

Identité et gouvernance autochtones dans les ententes d'autonomie et de revendications territoriales globales au Canada

Geneviève Motard

Volume 43, numéro 2, 2013

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1023205ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1023205ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Motard, G. (2013). Identité et gouvernance autochtones dans les ententes d'autonomie et de revendications territoriales globales au Canada. *Revue générale de droit*, 43(2), 501–530. <https://doi.org/10.7202/1023205ar>

Résumé de l'article

Dans cet article, l'auteure examine les règles d'appartenance retenues dans les ententes d'autonomie gouvernementale et de revendications territoriales globales qui ont recours au principe de personnalité des lois. Dans un régime de personnalité des lois, il est de la prétention de l'auteure que l'identité de la nation signataire des ententes a le potentiel de devenir un enjeu de pouvoir. En effet, l'identité autochtone devient alors une « frontière » du pouvoir entre l'État et la nation autochtone, ce qui encourage l'État à s'intéresser de près aux règles identitaires des nations signataires des ententes. Ce faisant, l'État porte atteinte au droit fondamental des peuples autochtones de s'autodéfinir. Après un bref historique du traitement de l'identité autochtone dans les traités conclus entre l'État et les peuples autochtones, l'auteure présente les dispositifs des ententes ayant pour effet de favoriser l'intervention étatique dans les choix identitaires des nations signataires. Pour finir, l'auteure met en lumière quelques conséquences des choix identitaires effectués dans les ententes sur la gouvernance des nations signataires.

Identité et gouvernance autochtones dans les ententes d'autonomie et de revendications territoriales globales au Canada

GENEVIÈVE MOTARD*

RÉSUMÉ

Dans cet article, l'auteure examine les règles d'appartenance retenues dans les ententes d'autonomie gouvernementale et de revendications territoriales globales qui ont recours au principe de personnalité des lois. Dans un régime de personnalité des lois, il est de la préention de l'auteure que l'identité de la nation signataire des ententes a le potentiel de devenir un enjeu de pouvoir. En effet, l'identité autochtone devient alors une « frontière » du pouvoir entre l'État et la nation autochtone, ce qui encourage l'État à s'intéresser de près aux règles identitaires des nations signataires des ententes. Ce faisant, l'État porte

ABSTRACT

The author examines the membership rules contained in the Aboriginal self-government and comprehensive land claims agreements that refer to the principle of personality of law. The author pretends that in a personality of law context the identity of a nation who signed an agreement may become a power issue. Indeed, the Native identity becomes a "frontier" of the power between the State and the Aboriginal nation, and this encourages the State to look into the identity rules of the nations who signed such agreements. However, by doing so, the State undermines the fundamental right of Aboriginal peoples to define

* Professeure adjointe à la Faculté de droit de l'Université Laval.

atteinte au droit fondamental des peuples autochtones de s'autodéfinir. Après un bref historique du traitement de l'identité autochtone dans les traités conclus entre l'État et les peuples autochtones, l'auteure présente les dispositifs des ententes ayant pour effet de favoriser l'intervention étatique dans les choix identitaires des nations signataires. Pour finir, l'auteure met en lumière quelques conséquences des choix identitaires effectués dans les ententes sur la gouvernance des nations signataires.

themselves. After a brief historical review of the treatment of Aboriginal identity in treaties between the State and Aboriginal peoples, the author presents, on the one hand, the different mechanisms used in the agreements that have the effect of allowing State intervention into the choices made by the nations who signed such agreements, and, on the other hand, some consequences of the agreements membership criteria on the institutional choices made by signatory nations.

Mots-clés : *Peuples autochtones, droit, Canada, traités, autonomie gouvernementale, revendications territoriales globales, identité, droit à l'autodéfinition, personnalité des lois.*

Key-words: *Aboriginal peoples, rights, Canada, treaties, self-government, comprehensive land claims agreements, membership, right to self-definition, personality of laws.*

SOMMAIRE

Introduction.....	503
I. La saisie des identités autochtones dans le droit canadien des traités : un aperçu historique	507
II. Les limites au droit à l'autodéfinition des nations signataires des ententes : l'identité autochtone comme enjeu des négociations	514

III. L'identité : un déterminant des modes de gouvernance dans les ententes	521
Conclusion	529

INTRODUCTION¹

Par la détermination de leurs critères de citoyenneté, les peuples autochtones peuvent définir qui ils sont, qui ils souhaitent devenir et ancrer cette identité dans le droit. Au Canada, il s'agit, de surcroît, d'une manière de dépasser le régime colonial, dans la mesure où le contrôle étatique de l'identité autochtone a, depuis le 19^e siècle, constitué un outil important d'assimilation². En effet, en Amérique du Nord, la définition des identités autochtones a historiquement été instrumentalisée aux fins de la colonisation. En découlent aujourd'hui des nations et des identités autochtones morcelées³. Dès lors, pour ces nations, le pouvoir de définir l'identité nationale constitue un enjeu qui soulève des questions cruciales pour l'avenir⁴.

1. Ce texte est inspiré de la thèse de doctorat de l'auteure : Geneviève Motard, *Le principe de personnalité des lois comme voie d'émancipation des peuples autochtones? Analyse critique des ententes d'autonomie gouvernementale au Canada*, thèse de doctorat, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2013. L'auteure tient à remercier les évaluateurs anonymes pour leurs commentaires constructifs.

2. Voir notamment Pamela D Palmater, *Beyond Blood: Rethinking Indigenous Identity*, Saskatoon, Purich, 2011 aux pp 28-54.

3. En témoigne encore le jugement dans l'affaire *Cunningham* rendu récemment par la Cour suprême du Canada : *Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 RCS 670 [*Cunningham*].

4. Dans Val Napoleon, « Extinction by Number: Colonialism Made Easy » (2001) 16:1 CJLS 113 à la p 115, l'auteure donne des exemples des questions qui se posent : « [W]hat comprise nationhood? How has colonialism changed or influenced First Nations' definitions of nationhood? What are the consequences to how we define nationhood and citizenship? Is there a difference between western and First Nations constructs about nationhood and citizenship? How does nationhood shape concepts of self and identity? How do nationhood and citizenship connect to the treaty and *Indian Act* issues of 'eligibility and enrolment'? ». Gordon Christie estime quant à lui que cet enjeu est fondamental dans la perspective d'une revitalisation des traditions juridiques autochtones. Voir Gordon Christie, « Culture, Self-Determination and Colonialism: Issues Around the Revitalisation of Indigenous Legal Traditions » (2007) 6:1

La possibilité, pour les nations autochtones, de s'auto-définir joue par conséquent un rôle symbolique dans un esprit de décolonisation du droit canadien, ainsi qu'un rôle fort concret et réel dans ce processus. Elle permet à un peuple d'exprimer qui il est en décidant quels sont les individus qui font partie de son *demos*, c'est-à-dire de son groupe national, et permet de faire évoluer cette identité dans le temps. En facilitant l'expression d'une identité nationale pleinement consentie dans l'espace public, l'exercice du droit à l'auto-définition permet finalement aux groupes et aux individus de se distinguer des autres, autochtones et allochtones.

Reconnu par la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*⁵ comme étant l'un des droits fondamentaux des peuples autochtones, l'exercice du droit à l'autodéfinition demeure, au Canada, limité par plusieurs règles du droit étatique. À titre d'exemple, le statut d'Indien sert encore largement à identifier les personnes membres des Premières nations et ayant donc, notamment, le droit de

Indigenous LJ 13 à la p 26. Pour reprendre à notre compte les termes d'une auteure, la question des identités autochtones est véritablement complexe et sensible. Voir Hilary N Weaver, « Indigenous Identity: What Is It, and Who Really Has It? » (2001) 25 :2 AIQ 240. Outre les défis pratiques qu'elle pose, cette question est traversée de nombreux débats théoriques sur l'indigénéité, l'ethnicité et le nationalisme. Cette étude n'a pas pour objectif d'en faire état; le lecteur intéressé par ces questions peut notamment consulter Philippe Poutignat et Jocelyne Streiff-Fenart, *Théories de l'ethnicité*, Paris, Presses Universitaires de France, 1995, notamment l'article de Fredrik Barth, « Les groupes ethniques et leurs frontières » à la p 203 du même ouvrage; Danielle Juteau, *L'ethnicité et ses frontières*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1999; Alain Dieckhoff, dir, *La constellation des appartenances : nationalisme, libéralisme et pluralisme*, Paris, Presses de Sciences Po, 2004; Ronald Niezen, *The Origins of Indigenism: Human Rights and the Politics of Identity*, Los Angeles, University of California Press, 2003 [Niezen, *Origins*]; Kirsty Gover, *Tribal Constitutionalism: States, Tribes, and the Governance of Membership*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

5. *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Doc off AGNU 61^e sess, annexe, Doc NU A/RES/61/295 (2007) art 9 et 33. À noter que la Commission royale sur les peuples autochtones suggérait que : « [l]a citoyenneté liée à la nation et l'admissibilité à cette citoyenneté [devraient être] déterminées selon les critères établis par la Constitution de la nation autochtone, par une loi ou un code de citoyenneté ou par des normes culturelles, des coutumes et des conventions tacites ». Voir Canada, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol 2, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1996 à la p 276 [*Rapport sur les peuples autochtones*].

posséder des terres sur réserve⁶. Ajoutons que, lorsque la *Loi sur les Indiens* reconnaît la capacité des nations autochtones de décider de leurs propres codes de citoyenneté, elle impose aussi le respect de certaines règles qui restreignent l'expression de ce pouvoir⁷. D'autres exemples, sur lesquels nous reviendrons dans ce texte, illustrent les obstacles juridiques que rencontrent les peuples autochtones qui souhaitent s'autodéfinir.

Notre intérêt à l'égard des identités autochtones et de leur saisie par le droit⁸ s'inscrit dans une réflexion plus large concernant la mise en œuvre du droit à l'autonomie des peuples autochtones au Canada. Nous nous intéressons de manière plus particulière au principe de personnalité des lois comme moyen retenu dans les ententes pour mettre en œuvre le droit des peuples autochtones à l'autonomie. Au contraire de la territorialité des lois, la personnalité des lois rattache l'application des lois aux personnes sur la base de critères identitaires⁹. Dans un régime de personnalité des lois, il est

6. *Loi sur les Indiens*, LRC 1985, c I-5, art 18. D'ailleurs, toute personne qui pénètre sans autorisation sur une réserve peut légalement faire l'objet de sanction (voir *ibid.*, art 30).

7. *Ibid.*, art 10(1). Brian A Crane, Robert Mainville et Martin W Mason, *First Nations Governance Law*, Markham, LexisNexis, 2006 aux pp 149-56. Le respect des « droits acquis » en matière de statut, de même que des règles procédurales font partie des conditions à respecter pour obtenir la validation du code de citoyenneté par le ministre fédéral.

8. À cet égard, voir notamment les ouvrages suivants : Gover, *supra* note 4; Sébastien Grammond, *Identity Captured by Law: Membership in Canada's Indigenous Peoples and Linguistic Minorities*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2009 [Grammond, *Identity*]; Tim A Schouls, *Shifting Boundaries: Aboriginal Identity, Pluralist Theory, and the Politics of Self-Government*, Vancouver, UBC Press, 2003; Palmater, *supra* note 2; Larry Gilbert, *Entitlement to Indian Status and Membership Codes in Canada*, Scarborough, Carswell, 1996; Bonita Lawrence, *"Real" Indians and Others: Mixed-Blood Urban Native Peoples and Indigenous Nationhood*, Lincoln, University of Nebraska Press, 2004; Niezen, *Origins*, *supra* note 4; Ronald Niezen, *The Rediscovered Self: Indigenous Identity and Culture Justice*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2009.

9. Les ouvrages se rapportant au principe de personnalité sont nombreux. En outre, la doctrine en propose des analyses historiques, politiques, philosophiques ou comparatives. Voir notamment Ephraim Nimni, dir, *National Cultural Autonomy and its Contemporary Critics*, London, Routledge, 2005; Rainer Bauböck, « Pourquoi rester unis? Une approche pluraliste de la sécession et de la fédération » dans Isabelle Schulte-Tenckhoff, dir, *Altérité et droit. Contributions à l'étude du rapport entre droit et culture*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 117; Stéphane Pierré-Caps, *La multination. L'avenir des minorités en Europe centrale et orientale*, Paris, Odile

de notre prétention que l'identité autochtone devient un enjeu de pouvoir dans les négociations politiques entre l'État et les peuples autochtones. En effet, le partage du pouvoir et des ressources ne sera dès lors plus uniquement fonction du territoire, comme ce serait le cas en contexte de territorialité des lois, mais sera largement fonction de l'identité des personnes, des statuts et des réseaux. Parallèlement, les critères d'appartenance retenus par un groupe national constitueront aussi un des facteurs qui présidera au choix de la personnalité des lois.

L'appréhension des identités autochtones par le droit canadien et par l'État n'est pas nouvelle et s'est manifestée tant dans les règles législatives que constitutionnelles. Cette saisie identitaire ressort, en outre, de l'interprétation judiciaire des traités historiques, laquelle est confirmée par l'interprétation judiciaire contemporaine des droits ancestraux, ce que nous étudierons dans la première partie du texte (partie I). La conclusion d'ententes reconnaissant et mettant en œuvre le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale laissait présager une pleine reconnaissance du droit à l'auto-définition des nations signataires de ces ententes. Comme nous le démontrons dans la deuxième partie, l'analyse de nombreuses ententes définitives d'autonomie gouvernementale et de revendications territoriales globales¹⁰ démontre cependant le contraire (partie II). La dernière partie permettra, d'une part, d'exposer les principaux critères identitaires retenus dans les ententes d'autonomie et de revendications territoriales globales et, d'autre part, de mettre de l'avant certaines des conséquences qu'entraînent les choix identitaires sur la gouvernance des nations signataires de ces ententes (partie III).

Jacob, 1995; Stéphane Pierré-Caps, « Le principe de l'autonomie personnelle : une solution d'avenir? » dans Dieckoff, *supra* note 4, 371; Otto Bauer, *La question des nationalités et la social-démocratie*, Paris, Arcantère, 1987; Karl Renner, *La nation, mythe et réalité*, traduit par Claude Tixador, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 1998. En ce qui concerne le recours au principe de personnalité des lois dans la gouvernance autochtone au Canada, on peut consulter les travaux du professeur Ghislain Otis, notamment Ghislain Otis, « Territorialité, personnalité et gouvernance autochtone » (2006) 47 :4 C de D 781 [Otis, « Territorialité »].

10. *Accord définitif Nisga'a, Sa Majesté la Reine du chef du Canada, Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique et la nation Nisga'a*, 27 avril 1999 [Accord définitif Nisga'a]; *Accord sur les revendications territoriales et l'autonomie*

I. LA SAISIE DES IDENTITÉS AUTOCHTONES DANS LE DROIT CANADIEN DES TRAITÉS : UN APERÇU HISTORIQUE

Une revue historique des décisions des tribunaux s'étant prononcés sur l'identité des bénéficiaires des traités met en lumière certains éléments de continuité dans le traitement réservé aux règles de citoyenneté des nations autochtones dans la jurisprudence et dans les ententes d'autonomie et de revendications territoriales globales. Ces rapprochements ont lieu tant à l'égard des différentes catégories juridiques créées par le droit constitutionnel canadien, lesquelles ont pour conséquence de ne pas reconnaître l'ensemble des effets juridiques qui devraient, selon nous, être rattachés aux règles de citoyenneté des peuples autochtones, qu'en ce qui concerne les critères identitaires retenus, largement fondés sur les liens de descendance.

L'identification, par les instances judiciaires, des bénéficiaires des droits issus de traités est une pratique qui remonte au début du 20^e siècle. En effet, aucun critère d'appartenance n'est précisé dans les textes des traités de cession ou de paix et d'amitié. Lorsque c'est le cas, les critères sont laconiques. À titre d'exemple, dans le cas du Traité n^o 8 conclu en 1899, ce

gouvernementale entre le peuple Tlicho et le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest et le Gouvernement du Canada, 25 août 2003 [Accord définitif Tlicho]; Accord sur des revendications territoriales entre les Inuit du Labrador et Sa Majesté La Reine du chef de Terre-Neuve-et-Labrador et Sa Majesté La Reine du chef du Canada, 1^{er} décembre 2005 [Accord définitif Inuit du Labrador]; Accord sur l'autonomie gouvernementale de la Première nation de Westbank entre Sa Majesté la Reine du chef du Canada et la Première nation de Westbank, 1^{er} avril 2005 [Accord Westbank]; Accord définitif de la Première nation Tsawwassen, Sa Majesté la Reine du chef du Canada, Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique et la Première nation Tsawwassen, 6 décembre 2007 [Accord définitif Tsawwassen]; Accord-cadre définitif entre le gouvernement du Canada, le conseil des Indiens du Yukon et le gouvernement du Yukon, 29 mai 1993 [Accord-cadre définitif Conseil des Indiens du Yukon]. À noter que les ententes particulières sur l'autonomie gouvernementale et les revendications territoriales globales des Premières nations du Yukon ont aussi été examinées. Le choix de ces ententes se justifie notamment par leur caractère « définitif » (et non provisoire), par le fait qu'elles ont toutes recours au principe de personnalité des lois et par le fait qu'elles permettent de représenter le cas de nations autochtones du Canada qui se caractérisent par des réalités démographiques et géographiques différentes. La recherche est, par ailleurs, limitée à certains égards. Il s'agit, d'une part, d'une analyse documentaire et doctrinale. Nos conclusions devront dès lors être validées dans la pratique. D'autre part, les dispositifs financiers n'ont pas été analysés, mais pourront faire l'objet de recherches ultérieures.

sont les familles signataires et leurs descendants qui sont bénéficiaires des droits¹¹. En l'absence de critères précis, les autorités coloniales établissaient d'abord des estimations de la population et recensaient ensuite les personnes présentes au moment de la signature du traité en indiquant arbitrairement la « bande » à laquelle ces personnes semblaient appartenir¹². Autrement dit, la composition de la nation signataire était un fait ethnologique avec lequel les autorités devaient s'accorder.

Lorsque la question s'est posée pour la première fois devant une cour de justice canadienne, en 1929, la Cour a exigé la preuve de liens ancestraux directs avec la nation signataire du traité¹³. Le traité en cause dans cette affaire ne prévoyait rien que « la susdite Tribu pour eux mêmes et leurs héritiers et les Héritiers de leurs Héritiers à Jamais »¹⁴. Le traitement judiciaire subséquent démontre que les titulaires des droits issus de traités sont — outre les personnes ayant participé à la signature du traité — les Indiens inscrits membres de la bande¹⁵ et les descendants directs des membres de la nation signataire¹⁶. Fréquemment, cette question fait l'objet d'un

11. Rappelons que dans les arrêts *Nowegijick c R*, [1983] 1 RCS 29 à la p 36; *Simon c R*, [1985] 2 RCS 387 à la p 402 [*Simon*], et *R c Marshall*, [1999] 3 RCS 456 au para 78 [*Marshall*], la Cour suprême invite à une interprétation généreuse des traités, qui tiendrait compte du contexte historique.

12. Commission des revendications des Indiens, *Enquête relative à la revendication de droits fonciers issus d'un traité de la Première nation de fort McKay*, décembre 1995 aux pp 16-17. L'acte d'adhésion au traité ne comprend aucun critère « objectif » d'appartenance à la nation. Cela amène la Commission des revendications des Indiens à conclure que : « [r]ien ne permet de déterminer avec certitude quelles collectivités ou bandes indiennes sont représentées aux négociations de Fort McMurray » (*ibid* à la p 16). Et plus loin : « Robertson [l'arpenteur-général fédéral] ne peut se fier à aucune liste des bénéficiaires de Fort McKay, car il n'en existe pas encore en 1915 » (*ibid* à la p 29). Voir aussi *ibid* aux pp 62-63. L'incertitude concernant l'identité des personnes admissibles aux avantages des traités transparait aussi dans l'affaire *Canada (PG) v Thomas* (1891), 2 Ex CR 246 [*Thomas*].

13. *R v Syliboy*, [1929] 1 DLR 307 à la p 309, (1928), 50 CCC 389.

14. L'extrait est cité dans *Simon*, *supra* note 11 à la p 393.

15. *R c Sundown*, [1999] 1 RCS 393 au para 2; *R c Badger*, [1996] 1 RCS 771 au para 22; *Marshall*, *supra* note 11 au para 1; *R c Sioui*, [1990] 1 RCS 1025 à la p 1031.

16. *Simon*, *supra* note 11 aux pp 395 et 407-08, où la Cour rapporte et rejette les conclusions des tribunaux inférieurs qui ont eu recours à cette approche; *R v Moses* (1969), 13 DLR (3^e) 50 à la p 51; *R v Bartleman*, [1984] 3 CNLR 114 (BCCA). Dans *R v Atwin et Sacobie*, les procureurs de la Couronne et de la défense se sont entendus sur les faits : « [t]he defendant [...] is a descendant of Indians who signed treaties »; voir *R v Atwin et Sacobie*, [1981] 2 CNLR 99 à la p 100. Au même effet, voir *R v White et Bob* (1964), 50 DLR (2^e) 613 à la p 615 (BCCA), *conf par* [1965] RCS vi.

accord sur les faits entre les procureurs, sinon la qualification est énoncée comme un fait par le juge d'instance¹⁷. Ni les règles d'appartenance des communautés ni la perspective des individus ne sont considérées pour déterminer l'identité des personnes¹⁸.

En 1985, dans l'arrêt *Simon c R*¹⁹, la Cour suprême adopte plutôt le critère du lien suffisant avec la nation signataire. Dans cette affaire, la Cour a jugé l'appelant admissible aux avantages du Traité de 1752 parce qu'il était un Indien inscrit, qu'il était Micmac et qu'il vivait dans la même région que la nation ayant signé le traité. De plus, la nation de l'appelant portait le même nom que la nation ayant signé le traité de 1752. La Cour a rejeté la position de la Cour d'appel — celle-là étant d'ailleurs conforme à la jurisprudence antérieure —, laquelle avait exigé la preuve d'un lien de descendance directe avec la nation signataire du traité²⁰. Le critère du « lien suffisant » concorde avec une interprétation large des traités historiques²¹. La Cour estime alors qu'exiger la preuve d'un lien direct peut porter atteinte aux droits issus du traité :

Les Micmacs ne tenaient aucun registre. Les traditions micmaques sont en grande partie de nature orale. L'imposition d'un

17. C'est notamment le cas dans les affaires suivantes : *R v Wesley* (1975), 62 DLR (3^e) 305 aux pp 308-09, (1974-75) 8 CNLC 572; *R v Penasse et McLeod* (1971), 8 CCC (2^e) 569 aux pp 570-71 (Ont P Ct), (1971-73) 7 CNLC 375; *R v Cooper, George et George* (1968), 1 DLR (3^e) 113 aux pp 113-14 (BCSC), (1960-70) 6 CNLC 181; *R v Nippi* (1969), 70 WWR 390 à la p 390 (Sask DC), (1960-70) 6 CNLC 517; *R v Rider* (1968), 70 DLR (2^e) 77 à la p 78 (Alta MC), (1960-70) 6 CNLC 548; *R v Batisse* (1978), 84 DLR (3^e) 377 à la p 378 (Ont DC), (1976-78) 9 CNLC 429; *R v Moosehunter* (1976-78), 9 CNLC 643 (Sask DC) conf par *Moosehunter c R*, [1981] 1 RCS 282; *R v Frank* (1975), 61 DLR (3^e) 327 à la p 329 (Alta SC), (1976-78) 9 CNLC 521, conf par *Frank c R*, [1978] 1 RCS 95 [*Frank*]. Dans une décision, la question du statut n'est même pas soulevée : *R v Padjena et Quesawa* (1930), 4 CNLC 411.

18. À ce sujet, voir généralement D'Arcy Vermette, « Colonialism and the Process of Defining Aboriginal People » (2008) 31 Dal LJ 211.

19. *Supra* note 11.

20. *Ibid* aux para 42-45.

21. Il faut dire cependant que, dans cette affaire, les faits établissaient clairement la présence d'un « lien suffisant ».

fardeau de preuve impossible enlèverait effectivement toute valeur au droit de chasse qu'un Indien micmac Shubenacadie d'aujourd'hui aurait par ailleurs le droit d'invoquer en se fondant sur ce traité²².

En droit canadien, la question de ce qui constitue un lien suffisant demeure ouverte²³. En guise d'exemple, des liens de résidence²⁴ ou d'appartenance à la communauté contemporaine peuvent-ils être qualifiés de suffisants²⁵? Selon un auteur, il n'est pas certain que les Indiens inscrits vivant sur une réserve, mais qui ne seraient autrement pas membres de la bande, puissent exercer les droits issus du traité dont la bande serait signataire²⁶. Il en serait de même, de l'avis du même auteur, pour les membres des Premières nations qui ne seraient pas des Indiens inscrits²⁷. À cet égard, mentionnons que dans quelques décisions, les tribunaux saisis de cette question ont conclu que les droits issus de traités pouvaient être exercés indépendamment du statut d'Indien²⁸.

Les trois conditions établies dans l'arrêt *R c Powley* pour identifier les bénéficiaires des droits ancestraux des Métis peuvent être comparées au critère du « lien suffisant » retenu dans l'arrêt *Simon* pour identifier les titulaires des droits issus de traités. Ces trois conditions, rappelons-le, sont (1) l'auto-identification, (2) l'appartenance à la communauté contemporaine et (3) la preuve d'un lien ancestral objectif avec la

22. *Simon*, *supra* note 11 au para 44. Voir aussi Sébastien Grammond, *Les traités entre l'État canadien et les peuples autochtones*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1995 à la p 88.

23. Dwight A Dorey et Joseph Eliot Magnet, dir, *Aboriginal Rights Litigation*, Markham, LexisNexis, 2003 à la p 64.

24. Voir par ex *R v Blackfoot Band of Indians*, [1982] 3 CNLR 53 à la p 61, (1982) 4 WWR 230 (CF); *Frank*, *supra* note 17.

25. Dorey et Magnet, *supra* note 23 aux pp 63-66.

26. Shin Imai, *Aboriginal Law Handbook*, 2^e éd, Scarborough, Carswell, 1999 à la p 160.

27. *Ibid* à la p 161.

28. Voir notamment *R v Chevrier*, [1989] 1 CNLR 128 (Ont DC).

communauté historique. S'agissant de ce dernier critère, la Cour suprême du Canada, unanime, précise que

[n]ous n'exigerions pas la preuve de « liens du sang » minimums, mais plutôt la preuve que les ancêtres du demandeur appartenaient, par naissance, adoption ou autrement, à la communauté métisse historique²⁹.

Plus précis que le critère du lien suffisant et malgré ce qu'elle en dit, la Cour suprême adopte une approche de l'identité autochtone basée sur le critère de l'ascendance. C'est, du moins, ce que démontre la condition selon laquelle les *ancêtres* d'une personne doivent appartenir à la communauté métisse *historique*. Suivant notre compréhension, cette approche ne permet pas à un allochtone ou à un non-bénéficiaire qui serait dépourvu de liens d'ascendance avec la communauté historique d'acquérir, par exemple par mariage, le statut de bénéficiaire des droits ancestraux. Ainsi, s'agissant des droits ancestraux des Métis, il faudrait conclure que les conjoints qui n'ont aucune ascendance métisse ne peuvent exercer les droits dont serait titulaire la communauté contemporaine³⁰. La conception de l'identité, basée sur les liens d'ascendance, avait toutefois été rejetée, moins de vingt ans plus tôt, dans l'affaire *Simon*. Dès lors, en ce qui concerne la détermination des bénéficiaires des droits issus de traités, il s'agira de voir si la Cour suivra l'approche retenue dans l'affaire *Simon* ou celle adoptée dans l'affaire *Powley*. Malgré les incertitudes que le critère du « lien suffisant » laissait entrevoir, celui-ci avait le potentiel de laisser aux nations signataires des traités historiques

29. *R c Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 RCS 207 au para 32 [*Powley*].

30. En d'autres termes, le statut de membre de la communauté métisse qui peut être reconnu aux conjoints par les communautés contemporaines ne leur permet pas d'exercer les droits ancestraux. Ce test nous semble critiquable à plusieurs égards : d'une part, il y a disparité entre les droits constitutionnels qui peuvent être exercés dans une même famille. D'autre part, on peut se questionner sur l'égalité de traitement entre les Indiens et les Métis, puisque les Indiens ont pu, jusqu'en 1985, transmettre leur statut par mariage; voir notamment *Acte pour amender et refondre les lois concernant les Sauvages*, LC 1876, c 18 au para 3(3). Cette transmission n'est cependant plus possible depuis 1985.

la capacité de définir leur appartenance³¹. Or, ce n'est pas le cas dans l'arrêt *Powley*. La Cour justifie son choix en adoptant une approche téléologique de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*³². Elle écrit :

[L]es critères de détermination de l'identité métisse pour l'application de l'art. 35 doivent refléter l'objet de la garantie constitutionnelle prévue par cette disposition : reconnaître et confirmer les droits que détiennent les Métis du fait qu'ils sont des descendants directs des premiers habitants du pays et du fait de la continuité entre leurs coutumes et traditions et celles de leurs ancêtres métis³³ [nos soulignés].

À notre sens, cette interprétation de l'article 35 néglige de considérer que les droits qui y sont protégés sont des droits de groupe. Ceux-ci comprennent le droit pour leurs titulaires de décider des moyens d'exercer les droits³⁴. Ils devraient aussi, à notre avis, comprendre le droit de décider des personnes aptes à les exercer sous réserve du respect des droits fondamentaux des individus³⁵. Au surplus, comme nous l'avons démontré précédemment, l'exigence d'une preuve de liens de descendance directe s'inscrit en continuité avec une politique judiciaire qui remonte aux pratiques coloniales du début du 20^e siècle³⁶. Or, tel que la Cour l'a relevé en 1985 dans

31. Voir *Thomas, supra* note 12, qui démontre que la preuve de liens de sang n'était, à l'origine, pas exigée pour bénéficier des droits issus du traité. Les agents de l'État exigeaient, toutefois, que les individus optent entre les différents régimes applicables, de manière à ne pas en cumuler les avantages. Les Métis sont définis comme suit par le juge :

It is admitted that the defendant is a half-breed, and it appears from the evidence that he has during all his life lived after the manner of white men, and never according to the mode and habits of life of the Indian. He is by trade and occupation a carpenter and farmer. For many years he was a warden of the church at Saint Peter; and on several occasions he has been a representative from that church to the synod. After the transfer of Rupert's Land [...], he was appointed a Justice of the Peace (*ibid* à la p 248).

32. Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c 11.

33. *Powley, supra* note 29 au para 29.

34. Ghislain Otis, « Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones » (1999) 40 C de D 591 à la p 611; Ghislain Otis, « L'autonomie personnelle au cœur des droits ancestraux : *sub qua lege vivis?* » (2007) 52 RD McGill 657 à la p 665.

35. *Corbiere c Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 RCS 203.

36. Vermette, *supra* note 18.

l'affaire *Simon*, une telle exigence peut également porter atteinte à une juste reconnaissance des droits protégés constitutionnellement.

En somme, l'étude de la question de l'identité des bénéficiaires des droits ancestraux, telle que traitée par la Cour suprême du Canada, confirme que les critères de citoyenneté des peuples autochtones ne sont toujours pas pleinement considérés par les juges³⁷. Dans l'arrêt *R c Powley*³⁸, la Cour s'exprimait ainsi :

[i]l importe de se rappeler que, indépendamment des critères d'appartenance établis par la communauté contemporaine, seuls les membres possédant des liens ancestraux démontrables avec la communauté historique peuvent revendiquer un droit protégé par l'art. 35³⁹.

Autrement dit, l'appartenance à une nation contemporaine, voire à une bande indienne — suivant une décision récente de la Cour fédérale —, n'emporte pas automatiquement le droit d'exercer des activités protégées constitutionnellement⁴⁰. La logique juridique derrière cette position est implacable : il n'appartient pas à un groupe, quel qu'il soit, de décider des titulaires de droits constitutionnels. Il s'agit là de la compétence du pouvoir constituant ou du pouvoir judiciaire dans son rôle de gardien de la Constitution⁴¹. En apparence neutre, cette règle de droit constitutionnel a cependant pour conséquence d'empêcher, du moins dans une certaine mesure,

37. Dans l'arrêt *Powley*, *supra* note 29, la Cour suprême semble manifester une ouverture à cet égard lorsqu'elle écrit, au para 29 :

Étant donné que les communautés métisses continuent de s'organiser plus formellement et de revendiquer leurs droits constitutionnels, il est essentiel que les conditions d'appartenance aux communautés deviennent plus uniformes, de façon à permettre l'identification des titulaires de droits. Dans l'intervalle, les tribunaux saisis de revendications émanant de Métis devront statuer au cas par cas sur la question de l'identité. L'examen doit tenir compte à la fois de la manière dont la communauté se définit et de la nécessité que l'identité puisse se vérifier objectivement.

38. *Supra* note 29.

39. *Ibid* au para 34.

40. *Première nation Kwicksutaineuk Ah-Kwa-Mish c Canada (PG)*, 2012 CF 517 au para 91 (disponible sur QL).

41. Dans un contexte différent, cette logique a été appliquée dans l'affaire *Re Whether "indians" includes "Eskimo"*, [1939] SCR 104.

les peuples autochtones de s'autodéfinir⁴². Or, cette règle constitutionnelle sera reprise dans les ententes d'autonomie gouvernementale et de revendications territoriales globales.

II. LES LIMITES AU DROIT À L'AUTODÉFINITION DES NATIONS SIGNATAIRES DES ENTENTES : L'IDENTITÉ AUTOCHTONE COMME ENJEU DES NÉGOCIATIONS

Dans les ententes d'autonomie gouvernementale et de revendications territoriales globales, nous observons aussi certaines limitations au droit des nations signataires de s'autodéfinir. Ces limites ressortent essentiellement de la distinction adoptée dans la majorité des ententes entre les bénéficiaires des traités et les citoyens des nations signataires⁴³.

Les ententes que nous avons étudiées ont pour effet de partager, entre l'État et les nations autochtones, le pouvoir décisionnel en ce qui concerne l'appartenance aux nations signataires. En effet, l'État conserve une part de l'autorité en cette matière. Suivant notre analyse, trois modèles juridiques ont été retenus par les négociateurs. Selon un premier modèle, l'entente distingue les bénéficiaires de l'entente des citoyens des nations signataires⁴⁴. Selon un deuxième modèle, l'entente identifie le citoyen au bénéficiaire⁴⁵. Quant au troisième modèle, l'entente encadre la compétence de la nation signataire en matière de citoyenneté⁴⁶. Dans tous ces cas de

42. Vermette, *supra* note 18 aux pp 227, 235 et s, plus particulièrement 243-44.

43. Il ne s'agit pas ici de remettre en question la légitimité et l'importance des ententes. Nous ne questionnons pas non plus la validité du consentement autochtone aux ententes d'autonomie et de revendications territoriales globales. Ainsi, le professeur Saint-Hilaire a déjà bien montré l'importance de la conclusion de traités pour la reconnaissance des droits territoriaux des peuples autochtones et pour l'amélioration des rapports entre les Autochtones et l'État; voir Maxime Saint-Hilaire, « La proposition d'entente de principe avec les Innus : vers une nouvelle génération de traités? » (2003) 44 :3 C de D 395 aux pp 397-400. Pour les principales critiques opposées à la politique fédérale de revendications territoriales globales, voir *ibid* aux pp 405-12.

44. Ce modèle a été retenu dans l'*Accord définitif Nisga'a*, *supra* note 10, dans les ententes d'autonomie gouvernementale, dans l'*Accord-cadre définitif conseil des indiens du Yukon*, *supra* note 10, et dans l'*Accord définitif Tsawwassen*, *supra* note 10.

45. L'*Accord définitif Tlicho*, *supra* note 10 et l'*Accord définitif Inuit du Labrador*, *supra* note 10 adoptent ce modèle.

46. C'est le modèle retenu dans l'*Accord Westbank*, *supra* note 10.

figure, les nations signataires ont la capacité d'octroyer leur citoyenneté à des non-bénéficiaires. À cet égard, nous estimons que les ententes favorisent la capacité des nations signataires de s'autodéfinir et que là n'est pas où le bât blesse. En revanche, nous estimons que cette façon de procéder impose aux nations signataires des critères « minimums », ce qui nous paraît problématique dans la perspective du droit des nations de s'autodéfinir. Cela est aussi critiquable lorsque les personnes ainsi déterminées ont vocation à représenter le *demos* « initial » ou « originaire », soit le groupe de personnes ayant le droit et la responsabilité de ratifier l'entente, d'adopter la constitution initiale, ainsi que le code de citoyenneté initial. On mesure ici l'importance du droit à l'autodéfinition pour l'avenir politique de la nation.

Mais encore, cette façon de faire peut poser des problèmes pratiques importants. Par exemple, dans l'affaire *McIvor*⁴⁷, certaines dispositions de la *Loi sur les Indiens*⁴⁸ ont été invalidées en raison de leur caractère discriminatoire. À la suite de cette affaire, le Parlement fédéral a élargi le statut d'Indien à un nombre important de personnes⁴⁹. De ce fait, ces personnes ont parallèlement obtenu le droit de bénéficier des dispositions de certaines ententes et de devenir des citoyens des nations signataires. Ce fut ainsi le cas pour les personnes visées par les modifications législatives fédérales qui obtenaient le droit de devenir admissibles au statut de bénéficiaire de l'*Accord des Premières nations Champagne et Aishihik*. Or, les délais inhérents à la procédure fédérale ont affecté le droit de ces personnes de devenir bénéficiaires de l'entente, même si la nation leur avait reconnu leur citoyenneté⁵⁰.

La capacité des nations signataires de s'autodéfinir est également limitée du fait que certaines ententes prescrivent l'obligation d'inclure dans la Constitution interne de la nation le droit, mais non l'obligation, des bénéficiaires des ententes

47. *McIvor c Canada (Registraire des Affaires indiennes et du Nord Canada)*, 306 DLR (4^e) 193, 2009 BCCA 153 [*McIvor*].

48. *Supra* note 6, art 6(1)a) et 6(1)c).

49. Voir *Loi sur l'équité entre les sexes relativement à l'inscription au registre des Indiens*, LC 2010, c 18.

50. *Membership*, Résolution # 2010-12, Champagne and Aishihik First Nations, General Assembly, Kusawa, 2010.

de devenir citoyens⁵¹ ou encore du fait que les bénéficiaires sont des citoyens et non l'inverse⁵², alors que l'identité des bénéficiaires est, sauf exception, fixée par entente avec l'État. Comme l'a déjà bien montré le doyen Grammond, cette situation paraît d'autant plus problématique que les nations signataires n'ont pas la capacité de modifier unilatéralement les critères retenus pour qualifier les personnes à titre de bénéficiaires⁵³. La participation de l'État à la définition de l'identité autochtone se concrétise également par le renvoi, dans les ententes, à la *Loi sur les Indiens*⁵⁴, une loi fédérale qui ne peut être modifiée par les nations signataires. Dans les *Accords définitifs Tlicho* et *Tsawwassen*, par exemple, les Indiens inscrits membres de la bande sont bénéficiaires de l'entente et citoyens de la nation⁵⁵.

La création d'un double statut juridique, bénéficiaire et citoyen, que l'on retrouve dans certaines ententes, est aussi problématique à un autre égard. En effet, il nous semble qu'une telle distinction perpétue la catégorisation des membres d'une même communauté en séparant les citoyens qui seraient authentiques (les bénéficiaires de droits en vertu de l'entente),

51. C'est le cas dans les ententes suivantes: *Accord définitif Inuit du Labrador*, *supra* note 10, c 17, cl 17.3.3; *Accord définitif Tsawwassen*, *supra* note 10, c 16, cl 8j), ainsi que dans les ententes d'autonomie gouvernementale des Premières nations du Yukon. Voir par ex l'*Entente sur l'autonomie gouvernementale de la première nation Gwitchin Vuntut, le gouvernement du Canada et le gouvernement du Yukon*, 29 mai 1993, QS-8483-060-FF-AI, partie II, cl 10.3 [*Entente des Gwitchin Vuntut*].

52. C'est le cas dans l'*Accord définitif Tsawwassen*, *supra* note 10, c 16, cl 50b). Pour l'approche opposée, voir l'*Accord définitif Tlicho*, *supra* note 10, c 3, cl 3.1.1c) (i). L'entente a recours au terme « citoyen » pour faire référence aux bénéficiaires de l'Accord, mais prévoit des dispositions permettant aux membres de la nation tlicho de devenir « bénéficiaires » sans obligation pour les Tlichos d'accueillir les bénéficiaires au sein de leur communauté politique. Parallèlement, la citoyenneté Nisga'a ne confère aucun droit ni avantage en vertu de l'*Accord définitif Nisga'a*, *supra* note 10, c 11, cl 39, sauf si cette citoyenneté a été acquise par mariage et par une adoption collective reconnue (*ibid*, c 20, cl 1d)).

53. Grammond, *Identity*, *supra* note 8 à la p 113; Sébastien Grammond, « L'appartenance aux communautés inuit du Nunavik: un cas de réception de l'ordre juridique inuit? » (2008) 23:1-2 CJLS 93 aux pp 110-11 [Grammond, « L'appartenance »].

54. *Supra* note 6. Voir par ex l'*Accord Westbank*, *supra* note 10, partie 7, cl 72.

55. *Accord définitif Tlicho*, *supra* note 10, c 1, cl 1.1.1 « Tlicho »; *Accord définitif Tsawwassen*, *supra* note 10, c 21, cl 2a).

de ceux qui ne le seraient pas (les non-bénéficiaires)⁵⁶. En raison de la politique de certitude du gouvernement fédéral⁵⁷, les bénéficiaires demeurent, au final, les seules personnes aptes à exercer les droits issus de ces ententes. Comme au terme de cette politique, du moins dans l'application qu'on en a faite dans les ententes à l'étude, il n'y a plus de droits ancestraux exerçables, seuls les bénéficiaires se voient reconnaître comme étant suffisamment authentiques pour exercer les droits immémoriaux de la nation⁵⁸.

Paradoxalement, cette distinction entre bénéficiaires et citoyens connote aussi une conception fortement individualiste et volontariste de l'autochtonité. D'une part, les individus

56. À titre d'exemple, voir l'*Accord définitif Tlicho*, lequel distingue entre l'identité culturelle et l'identité juridique lorsqu'il prévoit que « [l']inscription en tant que citoyen t̄hçq ne porte pas atteinte à l'identité d'Indien, d'Inuk ou de Métis » (*ibid*, c 2, cl 2.2.5), ou encore qu' « [u]n t̄hçq qui n'est pas un citoyen t̄hçq n'exercera ou ne fera valoir aucun droit ancestral ou issu d'un traité que possède le peuple t̄hçq » (*ibid*, c 2, cl 2.6.2.). Conséquemment, un Tlicho qui n'est pas un citoyen tlicho peut exercer les droits ancestraux d'un autre peuple autochtone dont il serait membre, et inversement (*ibid*, c 1, cl 1.1.1 « Un Tlicho ». Voir aussi *ibid*, c 3, cl 3.4.5 précisant l'alinéa 1.1.1(b), de même que les dispositions suivantes : *ibid*, c 2, cl 2.2.5, cl 2.6.2 et cl 2.6.3(b)).

57. Sur la politique d'extinction et de certitude, voir notamment Michael Asch et Norman Zlotkin, « Affirming Aboriginal Title: A New Basis for Comprehensive Claims Negotiations » dans Michael Asch, dir, *Aboriginal and Treaty Rights in Canada: Essays on Law, Equality, and Respect for Difference*, Vancouver, UBC Press, 2008 à la p 208; Saint-Hilaire, *supra* note 43, notamment à la p 405 où l'auteur écrit que : « [n]onobstant les modifications timides qui ont pu lui être apportées, la politique fédérale [...] demeure, tout bien considéré, largement extinctive des droits ancestraux »; Jean-Paul Lacasse, « De l'extinction à la reconnaissance du titre aborigène » (2003) 33 RGD 319; Mark L Stevenson, « Visions de certitude : question d'hypothèses » dans Commission du droit du Canada, dir, *Parlons franchement à propos des traités*, Ottawa, Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux, 2001, 123 à la p 124. Voir aussi Lisa Dufraimont, « Continuity and Modification of Aboriginal Rights in the Nisga'a Treaty » (2002) 35 UBC L Rev 455 aux pp 493-05.

58. Ainsi, Grammond, *Identity*, *supra* note 8 à la p 40 affirme :

The common thread of those situations is that there is a limited pool of resources available to the indigenous peoples. Justice and fairness require that these resources be used only by their intended beneficiaries. If there is no independent control of the ethnic identity of the individuals who draw resources from that pool, persons who have no legitimate claim to be members of an indigenous people will be tempted to avail themselves of a portion of those resources, thereby leaving a reduced portion for the legitimate members. As anthropologist James Clifton says, "every time the value of being Indian increases, the number of persons of marginal or ambiguous ancestry who claim to be Indian increases".

n'ont pas l'obligation de faire partie de la communauté politique ou nationale de la nation signataire pour exercer les droits issus de l'entente⁵⁹ et doivent, d'autre part, déposer une demande d'inscription, laquelle doit être acceptée par un comité d'inscription (ou registraire)⁶⁰.

La volonté de l'État de participer à la définition des bénéficiaires des ententes s'explique notamment par le fait que celles-ci opérationnalisent un partage du territoire et des ressources communes⁶¹. Cette participation permet conséquemment à l'État de conserver un certain contrôle sur l'exploitation des terres et des ressources et de veiller à répondre aux besoins de ses propres commettants. Dans un régime de personnalité des lois, l'intervention de l'État dans les critères d'appartenance lui permet aussi de conserver un certain contrôle sur les ressources (budgétaires, par exemple), ainsi que sur le domaine d'application des lois étatiques et autochtones. Pour l'État, la définition — du moins partielle — de l'identité des nations signataires contribue à atteindre son objectif de certitude⁶². En faisant de l'identité des nations signataires une des frontières principales du pouvoir, le principe de personnalité des lois tend à favoriser l'implication de l'État dans les choix identitaires des nations signataires portant ainsi atteinte à leurs droits de s'autodéfinir librement.

59. Lyn Waymouth, « The Bureaucratization of Genealogy » (2003) 6 *Ethnologies Comparatées* 1 à la p 17 : « A list of beneficiaries though is quite different from a group of people who had been obligated to and responsible for land, family and resources ».

60. À l'exception de l'*Accord Westbank*, *supra* note 10, qui ne traite pas de cette question, toutes les ententes examinées dans notre étude reposent sur le principe de l'autonomie de la volonté individuelle. L'accord de l'individu est parfois requis de manière expresse, parfois de manière implicite; voir *Accord définitif Nisga'a*, *supra* note 10, c 20, cl 7a); *Accord définitif Tlicho*, *supra* note 10, c 3, cl 3.3.1b) et c), 3.4.2 et 3.4.6; *Accord définitif Inuit du Labrador*, *supra* note 10, c 3, cl 3.2.2c), 3.4.7a) et b); *Accord définitif Tsawwassen*, *supra* note 10, c 21, cl 4-5; *Accord-cadre définitif Conseil des Indiens du Yukon*, *supra* note 10, c 3, cl 3.2.2. De plus, toujours à l'exception de l'*Accord Westbank*, l'ensemble des ententes analysées permettent aux bénéficiaires de renoncer volontairement à leur statut en demandant, par exemple, la radiation de leur nom du registre : *Accord définitif Nisga'a*, *supra* note 10, c 20, cl 17; *Accord définitif Tlicho*, *supra* note 10, c 3, cl 3.4.2; *Accord définitif Inuit du Labrador*, *supra* note 10, c 3, cl 3.8.1; *Accord-cadre définitif Conseil des Indiens du Yukon*, *supra* note 10, c 3, cl 3.4.2; *Accord définitif Tsawwassen*, *supra* note 10, c 21, cl 6.

61. Voir Grammond, *Identity*, *supra* note 8.

62. Gover, *supra* note 4 aux pp 88, 160 et 176-77.

Nous estimons que le fait de reconnaître aux nations signataires leur pouvoir de définir, sans intervention de l'État, l'identité des bénéficiaires des droits, en renvoyant, par exemple, à l'ordre juridique de la nation, permet d'assurer la certitude nécessaire à une bonne gestion des ressources tout en favorisant une plus grande autonomie pour les nations signataires des ententes⁶³. À notre sens, le caractère évolutif des critères d'appartenance ne frustre aucunement l'objectif de certitude poursuivi par l'État⁶⁴.

Or, comme le rappelle le doyen Grammond, il existe au Canada au moins une entente qui garantit pleinement le droit de la nation signataire de s'autodéfinir. Ainsi, l'*Accord du Nunavut* — une entente qui n'a pas recours au principe de personnalité des lois — reconnaît aux autorités inuites l'entière responsabilité d'identifier les bénéficiaires de cette entente.

Dans cet Accord, aucune condition identitaire n'est posée.

L'Accord [...] :

- a) reconnaît que ce sont les Inuit qui sont les plus aptes à définir qui est un Inuk pour l'application du présent Accord;
- b) garantit que les Inuit de la région du Nunavut seront reconnus selon leur propre définition de leur identité et qu'ils déterminent qui est un Inuk pour l'application du présent Accord et qui a le droit d'être inscrit en vertu de celui-ci⁶⁵.

63. Voir toutefois l'opinion de Grammond à ce propos : Grammond, « L'appartenance », *supra* note 53 aux pp 108, 110-11 et 118-19.

64. Nous sommes ici en désaccord avec l'opinion de Gover, *supra* note 4 à la p 167, qui conclut que l'intégration de critères de descendance dans les ententes de règlement permet de trouver un juste équilibre entre la certitude requise par l'État et le caractère évolutif de l'appartenance des nations signataires de ces ententes. À notre sens, le caractère évolutif des critères d'appartenance ne s'oppose pas à leur caractère certain. De plus, la nation signataire cherche aussi à limiter les causes d'insécurité juridique. Comme le résume Jean-Paul Lacasse : « [t]ous recherchent [...] la certitude » : Lacasse, *supra* note 57 à la p 329.

65. *Accord entre les Inuit de la région du Nunavut et Sa Majesté la Reine du chef du Canada*, 25 mai 1993, c 35, cl 35.1.1 [*Accord du Nunavut*]. Voir aussi *ibid*, c 35, cl 35.3.1. L'Accord pose quelques conditions, dont font notamment partie l'acceptation par la communauté et l'auto-identification de l'individu. L'Accord interdit cependant le cumul des droits issus d'accords de revendications territoriales globales. L'Accord prévoit aussi certaines modalités quant à l'inscription, de façon à assurer la publicité des droits (voir *ibid*, c 35, cl 35.2.1 et s).

À notre avis, ce précédent gagnerait à être suivi pour toutes les nations signataires, qu'elles soient localisées dans les régions du nord ou du sud canadien⁶⁶.

Malgré les problèmes potentiels de nature distributive que pose l'exercice du droit à l'autodéfinition, nous considérons que, pour respecter la capacité des nations signataires de s'autodéfinir, il conviendrait que les textes des ententes se bornent à concentrer dans les mains de ces dernières l'ensemble du pouvoir de légiférer en matière de citoyenneté. Une des solutions envisageables serait alors de préciser, dans le texte de l'entente, que tous les citoyens sont *ipso facto* bénéficiaires — et non l'inverse — et renvoyer aux règles d'appartenance de la nation signataire⁶⁷. Cette façon de faire aurait certes des effets sur la politique intracommunautaire, ce qui nécessiterait de la part de la nation autochtone de procéder à une réflexion approfondie sur sa citoyenneté — une réflexion déjà en cours dans bien des communautés, faudrait-il ajouter⁶⁸. De plus, lorsqu'ils auraient lieu, les renvois à la *Loi sur les Indiens*⁶⁹ seraient le seul fait des nations signataires. Cela dit, afin d'assurer la meilleure sécurité juridique possible et éviter, notamment, les abus de droit potentiels que craignent les autorités étatiques⁷⁰, des mesures de coopération intergouvernementale gagneraient, à notre avis, à être

66. Grammond, *Identity*, *supra* note 8 à la p 117. Avec respect pour l'opinion du professeur Grammond, nous estimons que le modèle de l'*Accord du Nunavut* n'a pas été suivi dans l'*Accord des Inuit du Labrador*. Alors que l'*Accord du Nunavut* garantit, à notre avis, le droit à l'autodéfinition, l'*Accord des Inuit du Labrador* prescrit certaines conditions de fond « minimales » non modifiables unilatéralement portant atteinte à ce droit (voir *Accord-définitif Inuit du Labrador*, *supra* note 10, c 3, cl 3.3.1, 3.3.2 et 3.3.3). Sur le cas des Inuit du Nunavik, voir Grammond, « L'appartenance », *supra* note 53.

67. À notre sens, une telle solution n'exclut cependant pas la capacité d'une nation autochtone de créer des catégories intermédiaires, comme le sont les membres honoraires, associés et probatoires auxquelles certaines nations ont recours : Gover, *supra* note 4 aux pp 38-39. Cela n'exclut pas non plus la possibilité que l'autochtonité puisse exister hors du cadre de cette citoyenneté. Voir *ibid* aux pp 60-61 et 65.

68. L'auteure Kirsty Gover a ainsi recensé 13 constitutions (adoptées à la suite d'un accord d'autonomie) et 243 codes d'appartenance (adoptés en vertu de l'article 10 de la *Loi sur les Indiens*, *supra* note 6). Voir *ibid* à la p 6.

69. *Supra* note 6.

70. Sébastien Grammond, « The Reception of Indigenous Legal Systems in Canada » dans Albert Breton et al, dir, *Multijuralism: Manifestations, Causes, and Consequences*, Albershot, Ashgate, 2009, 45 à la p 69.

adoptées. Nous pensons ici à la communication à l'État des critères d'appartenance ou des noms des personnes admissibles, à la publicité des codes de citoyenneté⁷¹ ou encore à la délivrance à chaque individu d'un document attestant son appartenance à la nation signataire ou attestant son statut de bénéficiaire de l'entente. Ajoutons que les ententes prévoient d'ailleurs déjà des mesures de coopération et de bon voisinage de cet ordre.

III. L'IDENTITÉ : UN DÉTERMINANT DES MODES DE GOUVERNANCE DANS LES ENTENTES

En plus de mettre en lumière certains des processus juridiques qui sous-tendent la définition des identités autochtones dans le droit canadien, l'étude des identités autochtones dans les ententes d'autonomie et de revendications territoriales globales montre aussi que les fondements juridiques de l'autochtonité contemporaine demeurent, tout comme dans la jurisprudence du début du 20^e siècle, le lien ancestral ou de filiation⁷². Or, en établissant la capacité qu'ont les nations d'intégrer de nouveaux adhérents dans la communauté politique — et inversement, la capacité des personnes d'intégrer cette communauté —, les critères d'appartenance déterminent (en partie du moins) la nature des institutions politiques et le mode d'application des lois qui seront appelés à gouverner les nations signataires⁷³.

C'est ainsi que dans le cas de nations fortement minoritaires, des critères identitaires plus « exclusifs » pourront favoriser le contrôle institutionnel. Parallèlement, de tels critères favoriseront aussi, en vue de respecter le principe démocratique, le choix de recourir à un modèle de personnalité des lois. Or, dans certaines situations, ces choix institutionnels sont

71. Sur cette question sensible, voir Gover, *supra* note 4 à la p 75.

72. Il s'agit d'ailleurs, selon Kirsty Gover, d'un critère incontournable (*ibid* à la p 25).

73. D'autres facteurs, comme les sources et la nature du droit, la situation géographique, le mode de vie, la nature des revendications politiques influenceront le choix de recourir ou non au principe de personnalité des lois. Cette question a été traitée dans Otis, « Territorialité », *supra* note 9; Ghislain Otis et Geneviève Motard, « De Westphalie à Waswanipi : la personnalité des lois dans la nouvelle gouvernance crie au Québec » (2009) 50 :1 C de D 121.

moins porteurs d'autonomie que ne l'est la territorialité des lois, notamment du fait que les non-citoyens ne sont alors pas assujettis aux lois de la nation autochtone. Ces choix peuvent aussi, au contraire, favoriser une plus grande application des lois, celles-ci pouvant alors s'appliquer sur un plus vaste territoire. En conséquence, les critères d'appartenance auront pour effet soit de restreindre soit d'élargir le bassin de la population susceptible d'être assujetti aux lois de la nation autochtone, ce qui en limitera ou étendra alors la portée d'application. Pour les nations autochtones, un délicat équilibre doit donc être trouvé entre la possibilité d'intégrer de nouveaux citoyens, qui seraient par exemple dépourvus de liens ancestraux, et la garantie d'un contrôle institutionnel qui assurerait l'autonomisation recherchée dans un contexte minoritaire. Les nations doivent aussi tenir compte de leur diaspora dans l'élaboration de ces critères et dans le choix du mode de gouvernance.

Les ententes d'autonomie et de revendications territoriales globales étudiées au cours de nos travaux démontrent que la filiation naturelle ou par adoption, ainsi que la descendance directe, sont des critères retenus dans tous les cas⁷⁴. La preuve d'une ascendance autochtone est, dans les ententes, clairement exigée. Les règles fixent fréquemment à vingt-cinq pour cent le degré de rattachement ancestral⁷⁵. Le degré de rattachement ancestral n'est pas toujours défini, ce qui nous amène à penser que tous les degrés de rattachement ancestral sont alors admis⁷⁶. La règle des « deux parents » n'a en

74. Voir par ex l'*Accord définitif Inuit du Labrador*, *supra* note 10, c 3, cl 3.3.5 ou encore l'*Accord définitif Tsawwassen*, *supra* note 10, c 21 cl 2 et 3.

75. Voir par ex l'*Accord définitif Inuit du Labrador*, *supra* note 10, c 3, cl 3.3.3 et cela, indépendamment de toute autre clause de l'Accord. Enfin, pour les personnes nées à la suite de l'entrée en vigueur de l'Accord, seuls les descendants en ligne directe des personnes admissibles et ayant une ascendance inuite, tel que défini par la coutume, tout en étant résidents permanents ou connectés à la région du règlement, sont admissibles (voir *ibid*, c 3, cl 3.3.4). Dans l'*Accord-cadre définitif Conseil des Indiens du Yukon*, *supra* note 10, il est nécessaire d'avoir un quart de sang indien et d'avoir vécu au Yukon avant l'année 1940, d'être le descendant d'une telle personne ou d'avoir été adopté par une telle personne pour être déclaré admissible (voir *ibid*, c 3, cl 3.2.2.1).

76. Voir par ex *Accord définitif Nisga'a*, *supra* note 10, c 20, cl 1 a) et b); *Accord définitif Tlicho*, *supra* note 10, c 1, sous « Tlicho » al a) et b). Les accords peuvent cumuler plusieurs de ces critères; voir par ex *Accord-cadre définitif Conseil des Indiens du Yukon*, *supra* note 10, c 3, cl 3.1.0, sous « Descendant » et 3.2.2.1-3.2.2.2.

aucun cas été retenue, ce qui pourrait favoriser, comme l'avait avancé la Commission royale sur les peuples autochtones dans son rapport, l'autonomie des nations signataires des ententes⁷⁷. Enfin, seul l'*Accord définitif Nisga'a* limite la filiation à la lignée maternelle. Cette condition d'admissibilité peut s'expliquer par le fait que la société nisga'a était matrilineaire, ce que l'entente permet de perpétuer. En ce sens, l'entente tend, à notre avis, à favoriser le maintien des traditions juridiques nisga'a en matière de citoyenneté et de territorialité⁷⁸.

L'adoption coutumière est reconnue dans toutes les ententes à l'étude⁷⁹. Cette reconnaissance des traditions juridiques autochtones favorise, à notre avis, un rapport plus égalitaire entre l'État et les nations signataires, mais cela pourrait aussi favoriser l'autonomie des nations signataires en leur permettant de recourir à l'adoption pour accueillir dans la communauté des personnes qui ne répondraient pas aux exigences

77. *Rapport sur les peuples autochtones*, vol 4, *supra* note 5 à la p 53.

78. Napoleon, *supra* note 4 à la p 129; *The Constitution of the Nisga'a Nation*, octobre 1998, art 8. Voir Mansell Griffin et Antino Spanjer, « The Nisga'a Common Bowl in Tradition and Politics » dans Kerstin Knopf, dir, *Aboriginal Canada Revisited*, Ottawa, University of Ottawa Press, 2008, 72 aux pp 76-78. Les auteurs expliquent notamment le concept de « mère » et de « père » dans la tradition juridique nisga'a et abordent la question du territoire, lequel est déterminé par les liens familiaux. Voir aussi Barry M Pritzker, *A Native American Encyclopedia: History, Culture, and Peoples*, Oxford, Oxford University Press, 2000 à la p 213; Neil J Sterritt et al, *Tribal Boundaries in the Nass Watershed*, Vancouver, UBC Press, 1998 à la p 7; Robert J Muckle, *The First Nations of British Columbia: An Anthropological Survey*, 2^e éd, Vancouver, UBC Press, 2006 aux pp 50-51.

79. *Accord définitif Nisga'a*, *supra* note 10, c 1 sous « Adopted Child »; *Accord définitif Tlicho*, *supra* note 10, c 1 sous « Tlicho » al c); *Accord définitif Inuit du Labrador*, *supra* note 10, c 3, cl 3.3.2b) (l'Accord ne reconnaît pas de manière spécifique l'adoption coutumière, mais reconnaît largement l'appartenance à la nation inuite telle que déterminée par la coutume); *Accord-cadre définitif Conseil des Indiens du Yukon*, *supra* note 10, c 3, cl 3.1.0 sous « Adopted Child »; *Accord définitif Tsawwassen*, *supra* note 10, c 21, cl 2c); *Accord Westbank*, *supra* note 10, cl 73 (qui réfère à la *Loi sur les Indiens*, *supra* note 6, laquelle reconnaît l'adoption coutumière). Sur la reconnaissance de l'adoption coutumière, on peut consulter le dossier spécial consacré à cette question par la *Revue générale de droit* : (2011) 41 :2 RGD 565; Ghislain Otis, dir, *L'adoption coutumière autochtone et les défis du pluralisme juridique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2013.

d'ancestralité⁸⁰. C'est, par exemple, une méthode retenue par la Première nation de Tsawwassen pour confirmer l'intégration suffisante ou significative d'un individu non autochtone dans la communauté⁸¹. C'est aussi une technique qu'adopte l'*Accord définitif Nisga'a*⁸².

Le mariage ne permet généralement ni d'acquérir ni de transmettre le statut de bénéficiaire de façon autonome⁸³. La conjugalité ne constitue pas non plus un critère retenu dans les ententes. Pour que le mariage permette d'acquérir le statut de citoyen ou de bénéficiaire de l'entente, on exigera qu'il soit cumulé à d'autres critères (par exemple : être autochtone ou être adopté). De plus, dans certains cas, comme dans celui de l'*Accord définitif Tsawwassen*, un non-Autochtone ayant acquis le statut d'Indien membre de la bande avant la réforme de 1985 ne peut transmettre son statut à un enfant issu d'une seconde union avec un non-membre⁸⁴. La rupture constitue même, pour cette Première nation, un motif de révocation du statut⁸⁵. Pour les Tsawwassen ayant acquis leur statut par mariage, la rupture a donc des conséquences importantes. Juridiquement, la rupture de l'union rend inadmissible à la citoyenneté la personne ayant acquis ce statut

80. Voir par ex *Accord définitif Nisga'a*, *supra* note 10, « définitions » et c 20, cl 1. Voir aussi *ibid*, où « enfant Nisga'a » s'entend d'un mineur qui est ou est admissible à devenir un citoyen Nisga'a, et où « citoyen Nisga'a » s'entend d'un citoyen de la Nation Nisga'a tel que déterminé par la loi Nisga'a. Dans ce cas, l'adoption est limitée aux mineurs, ce qui restreint la possibilité d'étendre cette procédure à toute personne. Voir aussi *Carcross/Tagish First Nation Citizenship Code*, 28 mars 2003, art 2.1 à 2.3 qui permettent l'adoption par un clan.

81. *Tsawwassen First Nation Membership Act*, 3 avril 2009, art 4 et 5.

82. *Supra* note 10, c 20, cl 1d).

83. Pourtant, des auteurs estiment que chez certaines nations, dont font partie les Tlichos, les liens du mariage — notamment exogames — assurent traditionnellement la pérennité de la communauté et du territoire. Voir Joan Ryan, dir, *Doing Things the Right Way: Dene Traditional Justice in Lac La Martre, N.W.T.*, Calgary, University of Calgary Press, 1995 à la p 40. Selon Barry M Pritzker, les règles d'appartenance aux différents groupes de chasse sont souples (voir Pritzker, *supra* note 78 à la p 499).

84. *Tsawwassen First Nation Membership Act*, *supra* note 81, art 12 : « If a non-aboriginal individual has become a Tsawwassen Member before April 17, 1985 because of marriage to a Tsawwassen Member and that individual subsequently has a child with another individual who is not entitled to be a Tsawwassen Member, that child is not entitled to be a Tsawwassen Member under section 4 (d) ». À notre avis, cette clause est discriminatoire. Voir *McIvor*, *supra* note 47.

85. *Tsawwassen First Nation Membership Act*, *supra* note 81, art 21.

par mariage. Ce type de clause soulève, à notre sens, des questions quant au principe d'égalité des personnes, puisque les conséquences juridiques de la rupture seront nécessairement plus importantes pour l'un des deux conjoints. En effet, alors qu'un des deux conjoints risque, en raison de la rupture, de perdre sa citoyenneté et les droits qui l'accompagnent, l'autre ne court pas ce risque. Selon nous, cette situation juridique entraîne une iniquité au sein des couples mixtes⁸⁶. Dans un régime de personnalité des lois, l'exclusion de l'acquisition du statut par le mariage a aussi pour effet de complexifier les relations juridiques entre les membres d'une même famille, puisque cela pourrait vouloir dire qu'à l'intérieur d'une même famille, des lois différentes s'appliqueraient suivant le statut des personnes.

En somme, c'est là la place occupée par les liens de parenté dans les règles d'appartenance dans les ententes d'autonomie et de revendications territoriales globales. D'autres critères, cumulatifs et complémentaires aux liens parentaux ont aussi été retenus dans les ententes. Il demeure que les modèles identitaires les plus inclusifs sont ceux que l'on retrouve dans les codes de citoyenneté des Premières nations, et notamment ceux des Premières nations du Yukon, et non ceux auxquels on a eu recours dans les ententes⁸⁷.

S'agissant des critères complémentaires, on constate que l'acceptation par la communauté est exigée chez les Premières nations du Yukon et chez les Tlichos⁸⁸ ou encore, comme cela a déjà été exposé, chez la Première nation de

86. La Commission royale arrive à une conclusion similaire, mais en ce qui concerne la distinction entre les Indiens inscrits en vertu de l'alinéa 6(1) de la *Loi sur les Indiens*, *supra* note 6, qu'on peut comparer aux Indiens inscrits en vertu de l'alinéa 6(2) de cette loi. Voir *Rapport sur les peuples autochtones*, vol 4, *supra* note 5 à la p 54, selon la Commission, « [l]es conjoints non Indiens de membres qui sont des Indiens inscrits auront au départ un statut social moindre dans la collectivité de la bande ».

87. Pour une analyse très exhaustive des codes de citoyenneté adoptés par des nations autochtones au Canada, en Australie, en Nouvelle-Zélande et aux États-Unis, voir Gover, *supra* note 4.

88. Voir par ex *Accord définitif Tlicho*, *supra* note 10, c 3, cl 3.1.1c); *Constitution of the Kwanlin Dün First Nation*, 1^{er} avril 2005, art 8(1)c) (recommandation par le Conseil des aînés); *Carcross / Tagish First Nation Citizenship Code*, *supra* note 80, art 2.2.3 et 2.3; *Constitution of the Champagne and Aishihik First Nations 2012*, 12 février 2012, annexe A, *Champagne and Aishihik First Nations Citizenship Code*, art 1c).

Tsawwassen, qui peut avoir recours à l'adoption coutumière dans cette optique.

Quant au domicile ou au lieu de naissance, ce ne sont généralement pas des critères déterminants. On tient néanmoins compte du rattachement territorial de deux manières : (1) lorsque l'ancêtre ou la personne résidait dans la région visée par l'entente avant une date donnée⁸⁹, et (2) lorsque la personne réside de façon permanente dans la région ou bien lorsqu'elle réside à l'extérieur de la région et qu'elle y est rattachée. Dans notre étude, cette deuxième approche a été retenue dans un seul cas, soit celui de l'*Accord définitif Inuit du Labrador*⁹⁰. Ainsi, dans cet Accord, les Inuk et Kablunângajuk⁹¹, catégories issues du droit coutumier et des traditions inuites, résidents permanents⁹² ou démontrant un lien à la région couverte par le règlement, sont admissibles à la citoyenneté⁹³. En bref, les Inuits du Labrador acceptent la résidence dans et hors du territoire couvert comme critère d'appartenance. Cette condition vient toutefois s'ajouter à l'exigence de posséder un lien d'ancestralité et vise à reconnaître la situation des Inuits qui, par exemple, vivent temporairement à l'extérieur du territoire, mais qui conservent un lien significatif avec celui-ci. De plus, l'Accord accepte que des non-Inuits qui vivaient sur le territoire avant 1940 ainsi que leurs

89. *Accord définitif Tlicho*, *supra* note 10, c 1 sous «Tlicho».

90. *Supra* note 10, c 3, cl 3.1.2.

91. *Ibid*, c 3, cl 3.1.1 : « 'Kablunângajuk' s'entend d'un particulier ainsi désigné selon les coutumes et traditions des Inuit et : a) qui est d'ascendance inuite; b) qui n'est pas d'ascendance inuite, mais qui s'est établi de façon permanente dans la région des revendications territoriales des Inuit du Labrador avant 1940; ou c) qui n'est pas d'ascendance inuite, mais : (i) qui est descendant en ligne directe d'un particulier dont il est question à l'alinéa b); et ii) qui est né le ou avant le 30 novembre 1990 ».

92. Voir *ibid*, cl 3.1.3 : « Aux fins du sous-alinéa 3.1.2(c)(ii) : a. un particulier est réputé être résident permanent de la région des revendications territoriales des Inuit du Labrador s'il était résident permanent de la région des revendications territoriales des Inuit du Labrador, mais est déménagé hors de la région des revendications territoriales des Inuit du Labrador pour obtenir des soins ou d'autres services de soutien dans un foyer ou établissement de soins pour personnes âgées ou des soins médicaux dans un établissement de soins de santé; et b. un particulier dont il est question à l'alinéa a) est réputé être résident permanent de la région des revendications territoriales des Inuit du Labrador au moment de son décès s'il est décédé hors de la région des revendications territoriales des Inuit du Labrador dans un établissement dont il est question à l'alinéa a). » Sur la notion de résidence permanente, voir aussi *ibid*, cl 3.1.6(a).

93. *Ibid*, c 3, cl 3.1.2 et 3.3.2.

descendants puissent bénéficier des dispositions de l'entente. Cette clause élargit, à un faible degré certes, le bassin de la population admissible et tend à favoriser, dans un contexte de personnalité des lois, une plus grande application des lois inuites. En outre, cette clause indique que toutes les personnes qui vivaient sur le territoire avant 1940 sont présumées faire partie du *demos* de cette nation. À l'exception de ces dispositions, on observe que malgré l'importance du territoire ancestral pour les nations signataires, les critères de rattachement territorial n'occupent pas une place centrale pour la définition de l'identité nationale dans les ententes.

Quant aux autres critères d'appartenance retenus dans les ententes, ils se déclinent comme suit : l'inscription sur le registre de la bande indienne suivant les termes de la *Loi sur les Indiens*⁹⁴, la citoyenneté canadienne⁹⁵ et le fait d'être bénéficiaire d'un traité historique spécifique sont des conditions évoquées dans certains cas⁹⁶.

Il importe finalement de relever que les ententes de revendications territoriales globales à l'étude excluent le cumul des droits issus des ententes⁹⁷, ce qui affecte les relations identitaires entre les groupes autochtones, mais aussi

94. *Supra* note 6. Le statut de membre de la bande en vertu de la *Loi sur les Indiens* constitue, au Yukon, un facteur qui peut être considéré, mais n'est pas déterminant, pour devenir un citoyen des Premières nations. Voir *Accord-cadre définitif Conseil des Indiens du Yukon*, *supra* note 10, c 3, cl 3.2.7. Chez les Westbank, toutefois, cette inscription constitue un critère important, puisque leur citoyenneté est largement fondée sur cette loi. En plus d'être un Indien inscrit, une personne doit avoir au moins un parent membre (ou qui peut se qualifier à titre de membre) de la Nation. Voir *Westbank First Nation Constitution*, version consolidée, incluant les amendements approuvés par référendum le 19 juillet 2007, art 8. Les Tlichos reconnaissent ainsi que les Indiens inscrits membres d'une bande tlichio remplissent les conditions pour être citoyen tlichio. Voir *Accord définitif Tlichio*, *supra* note 10, c 1, cl 1.1 sous « Tlichio ».

95. *Accord définitif Nisga'a*, *supra* note 10, c 11, cl 9p); *Accord définitif Inuit du Labrador*, *supra* note 10, c 3, cl 3.2.2a). La citoyenneté canadienne n'est pas un critère dans les ententes suivantes : *Accord Westbank*, *Accord définitif Tsawwassen* et *Accord-cadre définitif Conseil des Indiens du Yukon*, *supra*, note 10. Voir aussi *Accord définitif Tlichio*, *supra* note 10, c 3, cl 3.1.1b) en ce qui concerne l'enfant tlichio adopté par des non-citoyens.

96. Les bénéficiaires du traité n° 11 ont le droit d'être admis comme citoyen Tlichio : *Accord définitif Tlichio*, *supra* note 10, c 1 sous « Tlichio » al a).

97. *Accord définitif Nisga'a*, *supra* note 10, c 20, cl 3-6; *Accord définitif Tlichio*, *supra* note 10, c 3, cl 3.1.2; *Accord définitif du Labrador*, *supra* note 10, c 3, cl 3.1.1. « Inuit », 3.3.6-3.3.7; *Accord définitif Tsawwassen*, *supra* note 10, c 21, cl 7, *Accord-cadre définitif du Conseil des Indiens du Yukon*, *supra* note 10, c 3, cl 3.2.5-3.2.6.

l'autonomie de la volonté des individus qui se trouvent à l'intersection de plusieurs identités⁹⁸.

De tout ce qui précède, force est de constater que les identités des bénéficiaires des ententes demeurent largement fondées sur des critères de descendance. Cette situation peut s'expliquer par l'importance de la diaspora qui caractérise les nations signataires, par la conception du *demos* que se font les nations signataires ou encore par le caractère fortement multiethnique de certains territoires⁹⁹. La saisie historique des identités autochtones par le droit canadien ou dans les politiques publiques — notamment par la *Loi sur les Indiens* et les politiques judiciaires en matière de traités — constitue aussi un facteur explicatif¹⁰⁰. Enfin, Kirsty Gover explique que dans le processus de négociation qui a cours en Nouvelle-Zélande, le choix des liens d'ascendance ou de descendance a constitué un terrain d'entente entre l'État et les peuples autochtones¹⁰¹. Son analyse des constitutions internes et des codes de citoyenneté des Premières nations du Canada tend à valider l'hypothèse que ce constat vaut aussi pour le Canada¹⁰².

Or, comme cela a été mentionné précédemment, une identité principalement basée sur les liens d'ascendance ou

98. Voir notamment Jean-Yves Carlier, *Autonomie de la volonté et statut personnel : étude prospective de droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992 à la p 298. Dans l'affaire *Cunningham*, *supra* note 3 au para 84, la Cour suprême du Canada a validé la constitutionnalité de l'interdiction du cumul des régimes juridiques applicables aux Métis et aux Indiens inscrits.

99. Cette conclusion est confirmée par Gover, *supra* note 4 aux pp 40-41. Il est difficile de déterminer avec exactitude le pourcentage de personnes vivant hors des terres ancestrales, notamment parce que les données statistiques recueillies par les différents organismes étatiques ne sont pas fondées sur des unités géographiques correspondant aux territoires traditionnels des nations signataires. De plus, les critères d'identification des personnes varient d'un organisme à l'autre. Malgré ces limites et afin d'illustrer notre propos, Statistique Canada estime qu'à travers le Canada, approximativement soixante pour cent des personnes qui s'identifiaient comme Indiens d'Amérique du Nord en 2006 vivaient hors des terres réservées ou des terres de villages. Voir Statistique Canada, « Projections de la population selon l'identité autochtone au Canada, 2006-2031 », Publication no 91-552-x, en ligne : Statistique Canada <http://www.statcan.gc.ca/pub/91-552-x/2011001/ana-fra.htm#a_2> (consulté le 10 juillet 2013). Pour un aperçu de la répartition géographique des citoyens des nations signataires, voir Motard, *supra* note 1 aux pp 8-9, 55, 60, 64, 69, 73-74 et 77.

100. Gover, *supra* note 4 aux pp 79-86, 91 et 105-06.

101. *Ibid* à la p 181 : il y a toutefois désaccord sur la définition à y donner.

102. *Ibid* aux pp 83, 85-86 et 91-92.

de descendance constituera un des facteurs favorisant le choix d'un modèle de gouvernance ethnique ou basé sur la Nation¹⁰³. Par souci démocratique, le principe de personnalité des lois sera alors fréquemment retenu, ce qui permettra de faire correspondre les personnes participant au processus politique et les personnes assujetties aux normes issues de ce processus. La définition, dans les ententes, d'un *demos* initial largement basé sur les liens d'ascendance ou de descendance encourage la mise sur pied d'institutions de gouvernance ethniques et le recours au principe de personnalité des lois. En d'autres termes, en plus de porter atteinte au droit des nations signataires de s'autodéfinir, l'intervention de l'État dans le processus d'identification des nations signataires qui a cours au moment des négociations des ententes d'autonomie et de revendications territoriales globales influe aussi ultimement sur la nature des institutions politiques choisies et sur la portée de l'autonomie dont profitent ces nations au terme de la conclusion des ententes. Il n'est pas ici question de dire que l'exercice du droit à l'autodéfinition débouchera nécessairement sur un modèle public de gouvernement et sur la territorialité des lois. Tout simplement, nous estimons que l'exercice de ce droit par les nations signataires permet une meilleure correspondance entre le *demos* et le mode de gouvernance retenu, menant dès lors à une gouvernance plus légitime et mieux adaptée aux besoins de la nation signataire et des individus qui la composent.

CONCLUSION

Le droit à l'autodéfinition, comme composante du droit inhérent à l'autonomie et du droit à l'autodétermination, a été reconnu par l'ensemble de la communauté internationale, mais aussi par le Canada au moment de son acceptation de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*. Malgré cette reconnaissance formelle, le droit à l'autodéfinition des nations signataires d'ententes d'autonomie et de revendications territoriales globales n'est toujours pas pleinement reconnu. Par différents procédés, l'État

103. *Rapport sur les peuples autochtones*, vol 2, *supra* note 5 aux pp 275-92.

intervient dans le processus identitaire des nations signataires. Cette intervention s'explique par le rôle que joue l'identité dans le partage des ressources, du territoire et du pouvoir.

Pour les nations signataires des ententes, cette intervention a plusieurs conséquences. Premièrement, les nations signataires et les individus ne sont pas libres de décider de leurs identités nationales et de représenter dans le droit leur conception de la nation. Deuxièmement, cette intervention fait en sorte qu'une partie seulement des citoyens autochtones sera perçue comme suffisamment authentique pour exercer les droits immémoriaux de la nation signataire d'une entente, alors que d'autres individus pourront au contraire exercer ces droits indépendamment de leur appartenance à la communauté politique. Cette distinction entre bénéficiaires et citoyens inscrit dans l'espace public une conception individualiste de l'autochtonité aux dépens d'une conception sociale et politique. Troisièmement, le choix effectué dans les ententes de retenir des critères plus exclusifs, notamment fondés sur les liens de descendance, tend à favoriser l'adoption d'institutions de gouvernance (par exemple : institutions ethniques et principe de personnalité des lois) qui, à certains égards et selon les modalités de mise en œuvre, peuvent avoir pour effet de limiter la portée de l'autonomie de la nation signataire. Si le choix de préférer les liens de descendance ou de filiation à d'autres critères pour fonder l'identité nationale est tout à fait légitime, nous sommes d'avis que celui-ci doit relever des nations signataires compte tenu des conséquences de ce choix pour l'avenir de ces nations. De ce qui précède, nous concluons que les choix qui ont été faits dans les ententes d'autonomie et de revendications territoriales globales tant en matière identitaire qu'en matière de gouvernance illustrent bien les liens intimes qui unissent ces deux questions.