

Vol. 19, n° 1

Survol de l'état du droit autochtone en matière de protection du patrimoine culturel

Robert Mainville*

1. Introduction	185
2. Le patrimoine culturel autochtone	187
3. Les droits ancestraux	194
4. Les droits issus de traités.	201
5. L'atteinte aux droits et la justification.	204
6. Les règles applicables à l'obligation fiduciaire	205
7. La protection du patrimoine culturel	207
7.1 Le recours basé sur le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale	207
7.2 Le recours basé sur le partage des compétences et la quiddité indienne	212
7.3 Les recours en injonction	221

© Robert Mainville, 2007.

* LL.L, LL.M. Associé Gowling Lafleur Henderson, s.r.l.

8.	Les éléments de protection prévus dans les traités	224
8.1	L'Entente sur la revendication territoriale globale des Gwich'in Dénés et Métis du Sahtu	224
8.2	L'Accord sur les revendications territoriales du Nunavut 1993	225
8.3	L'accord cadre définitif avec le Conseil des Indiens du Yukon 1993.	227
8.4	L'Accord définitif Nisga'a 2000	231
8.5	L'Accord Tlicho 2003	232
8.6	L'Accord sur les revendications territoriales des Inuits du Labrador 2005.	236
9.	Conclusion	240

1. INTRODUCTION

Il semble faire consensus que les lois relatives à la propriété intellectuelle au Canada ne protègent pas adéquatement le patrimoine culturel des peuples autochtones.

Le patrimoine culturel des autochtones, transmissible de génération en génération, est axé sur les intérêts de la collectivité, alors que les lois canadiennes en matière de propriété intellectuelle visent plutôt à assurer un équilibre entre l'intérêt économique individuel et l'intérêt public en protégeant les droits pendant une période de temps déterminée.

Le Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones (« RCRPA ») souligne les lacunes de ces lois et suggère que le droit de la propriété intellectuelle soit modifié afin de correspondre aux besoins des autochtones en assurant la protection de leurs droits intellectuels et culturels collectifs¹.

Entre autres, le RCRPA recommande que « le gouvernement fédéral, de concert avec les autochtones, examine les dispositions législatives relatives à la protection de la propriété intellectuelle pour veiller à ce que les intérêts et les points de vue autochtones, entre autres les intérêts collectifs, soient suffisamment protégés »².

La nécessité de revoir les lois en matière de propriété intellectuelle a donné lieu à de nombreux débats depuis plusieurs années, non seulement au Canada mais au niveau international. Il est à prévoir que ces discussions s'avéreront encore longues et laborieuses, et que plusieurs années s'écouleront avant que ne survienne au Canada un changement législatif important à cet égard.

1. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, Vers un ressource-ment*, vol. 3, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1996, p. 678-79.

2. *Supra*, note 1, p. 683, résolution 3.6.7, p. 3 ; voir aussi en ligne : <http://www.canadianheritage.gc.ca/progs/as-ca-proogs/pda-cbp/reform/index_f.cfm>.

Dans l'immédiat, les peuples autochtones sont appelés à agir s'ils veulent préserver leur patrimoine et leur culture traditionnels, contrôler l'utilisation de leurs connaissances ou en empêcher le détournement.

Le régime canadien actuel de la propriété intellectuelle peut protéger certains types des connaissances autochtones. De même, le droit contractuel et le droit coutumier peuvent offrir certaines options à cet égard. D'autres instruments législatifs, telles par exemple les lois sur l'accès à l'information, peuvent aussi servir d'outils dans certains cas. De plus, au niveau international, de nombreuses conventions établissant des normes pour la reconnaissance et la protection du patrimoine culturel et du savoir traditionnel des autochtones ont vu le jour suite à la collaboration des peuples autochtones et des États nations³. Mais qu'en est-il de la protection offerte par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ? Les droits de propriété intellectuelle constituent-ils un autre aspect des droits ancestraux ou issus de traités protégés par l'article 35 de la *Loi canadienne de 1982* ?

En matière de droit autochtone, les droits de propriété intellectuelle, contrairement aux autres types de droit, n'ont pas fait l'objet de nombreuses décisions des tribunaux, ces derniers ayant à ce jour davantage été saisis de revendications portant sur la protection des ressources naturelles ou de revendications de droits à caractère économique. Cependant, il demeure que le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* peut constituer, à défaut de l'adoption de lois appropriées, un instrument juridique utile pour la protection du patrimoine culturel autochtone.

3. Voir, entre autres : *Mataatua Declaration on Cultural and Intellectual Property Rights of Indigenous Peoples*, Whakatane, Nouvelle-Zélande, 1993 ; la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Assemblée générale des Nations Unies, résolution 217 A (III), Genève, 1948 ; le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, Assemblée générale des Nations Unies, résolution 2200 A (XXI), Genève, 1966 ; la *Convention relative aux peuples indigènes et tribaux*, C169, Organisation internationale du Travail, Genève, 1989 ; *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 1992 ; *Convention sur la biodiversité*, Conférence des parties, Rio de Janeiro, 1992 ; *Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel*, Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture, Paris, 2003 ; *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, résolution 2006/2, Genève, 29 juin 2006 ; *Revised Draft Provisions for the Protection of Traditional Knowledge*, Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, WIPO/GRTKF/IC/8/5, Genève, 2005 ; *Revised Draft Provisions for the Protection of Traditional Cultural Expressions / Expressions of Folklore*, Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, WIPO/GRTKF/IC/9/4, Genève, 2006.

Bien que non exhaustif, cet article tente de sonder l'état du droit au Canada à l'égard des expressions culturelles et du savoir traditionnel des peuples autochtones du Canada. Dans un premier temps, nous tenterons de définir ce que comporte le patrimoine culturel autochtone. Par la suite, afin de mieux cerner le sujet, cet article tentera de circonscrire, bien que de façon incomplète, les grands principes du droit autochtone. Dans un troisième temps, nous procéderons à une analyse des recours entrepris à ce jour au Canada par les autochtones pour protéger leur patrimoine culturel et l'approche des tribunaux à cet égard. Enfin, nous ferons un survol de quelques traités ou accords des revendications territoriales disposant de mesures particulières à l'égard du patrimoine autochtone.

2. LE PATRIMOINE CULTUREL AUTOCHTONE

Dans le présent document, par patrimoine culturel nous entendons autant les expressions culturelles telles que définies par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (« OMPI ») que le savoir traditionnel.

L'OMPI définit les « expressions culturelles » ou « expressions du folklore » des peuples autochtones comme suit⁴ :

[...]

a) toutes les formes, tangibles ou intangibles, d'expression ou de représentation de la culture et des savoirs traditionnels, y compris les formes d'expression ou les combinaisons de ces formes d'expression indiquées ci-après :

i) les expressions verbales, telles que récits, légendes, épopées, énigmes et autres narrations ou : mots, signes, noms et symboles ;

ii) les expressions musicales telles que les chansons et la musique instrumentale ;

iii) les expressions corporelles, telles que les danses, spectacles, cérémonies, rituels et autres représentations ; que ces expressions soient fixées ou non sur un support ; et

4. Secrétariat de l'OMPI, *Comité gouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore*, neuvième session, Genève, 24-28 avril 2006, p. 16.

iv) les expressions tangibles, tels que les ouvrages d'arts, notamment les dessins, modèles, peintures (y compris la peinture du corps), ciselures, sculptures, poteries, objets en terre cuite, mosaïques, travaux sur bois, objets métalliques, bijoux, vanneries, travaux d'aiguille, textiles, verres, tapis, costumes ; les produits artisanaux ; les instruments de musique et les ouvrages d'architecture ; qui sont

- aa) le produit d'une activité intellectuelle créative, qu'elle soit individuelle ou collective ;
- bb) caractéristiques de l'identité culturelle et sociale et du patrimoine culturel d'une communauté ; et
- cc) conservées, utilisées ou développées par cette communauté, ou par des personnes qui, conformément au droit et aux pratiques coutumiers de cette communauté, en ont le droit ou la responsabilité.⁵

Le savoir traditionnel des peuples autochtones a reçu différentes définitions. Au Canada, le RCRPA le définit comme suit :

Une somme de connaissances et de croyances portant sur les relations des êtres vivants (y compris les humains) entre eux et avec leur milieu et transmises d'une génération à l'autre [...]. Ce savoir est l'apanage de sociétés dans lesquelles l'utilisation des ressources s'inscrit dans une longue tradition ; il s'agit en général de sociétés non industrielles ou moins avancées sur le plan technologique, le plus souvent indigènes ou tribales. [...] Le savoir ancestral est généralement conservé et transmis par la tradition orale, souvent sous forme de récits, et s'apprend sur le terrain par l'observation et l'expérience, en compagnie de ceux qui le possèdent. L'une des caractéristiques générales du savoir ancestral est l'idée que toutes les parties de l'environnement – qu'il s'agisse du règne animal, végétal ou minéral – possèdent une force vitale. La vie humaine n'est pas supérieure à celle des autres êtres vivants de la création. [...] [L]es êtres humains peuvent utiliser d'autres éléments animés ou inani-

5. Secrétariat de l'OMPI, *La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : objectifs et principes révisés*, neuvième session, Genève, 24-28 avril 2006, WIPO/GRTKF/IC/9/4, 9 janvier 2006, annexe à la p. 12.

més de l'environnement, mais qu'ils n'ont pas le droit de les asservir ni de les exploiter [...].⁶

Le savoir traditionnel se traduit donc par des connaissances particulières sur la flore, la faune, l'écologie, les produits médicinaux et la spiritualité. Ces connaissances, faisant partie des expressions culturelles, sont transmises de génération en génération. Certaines le sont sous forme de chants ou de légendes ou encore constituent une façon de faire reflétant l'histoire, la culture, le mode de vie traditionnel, l'éthique et la créativité des autochtones fondés sur des coutumes constituant des règles de conduite et des croyances⁷. Une part de ce savoir revêt un caractère sacré. C'est le cas, entre autres, des cérémonies spirituelles. D'autres peuvent avoir une valeur plus commerciale susceptible de contribuer au maintien du mode de vie traditionnel des autochtones telle, par exemple, la connaissance des lieux de chasse, pêche et trappage.

Le savoir traditionnel comporte donc les caractéristiques suivantes :

- sa création et son utilisation font partie intégrante des traditions culturelles d'une communauté ; il s'agit d'une culture vivante et non figée dans le temps ;
- il est représentatif des valeurs culturelles d'un peuple et est généralement détenu par la collectivité ;
- il n'est pas limité à un champ spécifique de technologie ou des arts⁸.

En somme, les connaissances traditionnelles constituent le fondement de la croissance spirituelle, sociale et économique des peuples autochtones et, par conséquent, constituent une caractéristique déterminante faisant partie intégrante des collectivités autochtones.

6. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, Perspectives et réalités*, vol. 4 (Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1996), p. 514-15.

7. Secrétariat de l'OMPI, *Savoirs traditionnels – terminologie et définition, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore*, troisième session, Genève, 13-21- juin 2002, WIPO/GRTFK/IC/3/9, 20 mai 2002.

8. D. GERVAIS, « Spiritual but not intellectual ? The protection of sacred intangible traditional knowledge », 11 *Cardozo J. of Int'l & Comp. Law* 467, 472.

Comme le rapporte le RCRPA :

La perte d'exclusivité des idées et des connaissances traditionnelles peut mener non seulement à la commercialisation, mais aussi à la désignation de lieux sacrés par des gens qui n'en apprécient pas l'importance et à la profanation de coutumes et de croyances. Le fait de révéler un savoir spirituel à des étrangers peut altérer le caractère sacré de ce savoir ou conduire à une interprétation fautive des enseignements, l'initiation des pratiques culturelles d'une communauté, par certains groupes nouvel âge par exemple, est un outrage à la culture autochtone qui dévalorise les enseignements aux yeux des autochtones et non-autochtones.⁹

Le patrimoine culturel autochtone comprend donc plusieurs formes d'expressions culturelles incluant les pratiques, croyances ou coutumes spirituelles, religieuses et sacrées. Ce patrimoine a une importance historique, traditionnelle ou culturelle fondamentale pour un peuple autochtone ou pour la culture autochtone.

Par conséquent, la protection recherchée doit être adaptée aux caractéristiques qui sont propres à ce savoir soit, « le caractère collectif, communautaire ou intergénérationnel, la relation avec l'identité et l'intégrité, les croyances, la spiritualité et les valeurs culturelles et sociales d'une communauté, le fait qu'elles sont souvent les véhicules d'une expression spirituelle et culturelle et enfin leur évolution constante au sein de la communauté concernée »¹⁰.

Le régime canadien de la propriété intellectuelle protège certains types de connaissances dont peuvent bénéficier les autochtones. De façon générale, les lois dans ce domaine protègent l'expression des créateurs d'œuvres artistiques et littéraires, les techniques brevetées liées aux inventions, les mots et les symboles servant à identifier les produits et services et les aspects esthétiques des dessins et des produits¹¹. Ainsi, à titre d'exemple, les autochto-

9. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, Perspectives et réalités*, vol. 4 (Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1996), p. 678.

10. Secrétariat de l'OMPI, *Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore*, 9^e Session, Genève, 24 – 28 avril 2006, annexe à la p. 9.

11. S. BRASCOUPÉ et K. ANDERMANN, *Propriété intellectuelle et autochtones : document de travail*, automne 1999 ; Direction de la recherche et de l'analyse, ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada, p. 1 ; *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42.

nes se servent souvent des marques de commerce pour identifier leurs produits et services, qu'il s'agisse d'objets d'art, de vêtements, de produits alimentaires, de symboles et dessins communautaires des conseils de bandes, etc.¹².

Bien que les lois concernant la propriété intellectuelle peuvent, dans une certaine mesure, être utiles à la protection des expressions culturelles traditionnelles autochtones, à l'heure actuelle, elles ne constituent pas un outil de protection pour les connaissances des autochtones et ce, pour les raisons suivantes :

1. Le savoir traditionnel n'a pas de source unique. Il appartient à la collectivité et est transmis de génération en génération. Or, au Canada la *Loi sur le droit d'auteur* protège l'œuvre originale du créateur¹³. Elle accorde au créateur d'une œuvre originale, le droit d'autoriser ou d'interdire certaines utilisations de l'œuvre ou d'être rémunéré pour son utilisation¹⁴. C'est la personne qui exécute l'œuvre qui est qualifiée d'auteur¹⁵.
2. Le savoir traditionnel se transmet oralement. Or, pour être protégées par le droit d'auteur en vertu de la loi, les œuvres de création doivent être originales, être consignées ou « fixées » sous forme durable, tels un livre, une peinture, une sculpture, une œuvre cinématographique¹⁶. Pour obtenir un brevet, les inventeurs doivent répondre aux critères de nouveauté, d'utilité et d'apport inventif¹⁷. Enfin, pour être valable, une marque de commerce doit être unique, ne pas prêter à confusion et être utilisée sur le marché ou destinée à y être utilisée dans un avenir rapproché¹⁸.

La *Loi sur le droit d'auteur* protège l'expression des idées plutôt que les idées elles-mêmes. Aussi, n'est-elle d'aucun secours aux autochtones qui veulent interdire ou exercer un certain contrôle sur l'utilisation des idées empruntées à leur culture¹⁹. Elle ne

12. S. BRASCOUPÉ et K. ANDERMANN, *Propriété intellectuelle et autochtones : document de travail*, automne 1999 ; Direction de la recherche et de l'analyse, ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada, p. 25.

13. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42, art. 2 et 3.

14. *Ibid.*, art. 3.

15. *Ibid.*, art. 13 et 24.

16. *Ibid.*, art. 3.

17. *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), c. P-4, art. 2 déf. « invention » ; al. 28.1(1) b).

18. *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), c. T.13.

19. S. BRASCOUPÉ et K. ANDERMANN, *Propriété intellectuelle et autochtones : document de travail*, automne 1999 ; Direction de la recherche et de l'analyse, ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada, p. 18.

permet pas non plus de protéger à perpétuité les contes et légendes appartenant à une communauté en particulier.

3. L'essence même du savoir traditionnel est sa transmission dans le temps car les autochtones, dont le savoir peut remonter à des temps immémoriaux, désirent protéger ce savoir pour les générations à venir. La durée de la protection en propriété intellectuelle est limitée dans le temps ou assujettie à des conditions d'utilisation. Ainsi, le droit d'auteur bénéficie d'une protection valable durant toute la vie de l'auteur et 50 ans par la suite²⁰ ; les brevets sont accordés pour une période maximale de 20 ans à partir de la date du dépôt de la demande²¹ ; les marques de commerce sont renouvelées tous les 15 ans²² ; enfin, les dessins industriels bénéficient d'une protection de 10 ans²³.

Conséquemment, toute œuvre autochtone découlant du savoir traditionnel et transmise de génération en génération par voie orale, pourrait donc être considérée en vertu du droit de propriété intellectuelle actuelle comme étant du domaine public.

Par ailleurs, il semble qu'à ce jour, peu de collectivités autochtones du Canada aient eu recours aux brevets comme moyen de protection de leurs inventions, résultant par exemple de leurs connaissances des plantes médicinales²⁴. Comme le mentionnent les auteurs Simon Brascoupe et Karin Endermann dans leur document de travail :

L'incertitude règne quant à savoir comment le droit des brevets s'applique au savoir traditionnel des autochtones. Si une collectivité autochtone dépose une demande de brevet pour une invention tirée de connaissances traditionnelles, on se demandera si elle peut satisfaire aux critères de la nouveauté, de l'utilité et de l'apport inventif.²⁵

20. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42, art. 6.

21. *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), c. P-4, art. 44.

22. *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), c. T.13, art. 46 et 47.

23. *Loi sur les dessins industriels*, L.R.C., c. I-9, art. 10.

24. S. BRASCOUPÉ et K. ANDERMANN, *Propriété intellectuelle et autochtones : document de travail*, automne 1999 ; Direction de la recherche et de l'analyse, ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada, p. 31.

25. S. BRASCOUPÉ et K. ANDERMANN, *Propriété intellectuelle et autochtones : document de travail*, automne 1999 ; Direction de la recherche et de l'analyse, ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada, p. 31.

Enfin, « la protection offerte par les secrets industriels ne s'applique qu'aux secrets ayant une valeur commerciale dont l'information n'est pas publique »²⁶. On doit donc s'interroger quant à ce qui est considéré comme privé et public lorsqu'il est question des autochtones et de leur savoir traditionnel²⁷.

À titre d'exemples, peuvent ainsi constituer des atteintes au patrimoine culturel autochtone²⁸ :

- la commercialisation non autorisée du savoir autochtone ;
- l'utilisation et la mauvaise utilisation des symboles, des masques, d'objets sacrés ou religieux, sans permission ;
- la divulgation sans consentement des lieux de trappe, chasse et pêche traditionnels ;
- la divulgation des biens culturels secrets ;
- la publication de recherches sans reconnaissance, ni rétribution des détenteurs de savoirs connexes ;
- la destruction ou l'interférence des lieux historiques et sacrés ;
- la destruction des lieux de sépulture des ancêtres ou des endroits associés aux cérémonies spirituelles et des lieux de batailles ;
- l'acquisition illicite des objets sacrés et profanes.

Cependant, pour prétendre à une violation, encore faut-il démontrer l'existence d'un droit. Les protections prévues à la *Loi sur les Indiens*, L.R.C., c. I-5 se résument à peu de choses. L'alinéa 91(1)d) de la loi interdit à quiconque d'acquérir la propriété d'une

26. S. BRASCOUPÉ et K. ANDERMANN, *Propriété intellectuelle et autochtones : document de travail*, automne 1999 ; Direction de la recherche et de l'analyse, ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada, p. 31.

27. S. BRASCOUPÉ et K. ANDERMANN, *Propriété intellectuelle et autochtones : document de travail*, automne 1999 ; Direction de la recherche et de l'analyse, ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada, p. 35.

28. Voir, entre autres, S. BRASCOUPÉ et H. MANN, *A Community Guide to Protect Indigenous Knowledge*, Edwina Von Baeyer (Ed), ministère des Affaires indiennes, p. 7 ; S. WAYNE, *Protection des expressions culturelles traditionnelles : Question et considérations de politiques selon la perspective du droit d'auteur*, Direction générale de la politique du droit d'auteur, ministère du Patrimoine canadien, juin 2004, p. 19.

maison funéraire indienne, d'un monument funéraire sculpté, d'un totem, d'un poteau sculpté, de maison ou d'un rocher orné d'images gravées ou peintes située sur les terres de réserves.

Étant donné que les lois de propriétés intellectuelles ne peuvent servir d'assise à plusieurs atteintes au patrimoine culturel autochtone, notre propos consiste à déterminer si le patrimoine culturel peut constituer un aspect des droits ancestraux ou issus de traités protégés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Mais qu'est-ce qu'un droit ancestral ou issu de traité, et comment l'établir ?

3. LES DROITS ANCESTRAUX

En 1973, la Cour suprême du Canada rend une décision charnière pour les fins des droits ancestraux dans l'affaire *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*²⁹. Dans cette affaire, la Nation Nisga'a tentait d'obtenir une reconnaissance par les tribunaux de son titre ancestral sur les terres qu'elle revendiquait en Colombie-Britannique. L'action fut rejetée pour une question de procédure. Cependant, dans cette affaire, la Cour suprême du Canada reconnaît sans ambiguïté que le titre autochtone pouvait exister en Colombie-Britannique, et par extension dans l'ensemble du Canada, et qu'il était susceptible de reconnaissance judiciaire en vertu du droit commun.

La Cour suprême a donc confirmé le titre indien comme un droit reconnu en common law et découlant de l'occupation et de la possession historiques par les Indiens de leurs terres. Les juges demeurent toutefois divisés quant à l'extinction de ce titre en Colombie-Britannique. Pour le juge Judson, le titre ancestral pouvait être éteint par un simple acte législatif telle, par exemple, l'adoption d'une législation incompatible avec le titre³⁰. Pour le juge Hall, le titre ne pouvait être éteint que par une législation « *claire et expresse* »³¹. Au Canada, le pouvoir d'éteindre unilatéralement le titre autochtone par législation claire et expresse est dévolu au Parlement³².

Avant l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le titre aborigène, et, par extension, les droits ancestraux dans leur

29. *Calder c. Procureur général de la C.-B.*, [1973] R.C.S. 313.

30. *Ibid.*, p. 328.

31. *Ibid.*, p. 404.

32. *Guérin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, p. 377.

ensemble, étaient reconnus par le droit commun³³ et ont survécu dans la majorité des provinces, sauf lors d'une cession de droits prévue dans les traités autochtones.

Cependant, l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*³⁴ a substantiellement modifié l'état du droit autochtone. Le paragraphe 35(1) est venu constitutionnaliser les droits ancestraux qui existaient à la date de son adoption en 1982 :

[35] (1) Les droits existants – ancestraux et issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés. [...]

(3) Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.

Avant 1982, les droits ancestraux pouvaient être réglementés et éteints par décision unilatérale de l'État. Depuis l'adoption de l'article 35, ces droits ne peuvent être restreints que par traité ou suite à des actions justifiées de l'État.

La nature et la portée des droits ancestraux visés par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont fait l'objet de plusieurs décisions des tribunaux et plus spécialement de la Cour suprême du Canada³⁵.

Il se dégage de l'ensemble de la jurisprudence que les droits ancestraux reconnus et confirmés par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* s'étalent le long d'un spectre, certains de ces droits se rattachant aux terres et d'autres se rattachant aux personnes, aux communautés dans leur ensemble ou, encore, à la fois à la terre et aux personnes et aux communautés. Tous les droits ances-

33. *R. c. Marshall* ; *R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220, p. 240-41.

34. *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35, Canada, Annexe B des Lois de 1982 (U.K.) (1982), c. 11. Les droits visés par ce paragraphe devaient être déterminés et définis ultérieurement dans le cadre de conférences constitutionnelles (voir art. 37 et 37.1) lesquelles ont malheureusement échoué.

35. Voir, entre autres, *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075 ; *R. c. Van der Peet*, [1976] 2 R.C.S. 507 ; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723 ; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672 ; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101 ; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139 ; *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821 ; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010 ; *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911 ; *R. c. Marshall* ; *R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220.

traux, y compris le titre aborigène, sont des droits « *sui generis* » qui ne se prêtent pas aux classifications classiques.

À cet égard, le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Delgamuukw* tient les propos suivants :

Il ressort de l'arrêt *Adam* que les droits ancestraux qui sont reconnus et confirmés par le paragraphe 35(1) s'étalent le long d'un spectre, en fonction de leur degré de rattachement avec le territoire visé. À une extrémité du spectre, il y a les droits ancestraux qui sont des coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante de la culture autochtone distinctive du groupe qui revendique le droit en question. [...] Au milieu du spectre on trouve les activités qui, par nécessité, sont pratiquées sur le territoire et, de fait, pourraient même être étroitement rattachées à une parcelle de terrain particulière [...]. À l'autre extrémité du spectre, il y a le titre aborigène proprement dit. [...] Le titre aborigène confère quelque chose de plus que le droit d'exercer des activités spécifiques à un site qui sont des aspects de coutumes, pratiques et traditions de culture autochtones distinctives. L'existence de droits spécifiques à un site peut être établie même si l'existence d'un titre ne peut pas l'être. Ce que le titre aborigène confère c'est le droit au Territoire lui-même.³⁶

Le paragraphe 35(1) n'est pas venu rétablir des droits éteints. Les droits auxquels s'applique ce paragraphe sont ceux qui existaient au moment de l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*³⁷.

En outre, le droit applicable au titre indien relève de la common law fédérale et s'applique donc uniformément dans l'ensemble du Canada³⁸. Enfin, des droits ancestraux peuvent exister sur un territoire même si un titre autochtone n'est pas établi sur ce territoire³⁹.

36. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, p. 1094, 1095, par.138 ; voir aussi *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, p. 117-18, par.26-27 ; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139 p. 165-67, par. 35-39 ; *R. c. Marshall* ; *R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220, par. 53.

37. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1091.

38. *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322 p. 335, 340. Voir aussi *R. c. White et Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (B.C.C.A.) ; appel rejeté par la Cour suprême du Canada le 10 novembre 1965, 52 D.L.R. (2d) 481, p. 638 ; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, p. 173.

39. *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, p. 166, par. 38, et p. 175, par. 53 ; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, p. 117, par. 26.

Pour constituer un droit ancestral « une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question »⁴⁰. Enfin, les droits ancestraux reconnus et confirmés par le paragraphe 35(1) doivent tendre à concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de la Couronne⁴¹.

Dans l'arrêt *Van der Peet*, la Cour suprême du Canada formule les critères applicables pour établir l'existence d'un droit ancestral protégé par le paragraphe 35(1). Ainsi, celui qui revendique un droit ancestral doit prouver :

- 1- l'existence de la pratique, coutume ou tradition ancestrale alléguée à l'appui du droit revendiqué ;
- 2- que cette pratique, coutume ou tradition faisait « partie intégrante » de la société autochtone avant le contact avec les Européens au sens où elle la caractérisait comme étant distinctive ;
- 3- une continuité raisonnable entre la pratique existante avant le contact avec les Européens et la revendication contemporaine⁴².

À cet égard, dans l'arrêt *Mitchell c. M.N.R.*⁴³, une décision unanime de la Cour suprême du Canada, la juge McLachlin tient les propos suivants :

Dans les arrêts charnières *R. c. Van der Peet* [1996] 2 R.C.S. 507 et *Delgamuukw* précité, notre Cour confirme ces principes et énonce le critère permettant d'établir l'existence d'un droit ancestral. Comme le par. 35 (1) vise à concilier l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par des sociétés autochtones avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, le critère d'existence d'un droit ancestral est axé sur les caractéristiques déterminantes qui font partie intégrante de ces sociétés. Au strict essentiel, le demandeur autochtone doit établir l'existence d'une pratique, tradition ou coutume moderne qui a un degré raisonnable de continuité avec les pratiques, traditions

40. *Van der Peet*, [1996] 1 R.C.S. 507, par. 46.

41. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, p. 536-40, 543-48, 567 ; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, p. 1123-24, par. 186.

42. *R. c. Van der Peet*, [1976] 2 R.C.S. 507, p. 549, *Mitchell c. M.N.R.*, [2001] 1 R.C.S. 911, p. 934.

43. *Mitchell c. M.N.R.*, [2001] 1 R.C.S. 911, p. 911.

ou coutumes qui existaient avant le contact avec les Européens. La pratique, coutume ou tradition doit avoir « fait... partie intégrante de la culture distinctive » autochtone, au sens où elle doit avoir distingué ou caractérisé leur culture traditionnelle et avoir été au cœur de leur identité. Elle doit être une « caractéristique déterminante » de la société autochtone, de sorte que la culture en cause serait « fondamentalement modifiée » sans elle. Il doit s'agir d'une caractéristique qui a une « importance fondamentale » dans la culture du peuple autochtone qui véritablement faisait de la société ce qu'elle était » (Van der Peet, précité par. 54-59 souligné dans l'original). Cela exclut les pratiques, les traditions et les coutumes qui sont seulement marginales ou d'importance secondaire pour l'identité culturelle de la société autochtone, et met l'accent sur les pratiques, les traditions et les coutumes qui sont nécessaires à la vie, à la culture et à l'identité d'une société.⁴⁴

Les droits ancestraux protégés par l'article 35 ont été caractérisés comme étant des droits inhérents ou *sui generis*, qui existent indépendamment des actions du gouvernement :

Il s'agit de droits qui appartiennent à un groupe et qui sont en harmonie avec la culture et le mode de vie de ce groupe. Les tribunaux doivent donc prendre soin d'éviter d'appliquer les concepts traditionnels de propriété propre à la common law en tentant de saisir ce qu'on appelle dans les motifs du jugement de l'affaire *Guérin*, précité, à la page 382, la nature *sui generis* des droits ancestraux.⁴⁵

Une fois établie l'existence d'un droit ancestral, il faut déterminer si l'acte qui est à l'origine du litige est une expression de ce droit, donc si l'acte contesté constitue l'exercice moderne d'une pratique, coutume ou tradition ancestrale⁴⁶. Cependant, il faut préalablement déterminer quel est le droit ancestral revendiqué, soit quelle est la véritable nature de la revendication⁴⁷.

44. *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, p. 928, par. 12.

45. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1112.

46. *R. c. Van der Peet*, [1976] 2 R.C.S. 507, p. 553, par. 54 ; *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, p. 928-929, par. 13.

47. *R. c. Van der Peet*, [1976] 2 R.C.S. 507, p. 554-59 ; *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, p. 929, par. 14.

Donc, dans un premier temps, il s'agit de délimiter la nature précise de la revendication en tenant compte de la nature de l'acte accompli en vertu d'un droit ancestral, de la mesure gouvernementale contestée et de la coutume, pratique ou tradition invoquée pour établir l'existence du droit.

La deuxième étape consiste à démontrer si, avant le contact avec les Européens, cette coutume, pratique ou tradition faisait partie intégrante de la société distinctive qui l'invoque et si elle en fait partie aujourd'hui. Une preuve de la continuité de cette coutume, pratique ou tradition doit être faite. Une interruption de cette continuité n'empêche pas l'établissement du droit ancestral, caractéristique déterminante de la culture en cause⁴⁸. Cependant, cette question dépend largement de la preuve qui sera faite au procès.

Les droits ancestraux doivent être définis de façon généreuse et libérale avec une flexibilité suffisante pour leur permettre d'évoluer avec le temps. Ces principes d'interprétation doivent être perçus comme étant non figés dans le temps⁴⁹.

Les tribunaux ont à maintes reprises confirmé le caractère collectif des droits ancestraux⁵⁰. Cependant, la qualification de droit collectif ne donne pas d'information quant au titulaire de ce droit. Nous sommes donc en droit de nous interroger sur qui est titulaire du droit ancestral, qui peut l'invoquer ? L'individu membre de la collectivité, la bande indienne reconnue en vertu de la *Loi sur les Indiens* ou la nation autochtone, soit l'entité comprenant plusieurs bandes ou membres unis par leur culture, leur histoire et leur langue⁵¹ ?

Dans l'affaire *McKenzie c. Innu Takuaikan Uashat mak Mani-Utenam*⁵², la Cour supérieure, confirmée par la Cour d'appel du

48. *R. c. Van der Peet*, [1976] 2 R.C.S. 507, p. 557, par. 64.

49. *R. c. Sundown*, [1999] R.C.S. 393, p. 401-11 ; *R. c. Marshall* ; *R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220, p. 236, 237, par. 25.

50. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1112 ; *R. c. Van der Peet*, [1976] 2 R.C.S. 507, p. 647 ; *Delgamuukw c. C.-B.*, [1997] 3 R.C.S. 1010, p. 1082-83 ; *R. c. Sundown*, [1999] R.C.S. 393, p. 407 ; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533, p. 546.

51. Voir, entre autres, sur cette question, S. Grammond, *Aménager la coexistence, les Peuples autochtones et le droit canadien* (Montréal, Yvon Blais, 2003), p. 439 et p. 189-95.

52. *McKenzie c. Innu Takuaikan Uashat mak Mani-Utenam*, 500-05-027983-962, Cour supérieure du Québec, 2 juin 1997, [1997] 4 C.N.L.R. 93 ; décision confirmée par la Cour d'appel du Québec ; 500-09-005113-972 [1998] , 29 avril 1998 ; [1998] 3 C.N.L.R. 112.

Québec, reconnaît le droit de deux individus appartenant à la Nation Innue Takuaikan Uashat mak Mani-Utenam d'intenter des procédures en revendication du titre indien et autres droits ancestraux sur le territoire traditionnel des Innus contre le Québec et le Canada et ce, malgré les objections de la bande indienne concernée et du Québec. La bande indienne concernée plaidait que le titre ancestral sur les terres traditionnelles des Innus Takuaikan Uashat mak Mani-Utenam constituait un droit collectif appartenant à tous les membres et que les intérêts de la collectivité avaient préséance sur les intérêts individuels des demandeurs.

La bande indienne demandait donc à la Cour supérieure de faire droit à sa requête en intervention et de suspendre les procédures intentées par les deux individus au motif qu'elle avait entrepris de bonne foi un processus de négociation de revendications territoriales et d'autonomie gouvernementale avec le Québec et le Canada, qu'elle considérait que la voie des négociations était le forum approprié pour faire reconnaître les droits ancestraux de la bande indienne, pour mettre fin à leurs violations et obtenir les compensations appropriées. Dans ce contexte, la bande indienne plaidait qu'elle avait une crainte objective que les poursuites intentées par les deux membres viennent compromettre les négociations en cours et rendre futiles les efforts collectifs entrepris à ce jour à cette fin.

Le juge Tannenbaum de la Cour supérieure fait droit à l'intervention mais rejette la demande en suspension au motif qu'elle n'a aucun fondement légal. Un deuxième jugement a été rendu en même temps à l'égard d'une requête du Procureur général du Québec qui demandait le rejet de l'action au motif que les deux individus n'avaient pas l'intérêt requis pour revendiquer le titre et des droits ancestraux sur le territoire. Québec plaidait que ces droits constituaient des droits collectifs et que seule la Nation pouvait les invoquer. À nouveau, le juge Tannenbaum rejette la requête au motif que les individus ont l'intérêt requis, en tant que membres de la Nation Innue, pour protéger le territoire contre les violations alléguées malgré que les autres membres de la Nation ne se joignent pas à leur action⁵³.

53. *McKenzie c. Québec (Procureur général)*, C.S. 500-05-027983-962, 2 juin 1997, [1997] 4 C.N.L.R. 99.

Dans les arrêts *Delgamuukw*⁵⁴ et *Robert*⁵⁵ les cours ont reconnu le droit d'une nation autochtone d'invoquer les droits ancestraux.

Par ailleurs, de façon générale, les traités et accords de revendications sont signés avec les nations autochtones au sens de la *Loi sur les Indiens* en tant qu'entité représentant les membres de l'ensemble de la nation et non avec les bandes. Cependant, au Yukon, le gouvernement du Canada négocie des accords sur des revendications territoriales avec des bandes individuelles, de même qu'avec certains groupes de bandes dans le territoire du Nord Ouest suite à l'échec des négociations avec la Nation Dénée.

En conclusion, bien que la Cour suprême du Canada ne se soit pas prononcée sur la question, il appert de l'état du droit actuel que tant un individu, une bande indienne ou une nation autochtone peuvent revendiquer des droits ancestraux, incluant le titre ancestral, même si par définition ces droits sont des droits collectifs.

4. LES DROITS ISSUS DE TRAITÉS

Un élément fondamental du droit autochtone dispose que les autochtones ne peuvent transiger à l'égard de leurs droits ancestraux qu'avec le Souverain⁵⁶. Il incombe principalement au gouvernement fédéral de transiger avec les peuples autochtones considérant la juridiction exclusive qu'il détient sur les « *Indiens et les terres réservées aux Indiens* » conférée par l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Les traités autochtones servent quelquefois d'instruments de cession complète ou partielle du titre ancestral mais concernent aussi d'autres sujets. Dans *R. c. Sioui*, le juge en chef Lamer s'exprime comme suit :

Il n'y a aucune raison qu'une convention portant sur autre chose qu'un territoire, par exemple, une convention concernant

54. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, p. 1082-83 (J. Lamer).

55. *Robert c. Canada*, [1999] 247 N.R. 350 (C.A.F.) ; [2000] 3 C.N.L.R. 303, p. 381 ; confirmé par 2002 CSC 79.

56. *Johnson c. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat) 543 (1823) ; *Cherokee Nation c. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831) ; *Worcester c. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet) 515 (1832) ; *Calder c. Procureur général de la C.-B.*, [1973] R.C.S. 313.

des droits politiques ou sociaux, ne soit un traité au sens de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*. Rien ne justifie non plus l'exclusion d'accords où la Couronne aurait choisi de créer, pour le bénéfice d'une tribu, des droits portant sur un territoire autre que son territoire traditionnel. Par conséquent, je suis d'avis qu'une revendication territoriale ne constitue pas un élément essentiel à l'existence d'un traité.⁵⁷

Les droits issus de traités servent souvent à confirmer ou à réglementer les droits ancestraux préexistants et offrent une protection additionnelle aux droits ancestraux sous-jacents qui y sont visés⁵⁸. Par ailleurs, lorsque les signataires autochtones du traité invoquent un droit issu de traité, ils sont dispensés de l'obligation d'établir leur droit ancestral⁵⁹.

Un traité est bien plus qu'un simple contrat, il constate un échange solennel de promesses entre la Couronne et les Premières Nations signataires et il se caractérise par l'intention des parties de créer des obligations mutuellement exécutoires⁶⁰. Un traité autochtone constitue un accord *sui generis* liant les parties signataires, soit les nations autochtones, l'ensemble des membres de la nation signataire ainsi que leurs descendants et les gouvernements signataires. Il constitue une source positive de protection contre la violation des droits qui y sont prévus⁶¹.

Tout comme les droits ancestraux, les droits issus de traités ont un caractère spécifique et ils ne peuvent être exercés que par les Premières Nations signataires du traité⁶². L'extinction d'un traité ne peut survenir sans le consentement des Indiens impliqués⁶³.

57. *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, p. 1043.

58. *R. c. Bob and White*, (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (C.A.C.-B.), p. 616, confirmé [1965] R.C.S. vi.

59. *Première Nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, par. 63 ; *Campbell c. British Columbia (A.G.)* [2000], 189 D.L.R. (4th) 33 C.S.C.-B), p.340 (par. 9).

60. *R. c. Bob and White*, (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (C.A.C.-B.), p. 648-50 ; *R. c. Simon*, [1985] 2 R.C.S. 387, p. 401 ; *R. c. Sundown*, [1999] R.C.S. 393, p. 406-08 ; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, p. 1044 ; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, p. 793, par. 41.

61. *R. c. Simon*, [1985] 2 R.C.S. 387, p. 402, 404 ; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, p. 1043.

62. *R. c. Sundown*, [1999] R.C.S. 393, p.407, par. 25.

63. *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, p. 1063, par. « d ».

Tout comme les droits ancestraux, les droits issus de traités sont reconnus par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et bénéficient des mêmes protections constitutionnelles que celles conférées aux droits ancestraux.

Les tribunaux ont eu à maintes reprises à se pencher sur les règles d'interprétation régissant les traités. Dans l'arrêt *Nowegijick c. La Reine*⁶⁴, la Cour suprême du Canada énonce que « [...] les traités et les lois visant les Indiens doivent recevoir une interprétation large et libérale et [...] toute ambiguïté doit profiter aux Indiens »⁶⁵.

Le 17 novembre 1999, la Cour suprême du Canada rend son premier jugement dans l'affaire *Marshall*. Madame la juge McLachlin (aujourd'hui juge en chef), dissidente mais sur un autre point, a résumé aux pages 512 et 513 les principes qui régissent l'interprétation des traités et énoncés à de nombreuses reprises par cette même Cour⁶⁶.

Appelée à décider s'il fallait faire une distinction dans l'interprétation des traités de paix et les traités de cession territoriale étant donné la suggestion apparente de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse qu'ils appartiennent à des catégories différentes, la juge McLachlin dit ceci :

Cette question soulève à son tour celle de savoir s'il est utile de classer les traités en diverses catégories, dont chacune aurait ses propres règles d'interprétation. Le principe selon lequel chaque traité doit être examiné à la lumière de son contexte historique et culturel particulier tend à indiquer que cette pratique devrait être évitée.⁶⁷

Il faut donc donner aux dispositions d'un traité une interprétation large et libérale qui respecte l'obligation de fiduciaire des gouvernements envers le peuple autochtone. Il faut choisir parmi les interprétations possibles de l'intention commune, celle qui concilie le mieux les intérêts des parties signataires et dans la recherche de cette intention commune, l'intégrité et l'honneur de la Couronne sont présumés. Il faut éviter de donner aux dispositions d'un traité une interprétation formaliste ou inspirée du droit contractuel ou

64. *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29.

65. *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, p. 36 ; voir aussi *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1108.

66. *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, p. 512-13.

67. *Ibid.*, p. 513.

figée dans le temps et il faut tenir compte du contexte historique et juridique qui a donné naissance au traité en cause et des différences particulières d'ordre culturel et linguistique.

5. L'ATTEINTE AUX DROITS ET LA JUSTIFICATION

Lorsqu'il y a atteinte à un droit ancestral ou issu de traité, les tribunaux peuvent ordonner des mesures de réparation en vertu du droit commun telles des poursuites pour négligence ou en violation du droit de propriété⁶⁸. Toutefois, avec l'entrée en vigueur de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les tribunaux ont aussi à leur disposition des mesures de réparation d'ordre constitutionnel. Ainsi, depuis l'entrée en vigueur de cette disposition, les tribunaux peuvent rendre inopérantes les lois fédérales et provinciales lorsque celles-ci portent atteinte à un droit ancestral ou issu de traité dans la mesure où cette atteinte ne peut être justifiée selon des principes constitutionnels.

La Cour suprême du Canada a formulé deux volets permettant de déterminer si les actions de l'État qui portent atteinte aux droits ancestraux peuvent être justifiées. Premièrement, l'État doit démontrer qu'il a agi en vertu d'un objectif législatif régulier et, deuxièmement, l'État doit établir que ces actions sont compatibles avec son obligation de fiduciaire envers les peuples autochtones.

Ainsi, pour déterminer si le droit ancestral a subi une atteinte constituant une violation *prima facie* du paragraphe 35(1), la Cour suprême du Canada a indiqué que l'on se doit de poser les questions suivantes :

- 1- la restriction est-elle déraisonnable ?
- 2- le règlement est-il indûment rigoureux ?
- 3- le règlement refuse-t-il aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer ?

Si on conclut, à partir de ces questions, à l'existence d'une atteinte à première vue, l'analyse porte ensuite sur la question de la justification⁶⁹. Celui qui réclame le droit autochtone a le fardeau

68. *Première Nation de Fairford c. Canada (Procureur général)*, [1999] 2 C.F. 48 (C.F.P.I.), p. 88.

69. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1112, 1113.

d'établir ce droit et d'établir une atteinte *prima facie* à ce droit. Dans la mise en œuvre du test de l'atteinte au droit, la première question à poser est de savoir si la loi en question a pour effet de porter atteinte à un droit existant ancestral ou un droit issu de traité. Dans l'affirmative, elle constitue une violation *prima facie* de l'article 35(1). L'analyse portant sur l'atteinte commence donc par un examen des caractéristiques ou des attributs du droit en question⁷⁰.

Si on conclut à l'existence d'une atteinte à première vue (« *prima facie* »), l'analyse porte ensuite sur la question de la justification. Pour établir qu'une atteinte à un droit ancestral ou issu de traité est justifiée, le gouvernement doit prouver, premièrement, que l'atteinte découle de la poursuite d'un objectif jugé impérieux et réel, et deuxièmement, que l'atteinte est compatible avec les obligations de fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones. La justification fondée sur « l'intérêt public » est inutilisable comme critère applicable pour déterminer si une restriction imposée à des droits constitutionnels est justifiée⁷¹.

De plus, dans l'analyse de la justification, les tribunaux tiendront compte, entre autres, si on a porté le moins possible atteinte à des droits, si une juste indemnisation est prévue en cas d'expropriation et si le groupe d'autochtones en question a été consulté au sujet des mesures mises en œuvre⁷².

Les critères concernant la justification énoncés par la Cour suprême du Canada dans les affaires portant atteinte à des droits ancestraux s'appliquent également aux droits issus de traités⁷³.

6. LES RÈGLES APPLICABLES À L'OBLIGATION FIDUCIAIRE

Dans le régime fédéral canadien, les peuples autochtones doivent obligatoirement transiger avec la Couronne. Les rapports entre les Indiens et la Couronne sont donc basés sur une relation fiduciaire qui, dans les circonstances appropriées, se transforme en obligation

70. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1111, 1112.

71. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1113, 1114 ; voir aussi sur le test de la justification : *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, p. 131-33 ; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, p. 185-89 ; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, p. 755-57.

72. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1119 ; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, p. 757.

73. *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, p. 812-16 et 820-22 ; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, p. 505.

fiduciaire que les tribunaux peuvent sanctionner⁷⁴. La nature *sui generis* du titre indien de même que les pouvoirs et responsabilités historiques de Sa Majesté constituent la source de cette obligation fiduciaire. Cette obligation impose des limites à la manière dont la Couronne peut exercer ses pouvoirs⁷⁵, laquelle peut entraîner des devoirs fiduciaires exécutoires pour la Couronne⁷⁶. La Couronne doit donc agir dans le meilleur intérêt des autochtones afin de protéger les intérêts en jeu relatifs à la compétence impliquée⁷⁷.

Dans tous ses rapports avec les peuples autochtones, qu'il s'agisse de l'affirmation de sa souveraineté, du règlement des revendications ou de la mise en œuvre des traités, la Couronne doit agir honorablement. Elle doit agir avec honneur et dignité, et éviter la moindre apparence de « manœuvres malhonnêtes »⁷⁸.

Lorsque la Couronne met en œuvre ses obligations contenues dans un traité avec les Indiens, elle est beaucoup plus que l'équivalent d'une partie « contractante ». La conduite de la Couronne doit donc être jugée en fonction des *most exacting fiduciary standards* (de la norme fiduciaire la plus élevée)⁷⁹.

Cette relation fiduciaire sert de principe directeur aux tribunaux appelés à réviser les questions juridiques impliquant les peuples autochtones qui doivent veiller à ce que l'interprétation des dispositions d'un traité n'ait pas pour effet de laisser une promesse – issue de traité – vide de contenu⁸⁰.

Dans tous les cas, il faut évaluer le degré de l'obligation en fonction de l'importance du droit affecté. Les droits ancestraux et issus de traités sont d'une importance d'autant fondamentale, s'ils sont intrinsèquement reliés à la protection de la culture et du mode de vie du peuple autochtone.

74. *Guérin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, p. 376.

75. *Guérin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, p. 349-50 (juge Wilson) et p. 375-76 (juge Dickson) ; voir aussi *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

76. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, à la p. 1108 ; *Guérin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, p. 350, 354, 355, 383, 384 ; *Seminole Nation c. United States*, 316 U.S. 286, p. 293 et s., 308 ; *Ontario (Procureur Général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570, p. 575.

77. *Nation Haïda c. C.-B. (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 17, 18 et 19.

78. *Nation Haïda c. C.-B. (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 17, 18 et 19.

79. *Seminole Nation c. United States*, 316 U.S. 286, p. 293 et s. et 308.

80. *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 41, 43, 44 et 52.

7. LA PROTECTION DU PATRIMOINE CULTUREL

La Cour suprême du Canada ne s'est pas encore prononcée sur l'existence d'un droit ancestral collectif protégé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* sur le patrimoine culturel des autochtones. Cependant, la protection du patrimoine traditionnel autochtone a fait l'objet, à quelques reprises directement ou de façon incidente, de différents recours par les autochtones. Une revue de cette jurisprudence permet de dégager quelques principes quant aux critères applicables à cet égard.

7.1 Le recours basé sur le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale

De façon générale les nations autochtones revendiquent un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale pouvant s'exercer sans approbation de l'État. La Commission Royale sur les Peuples autochtones dans son document *Associés dans la Confédération : Peuples indigènes, autonomie et la Constitution*⁸¹ affirme que les autochtones détiennent un tel droit mais est plus nuancée quant à l'exercice de ce droit. Pour la Commission, la sphère de compétence autochtone inhérente en vertu du paragraphe 35(1) couvre toutes les questions reliées au bon gouvernement et au bien-être des peuples autochtones. Cependant, pour la Commission il existe certains domaines à l'égard desquels les autochtones ne pourraient agir que suite à des traités ou des ententes avec la Couronne⁸². En outre, en 1995, le gouvernement fédéral a reconnu dans un document de politique que l'autonomie gouvernementale était un droit protégé par l'article 35⁸³. Cependant, le gouvernement n'a jamais adopté de loi pour confirmer et reconnaître ce droit.

À ce jour, la Cour suprême du Canada a refusé de déterminer si l'autonomie gouvernementale était un droit protégé par l'article 35 se contentant d'affirmer que, si un tel droit existe, il devait être tranché en vertu des critères établis dans *Van der Peet*.

81. Commission Royale sur les peuples autochtones, *Partenaires au sein de la Confédération : Les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution* (Ottawa, 1993).

82. Voir aussi Rapport de la Commission Royale d'enquête sur les peuples autochtones, vol. 2. c. 3.

83. Gouvernement du Canada, *L'autonomie gouvernementale des autochtones* (Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux, Canada, 1995).

Ainsi, dans *R. c. Pamajewon*⁸⁴, le pourvoi soulevait la question à savoir si la réglementation des jeux de hasard à gros enjeux par les Premières Nations de Shawanaga et Eagle Lake était visée par les droits ancestraux reconnus et confirmés par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La Première Nation de Shawanaga invoquait un droit inhérent à l'autodétermination et la Première Nation de Eagle Lake a invoqué son droit d'auto-réglementer ses activités économiques en défense à l'accusation d'avoir tenu une maison de jeux en violation du paragraphe 201(1) du *Code criminel*. Plus spécifiquement, les appelants revendiquèrent le droit de participer à des activités de jeux de hasard à gros enjeux dans la réserve et de réglementer ces activités.

Au soutien de leur revendication, ils invoquaient le fait que le « Peuple Ojibway » a une longue tradition d'organisation de jeux et d'événements sportifs publics qui remonte à l'époque antérieure à l'arrivée des Européens⁸⁵.

La Cour suprême du Canada, à l'unanimité, rejette le pourvoi. Le juge en chef Lamer, appliquant le test qu'il a énoncé dans l'arrêt *Van der Peet*, conclut que, en l'espèce, les appelants n'ont pas réussi à démontrer que les activités de jeux et de hasard et la réglementation de ces activités par leur bande respective, constituaient des droits ancestraux reconnus et confirmés par le paragraphe 35(1).

Tel qu'indiqué plus haut, la Cour suprême du Canada refuse de déterminer si le droit inhérent à l'auto-détermination est un droit ancestral existant visé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Pour la Cour, ce droit doit être examiné à la lumière des objets du paragraphe 35(1) :

[...] À supposer, sans toutefois en décider, que le paragraphe 35(1), vise les revendications du droit à l'autonomie gouvernementale, la norme juridique pertinente n'en demeure pas moins celle établie dans *Van der Peet* précité. À supposer que les revendications du droit à l'autonomie gouvernementale autochtone sont visées par le paragraphe 35(1), ces revendications doivent être examinées à la lumière des objets sous-jacents de cette disposition et par conséquent, être appréciés en regard du critère tiré de l'analyse de ces objets. Il s'agit du critère établi dans *Van der Peet* précité. Dans la mesure où

84. *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821.

85. *Ibid.*, p. 834, par. 26.

elles peuvent être présentées en vertu du paragraphe 35(1), les revendications d'autonomie gouvernementale ne diffèrent pas des autres prétentions à la jouissance de droits ancestraux et elles doivent de ce fait être appréciées en regard de la même norme.⁸⁶

Par la suite, le juge en chef Lamer examine la première partie du critère établi dans l'arrêt *Van der Peet*, soit la caractérisation de la revendication des appelants, et constate que ceux-ci revendiquent le « droit général de gérer l'utilisation des terres de leurs réserves ». Selon le juge en chef « caractériser ainsi la revendication des appelants aurait pour effet d'assujettir l'examen de la Cour à un degré excessif de généralité. »⁸⁷ Il ajoute que « les droits ancestraux, y compris toute revendication du droit à l'autonomie gouvernementale, doivent être examinés à la lumière des circonstances propres à chaque affaire et, plus particulièrement, à la lumière de l'histoire et de la culture particulière du groupe autochtone qui revendique le droit. »⁸⁸

Puis, le juge Lamer aborde le second volet du critère établi dans *Van der Peet*, soit l'examen visant à déterminer si la participation à des activités de jeux de hasard et leur réglementation sur les terres de réserves faisaient partie intégrante de la culture distinctive des nations appelantes. À cet égard, il conclut que la preuve présentée au procès par les appelants n'établit pas que les jeux de hasard et la réglementation de ces activités faisaient partie intégrante de la culture des Premières Nations de Shawagana et Eagle. Ainsi, souscrit-il à la conclusion tirée par le juge Osborne de première instance, qui déclare premièrement, « qu'aucun élément de preuve ne permet de conclure que les jeux de hasard en général et les jeux en général et les jeux de hasard à gros enjeux, comme ils sont en cause ici, faisaient partie de la culture et des traditions historiques des Premières Nations, ou qu'ils constituaient un aspect de l'utilisation qu'ils faisaient de leur territoire » et, deuxièmement, « qu'il n'y avait aucune preuve que les jeux de hasard sur les terres de réserve en général aient jamais été l'objet d'une réglementation autochtone »⁸⁹.

La juge L'Heureux-Dubé en arrive à la même conclusion mais par un cheminement différent. Elle se dit en accord avec le juge en

86. *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821, p. 832-33, par. 24 ; voir aussi *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911.

87. *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821, p. 834, par. 27.

88. *Ibid.*

89. *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821, p. 835 par. 29.

chef que la caractérisation de la revendication est trop générale en l'espèce⁹⁰. Cependant, elle conclut que l'analyse doit porter de façon générale sur l'activité elle-même et non sur la façon particulière dont elle est exercée⁹¹.

Enfin, la juge L'Heureux-Dubé conclut que les appelants n'ont pas démontré que les activités de jeux de hasard auxquelles ils se sont livrés se sont déroulées en vertu d'un droit ancestral reconnu et confirmé au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Elle ajoute que la preuve présentée par les appelants ne permet pas « d'affirmer que les jeux de hasard, en tant que pratique, *ont un lien suffisant avec le sentiment d'identité et le désir de préservation des sociétés autochtones* auxquelles les appelants appartiennent pour justifier de reconnaître à ces activités la protection du paragraphe 35(1). »⁹² [Les italiques sont nôtres.]

Considérant la conclusion à laquelle elle arrive, la juge L'Heureux-Dubé ajoute qu'il ne lui est pas nécessaire d'examiner la question de l'autonomie gouvernementale mais s'en reporte entre autres aux motifs du juge Osborne de la Cour d'appel, lequel tient les propos suivants :

[...] le droit d'administration invoqué doit être considéré comme tout autre droit ancestral revendiqué, il faut le situer dans son contexte historique. Il n'y a aucune preuve que les jeux de hasard sur les terres des réserves en général aient jamais été l'objet d'une réglementation autochtone. Qui plus est, il n'y a aucune preuve d'une quelconque participation historique à quoi que ce soit d'analogue aux jeux de hasard à gros enjeux dans les présents cas⁹³.

La question de l'autonomie gouvernementale a de nouveau été discutée par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Delgamuukw c. C.-B.*⁹⁴ et *Mitchell c. M.R.N.*⁹⁵. Dans l'arrêt *Delgamuukw*, la Cour suprême conclut qu'il lui est impossible de décider si le bien-fondé de la revendication a été établi en raison des erreurs de faits commises par le juge de première instance et de la nécessité de

90. *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821, p. 837 par. 38.

91. *Ibid.*

92. *Ibid.*, p. 839, par. 40.

93. *Ibid.*, p. 839-40, par. 43.

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

95. *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911.

tenir un nouveau procès à la lumière des critères qu'elle venait d'établir eu égard à l'établissement de droits ancestraux⁹⁶.

Dans l'arrêt *Mitchell* la Cour suprême rejette la demande du Grand Chef Mitchell, qui revendiquait au nom de la Nation Mohawk d'Akwesasne le droit d'entrer au Canada en provenance des États-Unis avec des marchandises d'usage personnel et communautaire, sans acquittement de droits de douane. La Cour suprême du Canada conclut que l'intimé, le Grand Chef Mitchell, n'a pas établi l'existence du droit autochtone revendiqué et qu'en conséquence il doit acquitter les droits réclamés par le gouvernement. Considérant la conclusion à laquelle elle en arrive, la juge McLachlin considère qu'il ne lui est pas nécessaire de faire des commentaires sur la question à savoir si le droit de commerce et de circulation internationaux revendiqué par l'intimé est compatible ou non avec les attributs historiques de la souveraineté canadienne.

Pour sa part le juge Binnie fait une longue analyse de la question et conclut que ce droit est incompatible. Toutefois, il ajoute que « cette conclusion ne signifie pas aucunement que j'écarte ou appuie un point de vue quelconque quant à la compatibilité ou l'incompatibilité d'institutions autonomes internes des Premières Nations avec la souveraineté de la Couronne, dans le passé ou dans le présent »⁹⁷. Il indique que le concept de *souveraineté autochtone résiduelle* pourrait éventuellement recevoir un certain appui de la part de la Cour suprême⁹⁸.

Le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale pourrait s'envisager de différentes façons en matière de protection du patrimoine culturel. Entre autres, on pourrait envisager qu'une Première Nation adopte une politique de gestion de son patrimoine culturel. Dans cette éventualité elle exercerait des pouvoirs au-delà de ceux qui lui sont prévus dans la *Loi sur les Indiens*. Nous pourrions aussi penser à une politique visant à gérer les artefacts trouvés sur ses terres traditionnelles. Dans une autre situation, il pourrait s'agir de l'adoption par une nation autochtone d'une réglementation s'appliquant à l'ensemble de son patrimoine culturel. Dans un cas comme dans l'autre, l'exercice de ces pouvoirs ne serait pas rattaché à une loi habilitante. Cependant, dans l'état actuel du droit, il y a lieu de croire que les gouvernements contesteraient fort probablement l'adoption de telles politiques ou réglementations dans la

96. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, p. 1115, par. 171.

97. *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, p. 992, par. 165.

98. *Ibid.*

mesure où elles entreraient en conflit avec la législation gouvernementale en vigueur.

Nous devons donc conclure que, dans l'état actuel du droit, le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale ne peut servir d'assise à une collectivité autochtone pour protéger son patrimoine culturel et son savoir traditionnel, à tout le moins tant que ce droit n'aura pas été reconnu par le gouvernement ou confirmé par les tribunaux. Conséquemment, en l'absence d'un droit ancestral établi ou issu de traité, une bande ou une collectivité autochtone pourra difficilement réglementer son patrimoine culturel sur la base de son droit inhérent à l'autonomie gouvernementale sans risquer de voir cette réglementation contestée par les gouvernements qui exigeront l'application de leurs lois en pareil domaine.

Cependant, ces dernières années plusieurs accords de revendications territoriales et d'autonomie gouvernementale ont été signés entre certaines nations autochtones et le gouvernement canadien. Plusieurs de ces accords contiennent des dispositions permettant aux autochtones de contrôler en partie leur patrimoine culturel. Ces accords, protégés par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, font l'objet du dernier chapitre de ce texte.

7.2 Le recours basé sur le partage des compétences et la quiddité indienne

Dans l'arrêt *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique*⁹⁹ les appelants, soit le Chef au nom des membres de la bande Kitkatla et la bande, cherchaient à protéger une partie de leur patrimoine culturel qui, soumettaient-ils, était appelé à disparaître si le ministre autorisait l'intimée, International Forest Products Limited (« Interfor ») à poursuivre ses opérations forestières en Colombie-Britannique dans la région appelée le Kumealon. Le litige concerne des arbres ayant été modifiés suite à l'utilisation traditionnelle qu'en ont fait des peuples autochtones. La Cour suprême du Canada note que pour ces autochtones ces arbres revêtent une importance culturelle, historique et scientifique fondamentale¹⁰⁰.

Les faits dans cette affaire peuvent se résumer comme suit : les appelants revendiquaient des droits ancestraux dans la région du Kumealon et avaient engagé des négociations en vue de conclure un

99. *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique*, [2002] 2 R.C.S. 146.

100. *Ibid.*, p. 151, par. 1.

traité avec les gouvernements. Pour sa part, Interfor détenait un permis forestier sur des terrains situés sur la côte centrale de la Colombie-Britannique incluant la région de Kumealon. Depuis 1994, Interfor informait la Bande Kitkatla de ses plans de développement mais sans mentionner la région du Kumealon dans ses plans. En 1998, à la demande d'Interfor, un cabinet d'archéologues a rédigé un rapport sur les répercussions d'une exploitation forestière future dans la région englobant le Kumealon. Le rapport indiquait la présence de sites et d'objets du patrimoine autochtone dans cette région, dont un nombre important d'arbres modifiés. Interfor demanda donc au ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture (« le ministre ») en vertu de l'article 12 de la *Heritage Conservation Act* de la Colombie-Britannique¹⁰¹, un permis de modification des sites autorisant la coupe et le traitement d'arbres modifiées dans ses opérations forestières.

Le ministre transmet la demande d'Interfor à la bande afin d'obtenir les observations de cette dernière. N'ayant pas obtenu d'observations de la bande dans le délai prescrit, le ministre délivra un permis de modification du site sans avoir examiné un seul rapport archéologique.

La bande contesta la légalité du permis et présenta une demande de contrôle judiciaire en plaidant que le ministre n'avait pas considéré toutes les questions pertinentes avant de délivrer le permis et qu'il avait manqué à ses obligations fiduciaires en ne lui donnant pas un avis suffisant et en la consultant pas. De plus, la bande a demandé l'annulation des articles 12(2) a) et 13(2)c) et d) de la *Heritage Conservation Act*, qui autorisent le ministre à délivrer des permis permettant de modifier, de détruire ou d'enlever des biens du patrimoine autochtone. Selon les appelants, ces dispositions visent des objets et des sites qui touchent de près à l'identité autochtone et conséquemment échappent à la compétence législative de la province. Ces dispositions ne visaient que les autochtones et leurs biens.

L'action en droit administratif a été accueillie et le ministre a dû procéder au réexamen de la partie de sa décision concernant les arbres modifiés. L'action en droit constitutionnel a cependant été rejetée.

101. *Heritage Conservation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 187.

Le ministre a procédé au réexamen de la demande en donnant les avis nécessaires à la bande. La bande a demandé une ordonnance de prohibition interdisant au ministre d'accorder le permis de modification du site. Le ministre a conclu que cette question ne pouvait être tranchée dans le cadre de la délivrance d'un permis. Le juge de première instance a confirmé la position du ministre à cet égard.

Finalement, après réexamen, le ministre délivre un permis de modification du site en conformité avec le plan de gestion des arbres modifiés soumis par Interfor, prévoyant que tous les arbres modifiés gisant et 76 des 116 arbres modifiés encore sur pied dans le secteur seraient conservés.

La bande a porté la question constitutionnelle devant les tribunaux. C'est de cette question qu'était saisie la Cour suprême du Canada.

Il est important de préciser que les Kitkatla, malgré leur revendication de droits ancestraux sur les arbres modifiés, n'avaient pas établi leur titre ancestral sur le territoire où étaient localisés les arbres modifiés, ni de droits ancestraux à leur égard. Pour cette raison, ils ont présenté leurs arguments sur la base de la division constitutionnelle des pouvoirs.

Le litige dont est saisie la Cour suprême du Canada porte donc sur la compétence constitutionnelle de la province de légiférer sur des matières touchant aux Indiens et aux terres indiennes¹⁰², une compétence fédérale en vertu de l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Dans un jugement unanime, auquel ont participé sept juges, le juge LeBel parlant au nom de tous les juges sauf la juge L'Heureux-Dubé, rejette le pourvoi. Bien que les dispositions en litige s'adressent spécifiquement aux autochtones, le juge LeBel conclut qu'il n'y a aucun empiètement sur un chef de compétence fédérale car les appelants n'ont pas réussi à démontrer qu'une atteinte a été portée aux valeurs fondamentales de l'indianité qui mettrait en cause le pouvoir fédéral sur les affaires indiennes et les Premières Nations du Canada¹⁰³.

102. Pour une analyse de la question constitutionnelle, voir J. Leclair, « The Kitkatla Decision : Finding jurisdictional room to justify provincial regulation of aboriginal matters », dans (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d), p.73-104.

103. *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique*, [2002] 2 R.C.S. 146, p. 180, par. 75.

D'entrée de jeu, le juge LeBel indique que la *Heritage Conservation Act* vise à établir une protection générale complète du patrimoine culturel de la Colombie-Britannique, lequel est majoritairement composé de cas d'origines autochtones¹⁰⁴. Puis, il constate que la loi a été adoptée dans le but de conserver et de protéger toutes les formes de biens, d'objets, d'artefacts culturels et sites dans cette province qui ont une valeur patrimoniale pour l'ensemble de la province, incluant les collectivités autochtones¹⁰⁵.

Le juge LeBel examine par la suite les problèmes de preuve soulevés par ce pourvoi. Il rappelle que les questions constitutionnelles ne doivent pas être examinées dans un vide factuel et qu'il faut établir les faits pour démontrer qu'il existe un conflit entre les pouvoirs législatifs fédéral et provincial¹⁰⁶. Le juge LeBel note que les appelants ont tenté de minimiser l'importance et la pertinence de la preuve en soulignant que la Cour n'était pas saisie d'une réclamation de titre aborigène ou de droits ancestraux et, à cet égard, il tient ainsi les propos suivants :

[...] Dans ces affaires [droit autochtone], une preuve orale des valeurs, coutumes et pratiques autochtones est nécessaire et pertinente. Elle doit être appréciée avec sensibilité et dans la compréhension des traditions d'une civilisation qui est restée essentiellement orale avant et après les premiers contacts avec les Européens, lesquels ont apporté avec eux leur tradition de recourir à des documents juridiques et à des archives. Néanmoins, ce type de preuve doit être évalué comme les autres. Les revendications doivent être établies selon la prépondérance des probabilités par une preuve convaincante.

Étonnamment, le juge LeBel semble donc exiger des appelants une preuve de même nature que celle requise en matière de revendication d'un droit visé par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Le juge Le Bel souligne que la preuve étayant les prétentions des appelants est mince. Il ajoute ce qui suit :

Dans le présent pourvoi, les arbres modifiés que les archéologues ont été en mesure d'identifier ont été généralement caté-

104. *Ibid.*, p. 166, par. 41.

105. *Ibid.*

106. *Ibid.*, p. 168, par. 46 et 47.

gorisés soit comme des arbres dépouillés d'une partie de leur écorce soit comme arbres abattus par des autochtones.

De plus, une question échappe, jusqu'à maintenant, aux connaissances archéologiques. Même si on a la preuve d'une intervention autochtone, il est quasi impossible de dire quel groupe autochtone a modifié les arbres [...]. En l'espèce, les arbres se trouvent dans une région faisant l'objet de revendications contradictoires de la bande et d'un autre groupe, les Lax Kw' allams qui, comme les appelants, appartiennent aussi au conseil tribal Tsimshian.

Comme le rapporte l'OMPI, dans la pratique, les expressions culturelles traditionnelles des autochtones ne sont pas toujours créées à l'intérieur de communautés clairement délimitées¹⁰⁷. Cependant, en matière de revendication de droits ancestraux, le fait pour deux bandes d'une même nation de réclamer des droits contradictoires sur un même objet peut constituer un obstacle important à l'établissement de ces droits.

Le juge LeBel ajoute que les appelants ont apporté peu de preuve permettant à la Cour d'établir un lien entre les arbres modifiés du Kumealon et la culture de la Bande. Il termine donc en disant que c'est dans ce contexte factuel particulier qu'il faut examiner les questions constitutionnelles¹⁰⁸.

Au niveau du partage des compétences, le juge LeBel affirme que la Constitution ne confère pas de pouvoir exprès sur la culture en tant que telle. Les questions culturelles doivent donc être analysées dans leur contexte, selon les sources pertinentes de compétence législative¹⁰⁹ :

[...] En l'espèce, les questions soulevées par les parties concernent l'utilisation et la protection de la propriété dans la province. La Loi impose des limites aux droits de propriété dans la province pour des raisons d'importance culturelle.¹¹⁰

107. Secrétariat de l'OMPI, *La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : objectifs et principes révisés*, neuvième session, Genève, 24-28 avril 2006, WIPO/GRTKF/IC/9/4, 9 janvier 2006, annexe à la p. 9.

108. *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique*, [2002] 2 R.C.S. 146, p. 175, par. 63.

109. *Ibid.*, p. 170, par. 51.

110. *Ibid.*, par. 31.

Abordant par la suite la question du partage des compétences et du caractère véritable de la loi, le juge LeBel procède à l'analyse des dispositions de la loi. Selon lui, l'objet de cette loi est la préservation du patrimoine et en particulier du patrimoine des autochtones¹¹¹. Bien qu'il admette que les dispositions contestées pourraient parfois porter atteinte à des intérêts autochtones, le juge LeBel considère que celles-ci « font partie d'un régime soigneusement équilibré » et « hautement adapté aux intérêts culturels autochtones »¹¹². Ce régime permet d'établir « un équilibre entre des objectifs sociaux opposés »¹¹³, soit la protection des objets du patrimoine autochtone et la nécessité de promouvoir l'exploitation des ressources naturelles de la Colombie-Britannique¹¹⁴.

Cependant, la Cour suprême du Canada ne définit aucun critère d'analyse devant servir à la détermination de ce qui constitue cet équilibre.

Les appelants ont soulevé que la permission de détruire des objets du patrimoine porte atteinte au statut ou aux droits des Indiens. Le juge LeBel rejette cette objection :

L'argument des appelants vise à placer ces droits culturels au même titre que les droits ancestraux, dans « l'essentiel de l'indiannité » *Delgamuukw*, précité, par. 181. Toutefois, comme je le dis plus haut, les appelants ont produit peu de preuves des rapports existant entre les arbres modifiés et la culture Kitkatla dans cette région. Les appelants soutiennent que les objets du patrimoine autochtone ont une place importante dans l'identité et la culture autochtone, une place que n'ont pas les objets du patrimoine non autochtone dans l'identité non autochtone. Par conséquent, font-ils valoir, le traitement imposé est plus sévère pour les peuples autochtones. Je rejetterais cet argument. Comme la culture autochtone occupe une place prédominante dans l'histoire de la Colombie-Britannique, les sites et objets protégés du patrimoine non autochtone sont moins nombreux que les sites et objets protégés du patrimoine autochtone. Le processus légal d'obtention d'un permis fait rempart contre la destruction des biens patrimoniaux. [...] ¹¹⁵

111. *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique*, [2002] 2 R.C.S. 146, p. 174, par. 60.

112. *Ibid.*, p. 180-81, par. 76.

113. *Ibid.*, p. 175, par. 63.

114. *Ibid.*, p. 176, par. 64.

115. *Ibid.*, p. 178, par. 70.

Quoi qu'il en soit, il faut se rappeler que la Loi ne peut pas s'appliquer à un objet ou à un site du patrimoine autochtone qui est visé par des droits ou des titres ancestraux ou issus de traités, par l'effet du par. 35 (1) de la *Loi Constitutionnelle de 1982* et de l'article 8 de la Loi (et, par implication, du par. 12 (7) de la Loi qui prévoit qu'un permis ne confère pas le droit de modifier ou d'enlever un objet sans le consentement de la partie qui possède un titre sur l'objet ou sur le site où se trouve l'objet).¹¹⁶

Comme l'exprime le professeur Jean Leclair :

Having so confined Indianness to established aboriginal and treaty rights – *a question of fact* – and not to one involving the assessment of the scope of Parliament's sovereign power over all the aboriginal peoples of Canada – *a question of law* – the Court was at liberty to dismiss the interjurisdictional immunity doctrine and address the validity of the provincial statute according to the more familiar test of the aspect doctrine.¹¹⁷

[Les italiques sont nôtres.]

Enfin, le juge LeBel termine en tenant les propos suivants :

Il est sûrement possible que, dans certains cas, les biens et les sites patrimoniaux soient un élément essentiel de l'identité collective d'un peuple. Il se peut très bien que, dans une affaire future, un élément du patrimoine culturel d'une Première nation touche à l'essentiel de son identité de manière à affecter le pouvoir fédéral sur les affaires indiennes et l'applicabilité de la législation provinciale. Le pourvoi ne soulève pas ce type de questions étant donné la faiblesse de la preuve soumise et les principes régissant le partage des compétences au Canada. Dans les circonstances en l'espèce, les dispositions en litige, vues dans leur ensemble, accroissent la protection du patrimoine culturel autochtone et, en fait, préservent l'existence et la mémoire des objets culturels en cause, sans mettre en péril les valeurs fondamentales qui définissent l'identité des appelants en tant qu'Indiens.¹¹⁸

116. *Ibid.*, par. 71.

117. J. LECLAIR, « The Kitkatla Decision : Finding jurisdictional room to justify provincial regulation of aboriginal matters », dans (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d), p. 96.

118. *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique*, [2002] 2 R.C.S. 146, p. 181, par. 78.

Considérant que les dispositions contestées constituent des mesures de conservation du patrimoine établissant un équilibre entre le besoin de préserver le passé et celui de permettre l'exploitation actuelle des ressources naturelles, qu'elles n'imposent pas de traitement particulier aux peuples autochtones ni ne portent atteinte à leur statut ou à leurs droits en tant qu'Indiens¹¹⁹, la Cour suprême du Canada conclut qu'elles relèvent alors clairement de la compétence conférée aux provinces par le paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* sur la propriété et les droits civils dans la province. Donc, encore une fois, la réclamation des autochtones est rejetée pour absence de preuve.

Il semble découler de ce jugement que, pour pouvoir démontrer que les dispositions de loi contestées visaient des objets ou des sites touchant à leur identité autochtone, les appelants devaient faire la preuve qu'ils détenaient un droit ancestral ou issu de traité sur ces objets ou ces sites.

Il appert de l'arrêt *Kitkatla* ce qui suit :

1. la question à savoir si des éléments du patrimoine culturel des autochtones touchent à l'essentiel de l'identité autochtone (indianité) est une question de fait ;
2. l'indianité invoquée pour contester une loi provinciale visant des objets ou sites du patrimoine culturel des autochtones nécessite préalablement l'établissement d'un droit ancestral ou issu de traité quant à cet objet ou ce site ;
3. dans un litige où les droits ancestraux n'ont pas encore été établis, il sera loisible aux tribunaux de confirmer la validité de dispositions d'une loi provinciale qui concernent spécifiquement les autochtones s'il est démontré que les dispositions contestées font partie d'un régime équilibré adapté aux intérêts des autochtones¹²⁰.

Cette décision de la Cour suprême du Canada est pour le moins inusitée d'autant plus qu'elle laisse l'entière discrétion du tribunal de décider ce qui constitue un régime équilibré adapté aux inté-

119. Étant donné la conclusion à laquelle il en arrive, le juge LeBel conclut qu'il lui est inutile d'examiner le principe de l'exclusivité des compétences et, conséquemment, il n'a pas à procéder à une analyse du principe régissant l'application de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*.

120. *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique*, [2002] 2 R.C.S. 146, p. 180-82, par. 78.

rêts des autochtones. De toute évidence, en confinant la quiddité indienne (« indianité ») aux droits ancestraux *établis*, toute tentative pour faire déclarer une loi provinciale non applicable sur la base de la quiddité indienne apparaît à toute fin pratique limitée lorsque le droit invoqué n'a pas encore été établi.

D'autre part, si l'indianité est confinée aux droits établis, il faut en déduire des propos du juge LeBel que les éléments du patrimoine culturel des autochtones peuvent constituer un autre aspect des droits ancestraux. Cependant, si une collectivité autochtone désire protéger les éléments de sa culture et de son savoir traditionnels sur la base de ses droits ancestraux, elle devra en faire la preuve selon les critères établis dans l'arrêt *Van der Peet*, critères repris par la suite dans plusieurs autres décisions.

Par exemple, prenons le cas suivant : d'une nation autochtone qui chercherait à interdire la reproduction d'une pochette de disque d'un chanteur rock utilisant comme image pour la pochette un symbole que la nation considère être propre à sa culture. L'image en question proviendrait d'une peinture exposée dans un musée. Le producteur de disque aurait obtenu la permission des autorités du musée pour reproduire l'image. Le musée aurait acquis la peinture légalement d'un anthropologue il y a de cela de nombreuses années. Le producteur invoquerait ses droits en vertu de la *Loi sur les droits d'auteur* pour justifier son droit d'utiliser l'image en question. Sans entrer dans l'ensemble des considérations d'ordre juridique qu'un tel pourvoi pourrait soulever, il s'agirait de démontrer que ce symbole est une forme de représentation de la culture de la nation autochtone qui le revendique. Ce symbole a une valeur identitaire et est représentatif des valeurs culturelles de cette nation. La nation pourrait alors invoquer un droit au respect et à l'intégrité de ses croyances et pratiques spirituelles et culturelles.

Dans un tel cas, le groupe qui revendique ce droit devra prouver :

1. que le symbole se rattache à une pratique, coutume ou tradition ancestrale de la société autochtone qui revendique un droit à son égard ;
2. que cette pratique, coutume ou tradition à laquelle se rattache ce symbole en particulier faisait partie intégrante de la société et en constitue une caractéristique fondamentale ;

3. que cette pratique, coutume ou tradition existant avant le contact des Européens s'est continuée et continue d'être une caractéristique fondamentale de la société autochtone actuelle.

La difficulté avec une revendication basée sur un droit ancestral demeure la preuve à administrer pour établir ce droit, les coûts souvent exorbitants que représente l'administration d'une telle preuve puisqu'elle impose au préalable une importante recherche historique et l'embauche d'anthropologues et d'historiens sans compter tous les frais juridiques qui y sont rattachés. Elle demeure tout de même un outil qui mérite d'être considéré à défaut d'autres instruments juridiques disponibles pour assurer la protection de la culture autochtone.

7.3 Les recours en injonction

Dans plusieurs affaires, provenant principalement de la Colombie-Britannique, des groupes autochtones ont pris la voie de l'injonction afin de protéger un site sacré, son utilisation ou son intégrité et ce, souvent à l'intérieur du contexte plus large d'une revendication territoriale. Cette stratégie qui a été essayée pour la première fois dans l'affaire *MacMillan Bloedel c. Mullin*¹²¹ dans le milieu des années 1980, a connu un succès mitigé en raison de différents facteurs, notamment en raison de la nature même du recours en injonction ou des faits particuliers de l'affaire et de la preuve apportée devant les tribunaux.

Dans cette première affaire, la Cour suprême de la Colombie-Britannique avait d'abord rejeté la demande en injonction des autochtones, une décision qui était renversée un peu plus tard par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹²².

Par la suite, dans *Tlowitsis Nation and Mumtagila Nation c. MacMillan Bloedel*¹²³ une injonction interlocutoire avait été demandée pour empêcher l'exploitation forestière à l'égard d'un territoire sur lequel se trouveraient des sites sacrés. L'injonction était rejetée sur la question de la balance des inconvénients. Le juge MacKinnon était quelque peu perplexe devant la tardiveté des Indiens à rendre publiques leurs inquiétudes par rapport aux opérations de la MacMillan Bloedel.

121. *MacMillan Bloedel c. Mullin*, [1985] 2 C.N.L.R. 26 (B.C.S.C.).

122. *MacMillan Bloedel c. Mullin*, [1985] 2 C.N.L.R. 54 (B.C.C.A.).

123. *Tlowitsis Nation and Mumtagila Nation c. MacMillan Bloedel*, [1991] 2 C.N.L.R. 164 (B.C.S.C.).

Dans *Mount Currie Indian Band c. International Forest Products*¹²⁴, une injonction interlocutoire était demandée pour empêcher la construction d'une route d'exploitation forestière sur un territoire avec des sites sacrés. Cette fois, l'injonction était rejetée car, selon le tribunal, elle ne soulevait aucune question sérieuse. Cette décision faisait suite à celle rendue par la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans *Delgamuukw c. British Columbia*¹²⁵, dans laquelle cette dernière décidait que le titre ancestral avait été éteint en Colombie-Britannique ; décision renversée six ans plus tard par la Cour suprême du Canada¹²⁶.

Dans *McCrary c. Ontario*¹²⁷, une injonction interlocutoire pour empêcher la construction d'un barrage hydroélectrique était rejetée car, selon le tribunal encore une fois, elle ne soulevait aucune question suffisamment sérieuse.

Finalement, dans *Siska Indian Band c. British Columbia*¹²⁸, une injonction interlocutoire pour empêcher l'exploitation forestière à l'égard d'un territoire sur lequel se trouvaient des sites sacrés, était rejetée sur la question de la balance des inconvénients¹²⁹.

Plus récemment, la Cour de Justice du Nunavut rendait un jugement sur une demande d'injonction intérimaire instituée par la Nunavut Tunngavik Incorporated (NTI). La NTI soutenait que le système envisagé par la *Loi sur les armes à feu*, L.R.C. 1995, c. 39, empiétait illégalement sur les droits des Inuits établis dans l'*Accord sur les revendications territoriales du Nunavut*. Durant le procès, la NTI a demandé l'émission d'une ordonnance intérimaire afin que soit suspendue l'application aux Inuits de l'article 11 de la *Loi sur les armes à feu* et des articles 91 et 92 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. 46 jusqu'à ce qu'une décision soit rendue dans la cause principale. Le gouvernement du Nunavut est intervenu pour appuyer la demande du NTI.

Dans l'analyse du critère des dommages irréparables, le juge Kilpatrick note que le préambule de la *Loi concernant l'Accord sur les*

124. *Mount Currie Indian Band c. International Forest Products*, [1991] B.C.J. No. 703 (B.C.S.C.).

125. *Delgamuukw c. British Columbia*, [1991] 3 W.W.R. 97 (B.C.S.C.).

126. *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821.

127. *McCrary c. Ontario*, [1991] O.J. No. 1722 (Ont. Ct. Gen. Div.).

128. *Siska Indian Band c. British Columbia*, [1999] B.C.J. No. 2354 (B.C.S.C.).

129. Voir aussi sur cette question M. L. Ross, *First Nation Sacred Sites*, (UBC Press, 2005).

revendications territoriales du Nunavut reconnaît comme objectif fondamental, non seulement les dispositions relatives aux droits de récolte des Inuits, mais aussi encourage l'autonomie et la promotion de leur bien-être culturel et social¹³⁰. À cet égard, le juge Kilpatrick tient les propos suivants :

To the extent that the core values of a hunting culture are damaged or weakened, the elders and hunters revered by contemporary Inuit society for their *traditional knowledge* and on the land skills would see their skills devaluated and their place in Inuit society diminished. These groups be at risk of becoming mere anecdotes ; anachronism of a by-gone time and a lifestyle that is passing.¹³¹ [Les italiques sont nôtres.]

Le juge Kilpatrick conclut qu'en l'espèce, les dommages subis par les Inuits et résultant de l'interférence des dispositions contestées sur leurs droits issus de traités sont difficilement quantifiables alors que ceux du gouvernement sont tangibles et résultent de la perte des frais découlant de l'application du régime de la *Loi sur les armes à feu*. Il ajoute que : « [i]f the alleged breach results in loss of enjoyment of culture, or damage to a traditional lifestyle as argued by the Plaintiff however, the harm may not be curable, or quantifiable in practical terms »¹³².

Après avoir évalué la prépondérance des inconvénients, le juge Kilpatrick fait droit à la demande d'injonction intérimaire conformément aux conclusions demandées par le NTI.

Il faut noter que, dans l'affaire *Nunavut Tunngavik*, le plaignant invoquait des droits issus de traités alors que les autres demandes d'injonctions intérimaires, toutes rejetées, le droit ancestral n'avait pas encore été établi. L'intérêt toutefois de cette décision, pour nos fins, réside dans le fait que le juge a considéré l'impact que les dispositions de la législation contestée pouvait avoir sur les détenteurs du savoir traditionnel Inuit et la culture traditionnelle des Inuits.

130. *Nunavut Tunngavik Inc. c. Canada (Attorney General)*, [2003] NUCJ 1, Nunavut Court of Justice, jugement rendu le 2003-07-08, p. 7, par. 41.

131. *Nunavut Tunngavik Inc. c. Canada (Attorney General)*, [2003] NUCJ 1, Nunavut Court of Justice, jugement rendu le 2003-07-08, p. 7, par. 42.

132. *Nunavut Tunngavik Inc. c. Canada (Attorney General)*, [2003] NUCJ 1, Nunavut Court of Justice, jugement rendu le 2003-07-08, p. 7, par. 43.

8. LES ÉLÉMENTS DE PROTECTION PRÉVUS DANS LES TRAITÉS

Depuis la signature de la *Convention de la Baie James et du Nord québécois* en 1975, les nations autochtones, le gouvernement fédéral avec, dans certains cas, le gouvernement provincial ont conclu plusieurs traités modernes ou accords de revendications territoriales ayant pour but de définir les droits des autochtones sur leurs territoires revendiqués. Bien que plusieurs de ces ententes cherchent principalement à établir les droits autochtones en matière de gestion des ressources et de protection de l'environnement, plus récemment, des dispositions particulières y ont été incluses concernant les droits des autochtones à leur patrimoine culturel. La suite de ce texte, sans être exhaustive, a pour but de faire état de certains de ces accords et de délimiter l'étendue des droits culturels qui sont prévus à cet égard. Ces accords sont étudiés par ordre chronologique.

8.1 L'Entente sur la revendication territoriale globale des Gwich'in Dénés et Métis du Sahtu

À la fin des années 1970, le Canada a accepté de négocier des revendications territoriales globales avec la Nation des Dénés et l'Association des Métis des Territoires du Nord-Ouest concernant la Vallée du MacKenzie dans les Territoires du Nord-Ouest. Ces organismes acceptèrent de négocier une seule revendication commune. Les négociations ont débuté en 1981 et ont mené à la signature d'une entente de principe entre le Canada, les Dénés et les Métis et le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest en septembre 1988.

Subséquemment, en avril 1990, les négociateurs des parties concernées paraphèrent l'entente finale sujette à ratification par les chefs respectifs. Cependant, quelques mois plus tard, lors d'une assemblée conjointe des Dénés et des Métis, ces derniers rejetèrent l'entente, ce qui mit donc fin aux négociations des revendications des Dénés et des Métis. Par contre, à la demande du conseil tribal du delta de MacKenzie (les Gwich'in) et du conseil tribal des Sahtu, le Canada s'est engagé à négocier en vue d'un règlement régional de revendication territoriale sur la base de l'entente d'avril 1990 avec l'une ou l'autre des quatre nations des Dénés et des Métis qui en ferait la demande. À l'automne 1990, les négociations reprurent avec les Gwich'in, et en octobre 1991 avec les Sahtu.

L'entente sur les revendications territoriales globales des Gwich'in a été ratifiée en 1991 et signée le 22 avril 1992. Elle a de

plus été approuvée, mise en vigueur et déclarée valide par la *Loi sur le règlement de la revendication territoriale des Gwich'in*¹³³, sanctionnée le 17 décembre 1992.

L'entente sur la revendication territoriale globale des Dénés et Métis du Sahtu a été ratifiée en 1993 et approuvée, mise en vigueur et déclarée valide par la *Loi sur le règlement de la revendication territoriale des Dénés et Métis du Sahtu*¹³⁴, sanctionnée le 23 juin 1994.

Les deux ententes contiennent des dispositions relativement similaires. On y prévoit, entre autres, la négociation d'accords pour la création de zones protégées (Gwich'in), lesquels pourront comporter des dispositions touchant la protection des lieux Gwich'in ayant un caractère religieux, culturel ou historique. Dans les deux ententes, on prévoit la possibilité d'utiliser les eaux sans permis ni licence pour des activités patrimoniales, culturelles et spirituelles.

Par ailleurs, un chapitre est destiné à la gestion des ressources patrimoniales. À cette fin, il est prévu que les décisions et politiques gouvernementales en matière de gestion des ressources patrimoniales doivent tenir compte des valeurs culturelles des deux nations autochtones en ce qui concerne l'utilisation et la protection de leur patrimoine culturel. De plus, le conseil tribal de celles-ci doit être consulté dans le cours de la formulation des mesures législatives et de la politique gouvernementale relative à leurs ressources patrimoniales dans la vallée du Mackenzie. Des conditions sont aussi prévues pour les demandes de permis d'utilisation des terres.

8.2 L'Accord sur les revendications territoriales du Nunavut 1993

Après deux décennies de négociations, l'Accord entre les Inuits de la région du Nunavut et Sa Majesté la Reine du Chef du Canada a été ratifié par les Inuits en 1992 et approuvé par le Parlement en 1993 par l'adoption de la *Loi concernant l'Accord des revendications territoriales du Nunavut*¹³⁵.

L'Accord s'accompagne de l'engagement du gouvernement fédéral à créer un nouveau territoire politique appelé Nunavut. La

133. *Loi sur le règlement de la revendication territoriale des Gwich'in*, L.C. 1992, c. 53.

134. *Loi sur le règlement de la revendication territoriale des Dénés et Métis du Sahtu*, L.C. 1994, c. 27.

135. *Loi concernant l'Accord des revendications territoriales du Nunavut*, L.R.C. 1993, c. 29, sanctionnée le 10 juin 1993.

région du Nunavut est formée, d'une part, de la zone A qui comprend la partie des Îles de l'Arctique et du continent de l'est de l'Arctique ainsi que les zones marines adjacentes et, d'autre part, de la zone B qui comprend les Îles Belcher, les îles associées et les zones marines adjacentes situées dans la Baie d'Hudson. L'Accord prévoit, entre autres, des mesures pour favoriser l'autonomie et le bien-être culturel et social des Inuits.

Au chapitre 32 de l'Accord, à titre de principes généraux, il est prévu que les Inuits ont le droit, conformément aux dispositions du chapitre, de participer à l'élaboration des politiques sociales et culturelles ainsi qu'à la conception des programmes de services sociaux et culturels, y compris à leurs mécanismes d'exécution, dans la région du Nunavut (32.1.1). Le conseil de développement social du Nunavut a été constitué à cette fin et est chargé de promouvoir ces principes et objectifs (32.3.1).

Le chapitre 33 de l'Accord concerne les mesures applicables en matière archéologique. Ce chapitre s'applique aux zones marines de la région du Nunavut (33.1.2). Le paragraphe 33.2.1 prévoit que le patrimoine archéologique des Inuits de la région du Nunavut atteste de l'utilisation et de l'occupation par ces derniers des terres de cette région au fil des siècles ainsi que de leur utilisation des ressources qui s'y trouvent. Il est reconnu que les vestiges de ces utilisations et de cette occupation constituent un élément du patrimoine culturel historique et ethnographie de la société inuit. Comme il est prévu que le patrimoine archéologique de la région du Nunavut est important pour les Inuits sur le plan spirituel, culturel, religieux et éducatif (33.2.2), les parties ont convenu d'établir un juste équilibre entre les responsabilités du gouvernement et celles des Inuits en matière de gestion et de conservation des lieux et des spécimens archéologiques (33.2.2).

Le paragraphe 33.2.5 prévoit qu'en reconnaissance de l'importance spirituelle, culturelle et religieuse que revêtent pour les Inuits certains secteurs de la région du Nunavut, ceux-ci ont des droits et des intérêts spéciaux définis dans le chapitre 33. Une fiducie du patrimoine inuit est créée à cette fin. Cette fiducie doit participer à l'élaboration des politiques et des mesures législatives gouvernementales en matière d'archéologie dans la région du Nunavut (Partie 3).

L'accord prévoit aussi l'établissement par le biais des mesures législatives visées à la Partie 3 d'un régime d'émission de permis à

l'égard de la protection, des fouilles, de la restauration et de la documentation et de l'enregistrement des sites archéologiques.

La Partie 7 concerne les titres relatifs aux spécimens archéologiques et prévoit que le gouvernement et la fiducie sont conjointement propriétaires de tous les spécimens archéologiques découverts dans la région du Nunavut qui ne sont pas des documents publics ou des biens privés d'une personne, et qui ne se trouvent pas dans un secteur administré par le Service canadien des parcs. Des mesures particulières sont aussi prévues quant à l'utilisation des spécimens archéologiques de façon à ce que le plus grand nombre de spécimens possible soit disposé en faveur des diverses institutions de la région du Nunavut.

Le chapitre 34 prévoit des mesures particulières à l'égard des objets ethnographiques et des documents d'archives. Entre autres, le Musée canadien des civilisations et les organismes ethnographiques du gouvernement territorial doivent s'efforcer en tout temps de prêter le plus grand nombre possible d'objets ethnographiques aux diverses institutions de la région du Nunavut.

Par ailleurs, la *Loi sur le Nunavut 1993* concernant la création du territoire du Nunavut et l'organisation de son gouvernement prévoit à l'article 51 que le gouverneur-en-conseil peut adopter des règlements pour la protection, l'entretien et la conservation, au Nunavut, des cairns, des documents d'explorateurs, ainsi que des lieux, sites, ouvrages, objets et spécimens d'intérêts paléontologiques, archéologiques, ethnographiques ou historiques.

8.3 L'Accord cadre définitif avec le Conseil des Indiens du Yukon 1993

Le Conseil des Indiens du Yukon (CIY) a été formé en 1973 pour représenter les quatorze Premières Nations du Yukon pour les fins du règlement de leurs revendications territoriales. La réclamation conjointe a été acceptée par le gouvernement fédéral en 1973 pour fins de négociations.

Le 29 mai 1993, un Accord-cadre définitif sur les revendications territoriales¹³⁶ a été signé entre le gouvernement du Canada, le gouvernement territorial du Yukon et les Premières Nations du Yukon. Les dispositions de l'Accord-cadre sont destinées à être reprises dans

136. Umbrella Final Agreement.

les accords définitifs sur les revendications de chacune des quatorze Premières Nations du Yukon.

Les Premières Nations des Gwitchin Vuntut, des Nacho Myak Dun, de Champagne et Aishihik et le Conseil des Tlingits de Testin ont conclu avec Sa Majesté et le gouvernement du Yukon des accords définitifs contenant, outre les dispositions de l'Accord-cadre, des dispositions particulières à chacune de ces Premières Nations. La *Loi sur le règlement des revendications territoriales des Premières Nations du Yukon* qui approuve, met en vigueur et déclare valides les Accords sur les revendications territoriales en question, a été sanctionnée le 7 juillet 1994¹³⁷. Cette loi s'applique aux quatre Premières Nations précédemment mentionnées.

De plus, ces accords définitifs font état de l'engagement du Canada, du gouvernement du Yukon et des Premières Nations à négocier des accords sur l'autonomie gouvernementale adaptés à la situation de chacune des Premières Nations et conformément à la Constitution du Canada.

La *Loi sur l'autonomie gouvernementale des Premières Nations du Yukon* a aussi été adoptée par le Parlement en 1994 et découle de l'Accord-cadre¹³⁸. Cette loi octroie à une Première Nation des pouvoirs de nature législative et administrative dans différents domaines dont, entre autres, eu égard à la fourniture de programmes et services destinés aux citoyens et se reportant à leurs croyances et pratiques spirituelles et culturelles et dont l'application est restreinte au Yukon. Les quatre Premières Nations précédemment mentionnées ont conclu ces accords.

Le chapitre 13 de l'Accord-cadre concerne le patrimoine et vise les objectifs suivants :

- la sensibilisation du public à toutes les facettes des valeurs culturelles et patrimoniales du Yukon ;
- l'encouragement au profit des générations futures de la perpétuation des langues traditionnelles, des croyances, de la tradition orale, y compris les légendes et les connaissances culturelles des Indiens du Yukon ;

137. *Loi sur le règlement des revendications territoriales des Premières Nations du Yukon*, L.C. 1994, c. 34.

138. *Loi sur l'autonomie gouvernementale des Premières Nations du Yukon*, L.C. 1994, c. 35.

- la participation de façon équitable des Premières Nations du Yukon et des gouvernements à la gestion des ressources patrimoniales du Yukon dans le respect des valeurs et de la culture des Indiens du Yukon ;
- l'application des normes reconnues en matière de gestion des ressources patrimoniales afin d'en assurer le respect et la conservation ;
- la gestion de manière compatible avec les valeurs des Indiens du Yukon des ressources patrimoniales qui appartiennent aux Premières Nations du Yukon et qui sont sous leur garde ;
- la gestion des ressources patrimoniales appartenant au gouvernement et qui sont sous sa garde et qui se rapportent à la culture et à l'histoire des Indiens du Yukon, en tenant compte de la valeur et de la culture de ces derniers ;
- l'intégration des connaissances traditionnelles pertinentes d'une Première Nation du Yukon dans les expositions et les rapports de recherche gouvernementaux touchant les ressources patrimoniales de cette Première Nation ;
- la détermination et l'atténuation des répercussions des activités de développement sur les ressources patrimoniales au moyen d'une gestion intégrée des ressources ;
- la gestion des ressources patrimoniales revêtant un intérêt spécial pour les Premières Nations du Yukon et l'exécution de travaux de recherche à leur égard ;
- la reconnaissance de la tradition orale comme une source valable et pertinente d'information afin d'établir l'importance des lieux historiques et des ressources patrimoniales mobilières se rapportant à l'histoire des Indiens du Yukon.

Au niveau de la propriété et de la gestion des ressources patrimoniales, il est prévu que chaque Première Nation du Yukon est propriétaire et gestionnaire des ressources patrimoniales mobilières et non mobilières ainsi que des documents non publics qui se trouvent sur les terres de la Première Nation du Yukon et sur les lits des plans d'eau qui lui appartiennent (13.3.1).

Il est aussi créé une Commission des ressources patrimoniales du Yukon qui est chargée de formuler des recommandations aux ministres et aux Premières Nations du Yukon relativement à la gestion des ressources patrimoniales et mobilières des lieux historiques (13.5.0).

La Commission peut formuler à l'intention des ministres et des Premières Nations du Yukon des recommandations touchant entre autres aux questions suivantes (13.5.3) :

- la gestion des ressources patrimoniales non documentaires ;
- les moyens permettant de tenir compte des connaissances traditionnelles des anciens du Yukon en ce qui concerne la gestion des ressources patrimoniales mobilières des lieux historiques du Yukon ;
- les moyens permettant d'enregistrer et de préserver la langue traditionnelle des Premières Nations du Yukon ;
- l'examen, l'approbation, la modification, ou l'abrogation des règlements pris en application des mesures législatives concernant les ressources patrimoniales mobilières des lieux historiques du Yukon ;
- l'élaboration, la révision d'un plan stratégique de préservation et de gestion des ressources patrimoniales mobilières et des biens historiques au Yukon ;
- l'élaboration, la révision et la mise à jour d'un manuel visant à faciliter l'interprétation des ressources ethnologiques, archéologiques, paléontologiques, historiques ;
- l'établissement et la mise à jour de l'inventaire des ressources patrimoniales et les moyens de faire mieux connaître celles-ci au public ;
- la désignation des lieux historiques, etc.

Des modalités particulières de gestion des ressources patrimoniales sont aussi prévues pour les parcs nationaux. D'autres dispositions sont prévues quant aux lieux de sépultures des Premières Nations du Yukon, des ressources patrimoniales documentaires et de la toponymie.

8.4 L'Accord définitif Nisga'a 2000

Après une longue bataille judiciaire et de nombreuses années de négociations, en 1996, les Nisga'a, le gouvernement du Canada et le gouvernement de la Colombie-Britannique ont conclu un Accord de principe qui a donné lieu à un Accord définitif signé le 4 août 1998. L'Accord final a été ratifié par les Nisga'a suite à un référendum et par la Colombie-Britannique et le Canada par l'adoption d'une législation¹³⁹. La *Loi concernant l'Accord définitif Nisga'a* a été adoptée par le Parlement en 2000.

L'Accord définitif établit un gouvernement Nisga'a divisé entre un gouvernement central Nisga'a Lisims et les gouvernements locaux (au niveau des villages Nisga'a). Le gouvernement Nisga'a Lisims peut adopter des lois pour la Nation Nisga'a et est responsable des relations entre la Nation Nisga'a et les gouvernements fédéral et provincial. Les gouvernements locaux sont responsables de la gouvernance locale à l'intérieur de chacune des communautés Nisga'a.

L'Accord définitif octroie au gouvernement Nisga'a Lisims le pouvoir de faire des lois à l'égard de plusieurs matières dont, entre autres choses, la culture et la langue Nisga'a.

Au chapitre 2 de l'Accord, il est spécifiquement prévu que les citoyens Nisga'a ont le droit de pratiquer la culture Nisga'a et d'utiliser la langue Nisga'a de façon compatible avec l'Accord.

Le chapitre 17 de l'Accord concerne les artefacts et le patrimoine culturel.

À titre de dispositions générales, l'article 1 du chapitre 17 prévoit la reconnaissance par les parties du rôle essentiel des artefacts Nisga'a dans la perpétuation de la culture, des valeurs et des traditions Nisga'a. Les parties reconnaissent de plus l'attachement traditionnel et sacré de la Nation Nisga'a aux artefacts Nisga'a, peu importe que ces artefacts soient détenus par la Nation Nisga'a, un village Nisga'a, une société Nisga'a, un citoyen Nisga'a, le Musée canadien des civilisations ou le Royal British Columbia Museum (art. 2).

139. *Nisga'a Final Agreement Act*, S.B.C. 1999, c. 2 ; et *Loi concernant l'accord définitif Nisga'a*, L.C. 2000, c. 7.

L'Accord prévoit des mesures de restitution d'artefacts Nisga'a détenus par le Musée canadien des civilisations et le Royal British Columbia Museum. De plus, de temps à autre, il est prévu qu'à la demande de la Nation Nisga'a, le Canada et la Colombie-Britannique doivent faire des efforts raisonnables pour faciliter l'accès de la Nation aux artefacts Nisga'a et aux restes humains d'ascendance Nisga'a qui sont détenus dans d'autres collections publiques et privées.

Des mesures particulières sont aussi prévues pour la protection des sites patrimoniaux. À cet égard, le gouvernement Nisga'a élabore des processus pour gérer des sites patrimoniaux sur les thèmes Nisga'a afin de préserver les valeurs patrimoniales associées à ces sites contre des activités engagées à l'égard des terres et des ressources qui peuvent avoir des effets sur ces sites (art. 36). La Colombie-Britannique s'engage aussi à faire de même.

L'article 40 prévoit que la Nation Nisga'a est propriétaire de tout artefact Nisga'a découvert à l'intérieur des terres Nisga'a après la date d'entrée en vigueur de l'Accord, à moins qu'une autre personne n'établisse son droit de propriété dans cet artefact. De plus, si un artefact Nisga'a est découvert en Colombie-Britannique à l'extérieur des terres Nisga'a et se trouve en la possession permanente ou sous le contrôle de la Colombie-Britannique, cette dernière doit prêter l'artefact à la Nation Nisga'a conformément à une entente négociée en vertu des dispositions de l'Accord. La même mesure s'applique à l'égard d'un artefact qui serait trouvé sur des terres sous le contrôle du Canada.

Enfin, l'article 43 prévoit que, sous réserve des lois fédérales et provinciales, tous restes humains d'ascendance Nisga'a qui sont enlevés d'un site patrimonial soient remis à la Nation Nisga'a.

8.5 L'Accord Tlicho 2003

Les Tlichos constituent un groupe de la vallée du MacKenzie dans le Territoire du Nord-Ouest ayant débuté leurs négociations sur les revendications territoriales vers le milieu des années 1990. L'Accord Tlicho sur les revendications territoriales et l'autonomie gouvernementale entre le peuple Tlicho et les gouvernements a été signé le 25 août 2003, après avoir été ratifié par une large majorité. Le Parlement a approuvé, donné effet et déclaré valide l'Accord Tlicho par la *Loi sur les revendications territoriales et l'autonomie*

*gouvernementale du peuple Tlicho*¹⁴⁰. L'Accord crée un gouvernement régional Tlicho habilité à exercer une autorité législative et réglementaire sur le territoire faisant l'objet de l'entente de revendication. Le corps gouvernemental est composé d'un conseil formé du grand Chef élu par les citoyens Tlicho éligibles, le chef de chaque gouvernement local Tlicho et un représentant de chaque communauté Tlicho.

Le gouvernement Tlicho exerce des pouvoirs d'administration sur les terres visées par l'Accord au nom des citoyens Tlicho et détient le pouvoir d'adopter des lois reliées à l'administration de ces terres et à de nombreuses matières ayant un intérêt pour les citoyens Tlicho, telles la langue et la culture.

En outre, l'article 7.4.4 prévoit que le gouvernement Tlicho a le pouvoir d'établir des lois concernant :

- la protection des croyances et des pratiques spirituelles et culturelles des citoyens Tlicho et la protection et la promotion de la langue Tlicho et de la culture de la Première Nation Tlicho ;
- l'utilisation de la langue Tlicho dans les activités du gouvernement Tlicho ainsi que des normes relatives à la langue Tlicho ;
- la pratique des médecines traditionnelles des citoyens Tlicho, y compris l'accréditation des praticiens ;
- les ressources patrimoniales sur les terres Tlicho et dans la collectivité Tlicho ;
- l'accréditation de personnes pour enseigner la langue Tlicho et l'histoire et la culture de la Première Nation Tlicho.

Cependant, l'Accord prévoit que le pouvoir d'établir des lois relativement aux ressources patrimoniales sur les terres Tlicho ou dans la collectivité Tlicho n'inclut pas le pouvoir de porter atteinte par une loi au droit à la propriété privée sur les ressources patrimoniales.

En outre, l'article 7.5.10 prévoit spécifiquement que le pouvoir d'établir des lois relativement aux matières précédemment énoncées

140. *Loi sur les revendications territoriales et l'autonomie gouvernementale du peuple Tlicho*, L.C. 2005, c. 14.

n'inclut pas le pouvoir d'établir des lois concernant la propriété intellectuelle. Cette restriction vient limiter de façon appréciable les pouvoirs législatifs du gouvernement Tlicho à l'égard de son patrimoine culturel.

Le chapitre 17 de l'Accord Tlicho concerne les ressources patrimoniales. À titre de dispositions générales, il y est prévu que les ressources patrimoniales Tlicho constituent le patrimoine culturel de la première Nation Tlicho (art. 17.1.1).

Les « ressources patrimoniales » sont définies dans le chapitre 1 de l'Accord comme étant, selon le cas :

- a) un lieu d'intérêt archéologique ou un lieu ayant une importance historique ou culturelle et, notamment, un lieu de sépulture ;
- b) un artefact, objet ou document d'importance historique ou culturelle, notamment les restes humains et les présents funéraires trouvés dans un lieu de sépulture.

Les « ressources patrimoniales Tlicho » sont définies comme étant « une ressource patrimoniale se rapportant à l'histoire ou à la culture de la Première Nation Tlicho ».

L'article 17.1.3 prévoit de façon spécifique que le chapitre 17 « n'a pas pour effet de limiter un droit, titre ou intérêt que la loi en matière de propriété intellectuelle peut conférer au gouvernement Tlicho, à la Première Nation Tlicho et aux citoyens Tlicho ». Cette disposition de l'Accord vient donc assujettir les droits qui sont conférés au chapitre 17 de l'Accord aux lois canadiennes en matière de propriété intellectuelle mais ce, uniquement lorsque le gouvernement Tlicho, la Nation Tlicho ou un citoyen Tlicho invoque un tel droit.

Cependant, si le gouvernement Tlicho détermine un sujet de préoccupation qui découle de l'administration de la législation d'une politique gouvernementale concernant les ressources patrimoniales Tlicho, le gouvernement qui a promulgué la législation ou qui a établi la politique doit discuter de ces préoccupations avec le gouvernement Tlicho et lui donne par écrit les motifs de toute décision sur la façon de répondre à ces préoccupations (art. 17.1.4).

La gestion des ressources patrimoniales est réglementée par plusieurs dispositions dans l'Accord. Ainsi il est prévu que le gouver-

nement Tlicho est le gardien des ressources patrimoniales sur les terres Tlicho (art. 17.2.1). Cependant, le gouvernement Tlicho doit aviser le gouvernement lorsqu'une ressource patrimoniale autre qu'une ressource patrimoniale Tlicho est trouvée dans les terres Tlicho (art. 17.2.2). Le gouvernement, pour sa part, doit aviser le gouvernement Tlicho lorsqu'une ressource patrimoniale Tlicho est trouvée hors des terres Tlicho mais dans les Territoires du Nord-Ouest.

Les dispositions concernant la gestion des ressources patrimoniales déterminent les conditions rattachées au permis d'utilisation des terres ainsi que la procédure à suivre lorsque des ressources patrimoniales sont découvertes sur les terres auxquelles un permis d'utilisation des terres s'applique (art. 17.2.5 et s.). Le gouvernement Tlicho doit consentir par écrit avant que le gouvernement puisse délivrer un permis de fouilles archéologiques en ce qui concerne les ressources patrimoniales qui se trouvent sur les terres Tlicho. Par ailleurs, tous les permis de fouilles archéologiques relatifs aux ressources patrimoniales Tlicho sur les Territoires du Nord-Ouest sont aussi soumis à des conditions particulières, dont une consultation du gouvernement Tlicho (art. 17.2.8).

D'autres mesures sont prévues concernant l'accès aux ressources patrimoniales Tlicho (art. 17.3). Ainsi, il est prévu que les parties s'entendent à l'effet que les ressources patrimoniales Tlicho qui ont été emportées à l'extérieur du Territoire du Nord-Ouest soient disponibles pour le bénéfice des citoyens Tlicho et de tous les autres résidents du Territoire du Nord-Ouest et pour l'enrichissement de leurs connaissances (art. 17.3.1). Ceci implique que l'atteinte de cet objectif peut comporter le retour de ces ressources aux Territoires du Nord-Ouest sur une base temporaire ou permanente dans la mesure où :

- a) il existe dans les Territoires du Nord-Ouest des installations appropriées et une expertise qui permettent la conservation de ces ressources patrimoniales Tlicho pour les générations futures ;
- b) que la relocalisation soit compatible avec le maintien de l'intégrité des archives publiques et des collections nationales et territoriales des ressources patrimoniales.

Les articles 17.6.1 et 17.6.2 prévoient que le gouvernement n'accordera aucun intérêt dans les terres composant l'Ezodziti,

lequel est qualifié de ressource patrimoniale, historique et culturelle importante pour la Première Nation Tlicho et pour l'ensemble des Canadiens.

8.6 L'Accord sur les revendications territoriales des Inuits du Labrador 2005

Les représentants de l'Association des Inuits du Labrador, du gouvernement de Terre-Neuve-et-Labrador et celui du Canada ont procédé, le 22 janvier 2005, à la signature de l'Accord sur les revendications territoriales des Inuits du Labrador, après 13 ans de négociations. L'Accord avait été ratifié préalablement par les Inuits en 2004 et il fut par la suite approuvé par le Parlement en juin 2005¹⁴¹. Il s'agit du premier accord de ce genre à être conclu au Canada sur la côte Atlantique.

L'Accord précise les droits de propriétés sur les terres, les modalités de partage des ressources et les droits reliés à l'exercice de l'autonomie gouvernementale. Il crée la région du règlement des Inuits du Labrador, région située au Nord du Labrador, couvrant environ 72 500 km². Une superficie de 15 800 km² de cette région appartient aux Inuits. La région visée par le règlement comprend également une zone marine adjacente de 48 690 km² ainsi que la création dans la région du règlement des Inuits du Labrador, de la réserve de Parc National du Canada des monts Torngat, d'une superficie d'environ 9 600 km².

Les dispositions sur l'autonomie gouvernementale prévoient la création du gouvernement Nunatsiavut, de cinq gouvernements de communautés Inuits et de sociétés communautaires inuits pour représenter les Inuits résidant hors de la région visée par le règlement. À ce chapitre, il est prévu que le gouvernement Nunatsiavut pourra faire des lois sur la culture, la langue, l'éducation, la santé et les services sociaux qui s'appliqueront aux Inuits vivant sur les terres des Inuits du Labrador ou dans les communautés inuits.

Plus spécifiquement, le chapitre 17 de l'Accord concerne l'autonomie gouvernementale des Inuits du Labrador. À ce chapitre, les articles 17.8.1 à 17.8.5 traitent des pouvoirs du Gouvernement Nunatsiavut relativement à la culture et à la langue. Ainsi, le pou-

141. *Loi sur l'accord sur les revendications territoriales des Inuits du Labrador*, L.C. 2005, c. 27. Cette loi fut sanctionnée le 23 juin 2005. Voir aussi *Labrador Inuit Land Claims Agreement Act*, S.N.L. 2004, c. L-3.1.

voir de légiférer du Gouvernement Nunatsiavut comprend le pouvoir de faire des lois :

- a) pour préserver, promouvoir et développer les croyances spirituelles des Inuits, le savoir sacré des Inuits et les lieux sacrés des Inuits ;
- b) pour préserver , promouvoir et développer le patrimoine culturel des Inuits, sous certaines réserves ; et
- c) pour préserver, promouvoir et développer le savoir traditionnel des Inuits.

Cependant, l'article 17.8.3 prévoit ce qui suit :

Rien dans l'Accord ne s'interprète de manière à prévoir que le Gouvernement Nunatsiavut a une compétence de faire des lois relativement à la propriété intellectuelle.

La propriété intellectuelle est définie à l'article 17.1.1 comme suit :

« *propriété intellectuelle* » s'entend de tout droit de propriété intangible, y compris les brevets, les droits d'auteur, les marques de commerce, les dessins industriels, les topographies de circuits intégrés, les certificats d'obtention, qui résulte de toute activité intellectuelle dans les domaines industriel, scientifique, littéraire ou artistique.

Au niveau des dispositions générales de l'Accord, il est prévu que les Inuits ont le droit de pratiquer la culture des Inuits ainsi que d'utiliser leur langue de façon compatible avec l'Accord. Il est de plus prévu que les lois fédérales et provinciales s'appliquent aux gouvernements Inuits, aux terres des Inuits du Labrador et aux terres communautaires. Cependant, s'il y a incompatibilité ou conflit entre une loi fédérale et provinciale et l'Accord, l'Accord l'emporte, dans la mesure de l'incompatibilité du conflit.

Le chapitre 12 traite de mesures particulières pour la protection et l'exploitation commerciale des plantes. Par ailleurs, le chapitre 15 concerne les mesures relatives à l'archéologie, au matériel culturel des Inuits, aux lieux de sépultures et restes humains Inuits. Au niveau des dispositions générales du chapitre 15, on prévoit que le matériel archéologique, les sites archéologiques et le matériel

culturel des Inuits constituent un témoignage de la préhistoire et de l'histoire des Inuits ainsi que de leur utilisation et de leur occupation de la région du règlement des Inuits du Labrador, lesquels revêtent une importance ethnographique spirituelle, culturelle, historique, religieuse et éducationnelle pour les Inuits.

Les parties reconnaissent donc que les Inuits ont un intérêt et un rôle à jouer dans la gestion de ce patrimoine. Entre autres mesures, le Canada s'est engagé à consulter la province et le gouvernement Nunatsiavut et à leur fournir les renseignements nécessaires en ce qui concerne l'activité archéologique dans un parc national, une réserve de parc national, une aire marine nationale de conservation et une réserve d'aire marine nationale de conservation (art. 15.2.3.). Le gouvernement du Canada s'est engagé à faire des efforts raisonnables pour faciliter au gouvernement Nunatsiavut l'accès au matériel archéologique et au matériel culturel des Inuits provenant de la région du règlement des Inuits du Labrador qui se trouvent dans les collections publiques et privées (art. 15.2.6.).

L'article 15.3.1 de l'Accord confère des compétences législatives du gouvernement Nunatsiavut à l'égard :

- a) des activités archéologiques dans les terres des Inuits du Labrador et des communautés Inuits ;
- b) de la protection, la préservation et l'entretien des sites archéologiques dans les terres des Inuits du Labrador et des communautés Inuits ;
- c) de la protection, la rétention, la préservation et l'entretien du matériel archéologique qui se trouve dans les terres des Inuits du Labrador et les communautés Inuits ;
- d) de la désignation, l'identification, la préservation et l'entretien des bâtiments d'importance historique, y compris l'établissement d'un registre de bâtiments d'importance historique dans ces terres.

Cependant, l'article 15.3.2 prévoit que s'il y a un conflit entre une loi Inuit adoptée en vertu des dispositions de l'article 15.3.1 et une loi d'application générale, la loi d'application générale l'emporte dans la mesure du conflit. Autrement dit, eu égard à ces domaines, les lois en matière de propriété intellectuelle s'appliqueront.

Le paragraphe 15.3.3 prévoit que le gouvernement Nunatsiavut peut aussi faire des lois relativement :

- a) à la protection et au dérangement des lieux de sépultures Inuits et des lieux d'importance religieuse ou spirituelle pour les Inuits, dans les terres des Inuits et les communautés Inuit ;
- b) à l'exhumation, la recherche et l'examen, la préservation, la protection, la réinhumation et d'autres façons de disposer des restes humains Inuits qui se trouvent dans ces terres ;
- c) à la rétention, la préservation et l'entretien :
 - i) du matériel culturel des Inuits sur ces terres, autre que le matériel culturel des Inuits, qui est un bien privé ; et
 - ii) des dossiers du gouvernement Nunatsiavut et des documents d'archives dans les terres des Inuits du Labrador et des communautés Inuit, qui sont en Inuktitut et qui ont rapport à l'histoire, à la culture et aux affaires des Inuits, autre que les dossiers publics du Canada et de la province ou les documents d'archives qui sont des biens privés.

Par ailleurs, le paragraphe 15.5.1 prévoit que le Canada et la province consultent le gouvernement Nunatsiavut avant de présenter une législation touchant le matériel archéologique, les activités archéologiques et les sites archéologiques. Il en est de même pour le gouvernement Nunatsiavut qui doit consulter le Canada et la province avant de faire une loi inuit en vertu de la partie 15.3 (15.5.2).

Il est prévu une interdiction générale à toute personne d'organiser une activité archéologique sur le territoire, à moins que cette personne ne soit détentrice d'un permis émis conformément aux dispositions de l'Accord (15.6).

La partie 15.8 traite des lieux de sépulture inuit, des restes humains et des lieux d'importance religieuse ou spirituelle dans la région du règlement des Inuits du Labrador hors des terres des Inuits du Labrador et des communautés Inuits.

Par ailleurs, le gouvernement Nunatsiavut, le Canada et la province doivent négocier dans le but de conclure une entente sur les normes pour la sauvegarde du matériel archéologique et du matériel culturel des Inuits.

9. CONCLUSION

Les lois en matière de propriété intellectuelle ne protègent pas vraiment le patrimoine culturel des autochtones.

Les droits ancestraux et issus de traités constituent un instrument juridique important là où les lois en matière de propriété intellectuelle demeurent inefficaces. Il s'agit de droits reconnus et affirmés par la Constitution, ce qui leur confère une situation juridique privilégiée et particulière. Cependant, un survol de l'état du droit autochtone en matière de protection de patrimoine culturel révèle les difficultés d'application de ces droits et la confusion qui règne actuellement lorsqu'il s'agit d'appliquer ces droits à des expressions culturelles et au savoir traditionnel autochtone.

D'une part, la preuve à administrer pour prouver un droit ancestral est non seulement lourde et complexe, mais la nature et l'étendue de celle requise pour protéger un bien, dans plusieurs cas intangible, demeure incertaine.

D'autre part, bien que de nombreux accords de revendications territoriales et d'autonomie gouvernementale incluent des dispositions relatives à la protection du patrimoine culturel autochtone, allant même jusque dans certains cas à des pouvoirs législatifs, ces mesures sont d'application limitée. En outre, le fait que les accords prévoient leur assujettissement aux lois sur la propriété intellectuelle ajoute à la confusion.

En conclusion, ce survol du droit relatif à la protection du patrimoine culturel des autochtones démontre la nécessité d'une approche holistique dans le traitement à adopter en matière de propriété intellectuelle autochtone. Cette approche pourrait se traduire par une législation fédérale de propriété intellectuelle propre au domaine autochtone et applicable uniformément dans l'ensemble du Canada.