtones. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique en jugea autrement, cependant, et conclut que le ministère des Forêts et Weyerhaeuser avaient tous deux l'obligation légale d'en arriver à une « entente d'accommodement acceptable » avec les Haïdas. La province décida alors de porter cette décision en appel devant la Cour suprême du Canada.

La Cour suprême du Canada rendit son jugement sur la cause concernant la consultation des Haïdas en novembre 2004. Elle statua que le gouvernement de la Colombie-Britannique, mais non l'entreprise Weyerhaeuser, avait le devoir et l'obligation de mener des consultations en bonne et due forme et de conclure une entente d'accommodement avec les Premières nations. Ce devoir découlait du besoin de tenir compte des droits autochtones jusqu'à ce que ces droits soient conciliés par un traité ou une décision de la cour, « selon la tradition multiséculaire de la common law... »¹¹

Les Haïdas avaient espéré un veto, mais ce n'est pas ce que la Cour leur accorda. La Commission des traités considéra que ce jugement encourageait la négociation des traités, alors que de son côté la province y trouva plutôt un encouragement à négocier des ententes d'accommodement. Le 6 mars 2002, les Haïdas réagirent en intentant une action en justice pour revendiquer le titre foncier ancestral sur la totalité de l'archipel de Haida Gwaii.

L'action en justice des Haïdas faisait valoir leurs titres ancestraux sur « les terres, les eaux intérieures, les fonds marins et la mer » des Îles de la Reine Charlotte ou Haida Gwaii. Parmi toutes les causes con-

¹¹ Haida Nation v. British Columbia (Ministre des Forêts), 2004, SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511

<http://scc.lexum.org/en/2004/2004scc73/2004scc73.html>

cernant les titres ancestraux découlant de revendications territoriales en Colombie-Britannique, l'action des Haïdas reste celle qui inspire le plus de crainte au gouvernement provincial; les terres Haïdas ne font l'objet d'aucun « chevauchement de revendications » avec d'autres Premières nations et les Haïdas bénéficient d'une longue série de dirigeants politiques réfléchis et éloquents. Pourtant, à ce jour, aucune cour n'a reconnu un centimètre carré de titre foncier autochtone en Colombie-Britannique.

En 1933, le Conseil de la Nation Haïda s'était joint au processus de négociation de traités de la Colombie-Britannique. Le ministère des Affaires indiennes comptait alors environ 3 700 Haïdas inscrits sur ses listes de bandes indiennes, alors que les Haïdas se réclamaient d'une population forte de 7 000 membres.

Toutefois, on dut bientôt se rendre à l'évidence que les Haïdas et les deux paliers supérieurs de gouvernements ne s'entendraient jamais sur la question des terres. Les Haïdas se croyaient propriétaires légitimes de la totalité de Haida Gwaii et n'accepteraient donc jamais un traité de « sélection territoriale » ne leur accordant qu'une infime partie de leur patrimoine. De plus, alors que le Canada et la Colombie-Britannique étaient prêts à concéder que le titre ancestral autochtone pourrait être un « fardeau » sur le titre de la Couronne, ils rejetaient complètement la proposition de l'avocate des Haïdas, Louise Mandell, que c'était plutôt le titre de la Couronne qui constituait un fardeau sur le titre autochtone.¹²

Un degré élevé de cynisme accompagne « l'industrie des revendications territoriales » en Colombie-Britannique, un secteur qui fait travailler des centaines d'experts-conseils, d'avocats et de négociateurs.¹³ Cette métaphore industrielle a conduit une des avocates des Premières nations à comparer le processus de la BCTC à une ferme piscicole, se plaignant que « nous sommes tous entassés dans notre réservoir et nous attendons qu'on nous verse nos petites granules d'alimentation. Nous pouvons contempler le ciel à tout loisir et faire nos petits rêves d'alevins, mais la plupart d'entre nous n'allons vraiment nulle part. Certains verront peut-être éventuellement l'aboutissement d'un traité, mais la plupart ne peuvent qu'en rêver. »¹⁴

Le processus de la BCTC est jugé dysfonctionnel par nombre de gens. Bien sûr, le gouvernement fédéral soutient les négociations, mais il semble que de son côté le ministère des Finances croit plutôt que poursuivre indéfiniment les négociations reviendra moins cher que de conclure des traités. Quant au gouvernement de la Colombie-Britannique, il semble préférer les ententes d'accommodement, car elles lui paraissent moins coûteuses et plus faciles à conclure que les traités. Les politiques de la BCTC obligent les Premières nations à choisir entre la négociation ou le recours aux tribunaux, car elles ne peuvent pas emprunter les deux voies à la fois. Ainsi, en portant leur revendication du titre sur Haida Gwaii devant les tribunaux, les Haïdas se sont effectivement retirés du processus de négociation des traités de la BCTC.

Les Haïdas ont beau avoir tourné le dos au modèle de sélection des terres de la BCTC, ils n'ont pas pour autant abandonné leur but d'accéder à l'autonomie gouvernementale. Curieusement, ils semblent avoir trouvé le moyen d'utiliser les mesures provisoires ou les ententes d'accommodement, plutôt que la législation ou un traité, pour progresser vers cet objectif.

VII. JURIDICTION PARTAGÉE

Dans son rapport de 1996, la Commission royale sur les peuples autochtones affirmait : « Selon nous, la reconnaissance mutuelle et l'accent mis sur la copropriété et le partage de la juridiction font ressortir le fait que, depuis leurs premiers contacts avec les Européens, les peuples autochtones ont favorisé une relation politique fondée sur le partage et la coexistence »¹⁵ [Traduction]. Dans la perspective des Haïdas, cependant, une approche de partage de la juridiction impliquerait l'établissement de protocoles nation-à-nation et d'institutions fondées sur la reconnaissance de leurs titres ancestraux, plutôt que leur abolition. Le partage de la juridiction signifie donc pour eux le partage des pouvoirs décisionnels relatifs aux politiques, c'est-à-dire plus

12 Louise Mandel, présentation au Pacific Business and Law Institute, Vancouver, 1er mai 2002.

13 Interview de John Cummins par Jo-Ann Roberts (CBC Victoria), CBC All Points West, 29 mai 2012, 17h24.

14 Tony Penikett, Reconciliation, etc., [dans le chapitre sur les mandats]

15 «Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, *Commission royale sur les peuples autochtones* Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1996.

que la simple gestion conjointe; car, dans le pire des cas, les organismes de gestion conjointe n'exercent que des fonctions purement consultatives.

Au 20^e siècle, toutefois, les espoirs de convaincre Ottawa ou Victoria de négocier des clauses de partage de la juridiction dans les traités de la BCTC semblaient bien faibles. N'empêche qu'un nombre croissant de Premières nations de la Colombie-Britannique sont de plus en plus intéressées par la solution du partage de la juridiction, plus que par le modèle de sélection des terres qui ne leur accorde le contrôle que d'une infime partie de leurs terres ancestrales.

Les Haïdas, comme leurs voisins les Tsimshians, les Heiltsuks et les Kwakiutls, revendiquent les droits et les titres sur les ressources marines dans le détroit de la Reine Charlotte et autour, où on soupçonne l'existence de réserves pétrolières extracôtières. Guujaaw déclarait au quotidien *Vancouver Sun*, le 16 mars 2002, que la reconnaissance par la cour de leur titre autochtone donnerait aux Haïdas « la juridiction partagée sur les terres de la couronne et un droit de veto sur les choses dont ils ne voulaient pas, comme par exemple la coupe à blanc illimitée, le développement nuisible à l'environnement, l'exploitation des ressources gazières et pétrolières, et les camps de pêche sportive qui affectent les stocks de saumon »¹⁶ [Traduction].

Depuis leur sortie du processus de la BCTC, les Haïdas ont constamment tenté de négocier des ententes qui renforceraient leur implication dans la gestion des terres, des ressources et des eaux de Haida Gwaii. Ils ont donc cherché à conclure des ententes radicalement nouvelles avec les autorités fédérales et provinciales quant à la gouvernance de la planification de l'utilisation des terres et de la gestion des forêts et de la pêche.

Guujaaw et d'autres leaders haïdas ont alors commencé à élaborer une vision qui pourrait conduire, éventuellement, à rassembler toutes ces ententes et à les insérer dans l'article 35 sous forme d'un traité fondé sur les droits autochtones. Depuis 1763, les traités des Autochtones avec les autorités coloniales des Amériques ont surtout porté sur les terres. Les Haïdas, pour leur part, aspirent à une tout autre réalité, à quelque chose d'unique : un traité essentiellement sur la gouvernance.

VIII. LE PROTOCOLE ENTRE LES HAÏDAS ET LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

On compte parmi les réalisations des Haïdas la réduction de 50 % du niveau de coupe annuelle permise (CAP) dans leurs forêts; un plan d'utilisation des terres selon un modèle de gestion écosystémique; le doublement des parcs et des aires protégées; la protection de la presque totalité des aires culturellement importantes; la création du parc Gwaii Haanas¹⁷ et d'une aire marine protégée; l'accès aux ressources et aux revenus qu'elles génèrent, d'une valeur de 8 millions de dollars; 27 millions de dollars en subventions ponctuelles pour le développement économique et des millions de dollars additionnels en crédits de carbone; un rôle majeur dans la planification stratégique pour Haida Gwaii, y compris la représentation au Conseil bipartite de gestion de Haida Gwaii pour fixer les niveaux de CAP et pour approuver les objectifs concernant la forêt pluviale tempérée Great Bear, les sites patrimoniaux et les plans relatifs aux aires protégées; et, enfin, la participation à la « table conjointe de solutions » qui a pour mandat de fournir une approche à guichet unique pour régler les questions concernant les relations entre les Haïdas et la Colombie-Britannique.¹⁸

Plusieurs de ces réalisations sont contenues dans le protocole gouvernement-à-gouvernement intervenu entre la Colombie-Britannique et le Conseil de la Nation haïda, le « Kunst'aaguu – Kunst'aayah Reconciliation Protocole ».¹⁹ Ce protocole reconnaît d'ailleurs franchement au départ que les deux parties ont des visions opposées du monde : « Les parties ont des conceptions différentes de la souveraineté, de la propriété foncière et de la juridiction sur Haida Gwaii, tel qu'exposé ci-dessous » [Traduction].

16 Guujaaw. "Voices of Haida Gwaii," *Vancouver Sun*, le 16 mars 2002, D3.

17 Réserve du parc national Gwaii Haanas et site patrimonial Haïda.

18 Conversation avec Garry Wouters, le 4 juillet 2012.

19 http://www.newrelationship.gov.bc.ca/shared/downloads/haida_reconciliation_protocol.pdf

« La Nation haïda affirme que : Haida Gwaii est une terre Haïda, y compris ses eaux et ses ressources, soumise aux droits, à la souveraineté, à la propriété, à la compétence et au titre collectif de la Nation haïda qui gèrera Haida Gwaii selon ses lois, politiques, coutumes et traditions propres.

La Colombie-Britannique affirme que « Haida Gwaii est une terre de la Couronne, soumise à certains droits ou intérêts privés, à la souveraineté de sa Majesté la Reine et à la compétence législative du Parlement du Canada et de l'Assemblée législative de la province de Colombie-Britannique » [Traduction].

Mais on lit plus loin dans le protocole que : « Nonobstant et sans préjudice de la divergence des points de vues susmentionnée, les parties aspirent à une relation plus productive et choisissent par la présente une approche de coexistence plus respectueuse pour la gestion des terres et des ressources naturelles sur Haida Gwaii, sur la base de décisions conjointes et, ultimement, d'un accord de réconciliation. »

Tel que noté dans le protocole, la province et les Haïdas ont convenu d'adopter une approche graduelle vers la négociation d'un accord de réconciliation plus complet sur les questions qui les opposent concernant les terres et les ressources. Les deux parties conviennent aussi de la nécessité d'inclure le Canada comme partenaire dans un éventuel Accord de réconciliation, notamment parce que les Haïdas désirent aussi cogérer avec Ottawa les allocations de pêche pour Haida Gwaii, de même qu'un plan de rachat des bateaux de pêche commerciale.

IX. GOUVERNANCE PARTAGÉE

Plutôt que de simples accords de « juridiction partagée », il serait plus juste de décrire les accords dans ce protocole comme une forme de « gouvernance partagée » ou, comme semble préférer la province, des accords de « prise de décision partagée et conjointe ».

La gouvernance partagée peut inclure une combinaison d'ententes de cogestion ou de partage de la juridiction qui auraient été négociées comme mesures provisoires ou ententes d'accommodement dans divers domaines d'un intérêt vital pour les autorités autochtones. La gouvernance partagée comporte en outre un autre avantage. En effet, pour réussir à mettre en place un accord sur l'autonomie gouvernementale autochtone, il faut aussi une multitude d'ententes intergouvernementales, non seulement avec le ministère fédéral des Affaires indiennes et du Nord canadien, mais aussi avec d'autres ministères fédéraux; et c'est sans compter avec les arrangements sur le partage des recettes qu'il faut passer avec les ministères provinciaux, les accords de services communs à négocier avec les municipalités locales et les ententes sur les « économies d'échelle » avec les autorités tribales régionales. Or, le concept de gouvernance partagée permet justement d'englober tout cela.

La gouvernance partagée peut être définie comme la sixième forme d'autonomie gouvernementale autochtone : une Première nation négocie des ententes d'accommodement, y compris la cogestion, le partage de la juridiction et des revenus générés par ses ressources, et les autres arrangements intergouvernementaux nécessaires, pour pouvoir enfin se prendre en charge et réaffirmer son autorité légitime sur son peuple, ses terres et ses ressources.

X. SIMILITUDES ET DIFFÉRENCES

Au risque de simplifier à l'extrême un sujet très complexe, de brèves descriptions de quelques autres nouveaux modèles d'autonomie gouvernementale autochtone pourraient aider les lecteurs à cerner les similitudes et les différences entre ces nouveaux arrangements et la forme de gouvernance partagée du modèle qui prend actuellement forme sur Haida Gwaii.

Le modèle du Yukon

Les traités conclus dans le Nord entre les groupes autochtones arctiques et subarctiques et les gouvernements canadiens au cours des trente dernières années, comptent habituellement entre 200 et 400 pages. Ces règlements de revendications territoriales globales comprennent beaucoup plus que les maigres dispositions des traités du 19^e siècle sur les terres de réserve, les rentes annuelles et le matériel agricole. Les traités de la fin du 20^e siècle couvrent des sujets aussi divers que les dispositions générales, les terres,

les ressources forestières, l'accès, les pêches, la faune, la fiscalité, la résolution des conflits, l'éligibilité, l'inscription, et la mise en œuvre.

Le Traité du Yukon, qui vise 7 000 Autochtones appartenant à une douzaine de bandes, leur accorde le titre foncier sur 41 000 kilomètres carrés (8,6 % du territoire) et les droits minéraux sur les deux tiers de ces terres, de même que l'autonomie gouvernementale autochtone. Les Premières nations du Yukon ont négocié leur entente d'autonomie gouvernementale parallèlement à l'Accord-cadre et aux accords finaux sur les revendications territoriales entre 1973 et 1992. Ces négociations étaient tout à fait inhabituelles pour cette époque, car le gouvernement territorial du Yukon qui y participait comme partenaire à part égale faisait preuve d'une volonté exceptionnelle de négocier le partage de la juridiction, ce qui a contribué de manière significative au type d'entente sur l'autonomie gouvernementale inédit à l'époque au Canada.

Pour la première fois au Canada, les ententes d'autonomie gouvernementale du Territoire du Yukon accordaient aux gouvernements tribaux des pouvoirs étendus comparables à ceux d'une province. À la différence des règlements de revendications territoriales relevant de l'article 35 de la Constitution, les ententes d'autonomie gouvernementale du Yukon n'étaient protégées que par une loi fédérale. Toutefois, le Traité du Yukon sur les revendications territoriales avait profondément enchâssé l'engagement constitutionnel de négocier l'autonomie gouvernementale, un précédent qui conférait aux Premières nations une nouvelle marge de manœuvre très importante.

Malheureusement, la mise en œuvre des ententes d'autonomie gouvernementale du Yukon a été très lente, en partie par manque d'argent. Barry Stuart, le négociateur en chef du gouvernement territorial de 1985 à 1990, a déjà comparé les ententes d'autonomie gouvernementale du Yukon au paradoxe qu'il y a à recevoir en cadeau une Cadillac dont le réservoir est à sec.

Mais ce qui est sans doute plus troublant encore, c'est de réaliser que 25 ans après leur signature, les accords du Yukon représentent plus de la moitié de tous les accords d'autonomie gouvernementale autochtones au Canada.

Le modèle Nisga'a

Le Traité Nisga'a accorde des pouvoirs substantiels d'autonomie gouvernementale à 6 000 citoyens autochtones. Même si ces accords sont en grande partie basés sur ceux du Yukon qui les avaient précédés, on y constate une différence importante : les négociateurs Nisga'a y ont inséré des dispositions d'autonomie gouvernementale dans le langage de chacun des chapitres. Cela a très certainement aidé les Nisga'a à obtenir la protection de l'article 35 de la Constitution pour leurs gouvernements, mais cela n'a pourtant pas mis l'article 11 du traité qui porte précisément sur l'autonomie gouvernementale à l'abri des critiques à l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique.

Il est utile de rappeler – car on l'oublie souvent – que les Nisga'as avaient déjà obtenu la juridiction sur l'éducation et la santé dans leurs villages et que cela leur donnait un avantage certain pour la mise en œuvre du gouvernement Nisga'a Lisims. Un autre avantage peut-être encore plus important leur venait aussi du fait que leurs institutions étaient fondées sur des principes très anciens : « Ayuukhl Nisga'a, soit le code de nos propres lois strictes et anciennes régissant la propriété, la succession et l'ordre public... »²⁰.

Depuis la signature du Traité Nisga'a, d'autres groupes autochtones de Colombie-Britannique (les Tsawwassen et les Maa-Nulth) ont également conclu des traités qui accordent des pouvoirs d'autonomie gouvernementale comparables.

Les politiques fédérales

La Loi constitutionnelle canadienne de 1982 reconnaît les droits ancestraux et les droits issus des traités autochtones. Les gouvernements ne peuvent simplement plus abolir les droits des Autochtones. Même si la Cour suprême du Canada a peu fait pour définir le droit à l'autonomie gouvernementale dans ses jugements depuis 1982, elle n'en a pas moins déclaré : « ...même si le droit des Nations autochtones à l'autonomie gouvernementale a été diminué, il n'a pas été

20 Gosnell, Joseph. "The Nisga'a Treaty" (discours prononcé devant l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique le 2 décembre 1998), *The British Columbia Quarterly*, hiver, 120 (1998-99), p.6.

aboli. »²¹ Cependant, les progrès en vue du rétablissement de l'autonomie gouvernementale autochtone au Canada ont été très lents.

En 1986, le Parlement a promulgué la Loi sur l'autonomie gouvernementale sechelte qui instituait une forme de gouvernement municipal pour la Première nation sechelte. Le Canada a aussi légiféré de façon ponctuelle sur l'Accord d'autonomie gouvernementale de la Première nation de Westbank en 1996, pour établir les règles du gouvernement autochtone quant à ses structures et procédures et l'entente sur le transfert de fonds.

Le gouvernement fédéral a aussi passé des lois apportant des améliorations limitées de la gouvernance pour les Premières nations qui choisissent de se prévaloir de ces arrangements, entres autres :

- La Loi sur la gestion financière et statistique des Premières nations qui couvre l'impôt foncier, la gestion financière et l'accès aux marchés de capitaux;
- La Loi sur la gestion du pétrole et du gaz et des fonds des Premières nations qui reconnaît la juridiction sur l'exploration pétrolière et gazière dans les réserves; et
- La Loi sur la compétence des Premières nations en matière d'éducation en Colombie-Britannique qui confère aux Premières nations de la province la juridiction sur les écoles dans leurs réserves.

L'article 4 de la Déclaration sur les droits des peuples autochtones (UNDRIP) adoptée par les Nations Unies en 2007 reconnaît que : « Les peuples autochtones, dans l'exercice de leur droit à l'autodétermination, ont le droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes pour tout ce qui touche à leurs affaires intérieures et locales. » Le Canada a attendu jusqu'au 12 novembre 2010 pour adhérer à l'UNDRIP et, depuis, aucune loi fédérale n'y a donné suite pour mettre en place l'autonomie gouvernementale autochtone. Toutefois, l'Assemblée des Premières nations de la Colombie-Britannique a entrepris de rédiger un projet de loi pour favoriser l'autonomie gouvernementale qui sera présenté au Parlement par un député sous forme d'initiative parlementaire.

Les négociations se poursuivent sur Haida Gwaii et à travers le Canada. L'autonomie gouvernementale autochtone demeure une oeuvre inachevée.

21 R. v. Pamajewon. 2 S.C.R. 821, 1996, p. 834