

DROITS FONCIERS DES PEUPLES AUTOCHTONES EN AUSTRALIE : LEÇONS POUR UN CORRIDOR NORDIQUE CANADIEN

Sharon Mascher

RÉSUMÉ

Le projet de recherche sur le corridor nordique canadien (CNC) étudie le concept d'aménagement d'un corridor d'infrastructure pancanadien, lequel consiste en une emprise de transport multimodale (route, rail, pipeline, transmission électrique et communication) qui traverserait le nord et le moyen-nord canadien. Dans l'objectif d'unir le Canada du nord au sud et d'un océan à l'autre, le CNC, et en particulier toute infrastructure qui y sera construite, affecterait certainement directement et indirectement un nombre important de communautés autochtones et un large éventail de droits et d'intérêts protégés par la Constitution. Alors que le Canada s'est engagé à mettre en œuvre la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (DNUDPA), le CNC, en tant que projet de nation tourné vers l'avenir, doit être pensé de manière à assurer le respect des droits et intérêts des communautés autochtones le long du corridor.

Le Canada n'est pas le seul pays dont le système juridique colonial soit aux prises avec des problèmes de reconnaissance et de protection des droits fonciers autochtones dans le contexte du développement d'infrastructures à grande échelle. L'Australie a une riche expérience du développement d'infrastructures linéaires et de corridors d'infrastructure qui affectent les droits et intérêts fonciers autochtones, mais pas à l'échelle géographique visée par le CNC. Le but de cet article est donc d'examiner le système juridique colonial australien relatif aux droits fonciers autochtones en vue d'en tirer des leçons pertinentes pour éclairer le concept du CNC.

En raison de l'histoire coloniale britannique commune de l'Australie et du Canada, les systèmes juridiques coloniaux de ces deux pays présentent des similitudes. Cependant, nombre de différences fondamentales affectent la façon dont le cadre juridique relatif aux droits fonciers autochtones s'est développé et cela donne un éclairage sur la transférabilité des leçons. L'Australie n'a pas d'équivalent à la *Proclamation royale de 1763*, qui a soutenu la colonisation de l'Amérique du Nord et a conduit à la négociation de traités historiques. En Australie, on a plutôt supposé que la Couronne acquérait le titre en affirmant sa souveraineté. Les gouvernements coloniaux et, par la suite, les gouvernements des États ont accordé des terres aux colons et réservé des terres à des fins publiques sans égard aux droits des peuples autochtones. Il n'y a pas non plus, en Australie, d'équivalent à l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle* canadienne de 1867. Sous réserve d'une protection législative, les droits fonciers des peuples autochtones peuvent être traités, expropriés ou

éteints par le gouvernement du Commonwealth d'Australie et par ceux des États ou des territoires du pays. L'Australie n'a pas non plus d'équivalent constitutionnel à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle* canadienne de 1982. Elle a plutôt recours la *Loi sur la discrimination raciale* de 1975 du Commonwealth (ci-après « RDA 1975 (Cth) »), adoptée dans la foulée de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, laquelle prévoit la protection des droits fonciers des peuples autochtones en tant que droit de la personne et assure leur égalité devant la loi.

En 1971, la Cour fédérale d'Australie jugeait, dans l'affaire *Milirrpum v Nabalco Pty Ltd*, que la doctrine du titre aborigène ne faisait pas partie du droit australien. Le gouvernement du Commonwealth a réagi en créant une commission des droits fonciers aborigènes pour enquêter sur les moyens appropriés de reconnaître et d'établir les droits et intérêts traditionnels des aborigènes sur les terres du Territoire du Nord. Sur la base des recommandations de la Commission, la *Loi de 1976 sur les droits fonciers des Aborigènes (Territoire du Nord)* (ci-après « ALRA 1976 (Cth) ») fut adoptée. Cette loi prévoyait le transfert des réserves aborigènes du Territoire du Nord en une forme de titre de pleine propriété inaliénable. La loi établit aussi un mécanisme législatif permettant aux « propriétaires autochtones traditionnels » de revendiquer un titre sur les terres de la Couronne non concédées, et ce, en fonction de leur affiliation spirituelle à la terre et en fonction du droit – en vertu des traditions, des observances, des coutumes et des croyances (c'est-à-dire, le droit autochtone) – de trouver subsistance sur le territoire. Les terres aborigènes traditionnelles peuvent être revendiquées par une demande auprès d'un commissaire aux terres aborigènes (un juge de la Cour suprême du Territoire du Nord) ou par le parlement qui peut exercer le pouvoir de reconnaître la terre comme terre aborigène. Les terres aborigènes sont détenues en fief simple par une fiducie foncière, sous réserve des exceptions minières, et ne peuvent être aliénées, reprises, acquises de force ou confisquées en vertu de toute loi du Territoire du Nord. Actuellement, environ 50 % des terres du Territoire du Nord sont détenues par des fiducies foncières. Toute transaction portant sur des terres détenues par une fiducie foncière, y compris les transactions à des fins publiques, nécessite le consentement des propriétaires autochtones traditionnels à des conditions raisonnables convenues. En l'absence de consentement, l'utilisation proposée ne peut avoir lieu. La seule exception à cette règle concerne l'exploitation minière (minéraux, pétrole et géothermie). En vertu de l'ALRA 1976 (Cth), des licences d'exploration peuvent être accordées à un tiers avec le consentement des propriétaires autochtones traditionnels ou par proclamation du gouverneur général déclarant que « l'intérêt national exige que la licence soit accordée ». Toutefois, ce type de proclamation ne peut être fait qu'après une période de négociation prescrite pour permettre une entente sur les modalités et conditions auxquelles l'octroi de la licence serait assujéti. Malgré l'existence de cette possibilité d'outrepasser le consentement, le fait que cette disposition n'ait jamais été utilisée jusqu'à maintenant témoigne de l'importance mise sur son obtention.

Plusieurs États se sont dotés d'une législation sur les droits fonciers, bien que généralement elle n'autorise que le transfert des terres des réserves à des propriétaires autochtones traditionnels.

¹ Commonwealth d'Australie

Ce n'est qu'en 1992 que la Haute Cour d'Australie affirmait, dans l'affaire *Mabo (n° 2)*, que le « titre autochtone » était reconnu par la common law. La décision antérieure, *Mabo v Queensland [Mabo (No 1)]*, confirmait que la RDA 1975 (Cth) protège le titre autochtone contre le cloisonnement et contre un traitement différent des autres types d'intérêts fonciers. Cela veut dire que, depuis le 31 octobre 1975, date à laquelle la RDA 1976 (Cth) est entrée en vigueur, indépendamment de l'intention « claire et manifeste » d'éteindre le titre autochtone, les actes législatifs et exécutifs qui privent arbitrairement de leur propriété les détenteurs de titres autochtones, tout en laissant intacts les droits de propriété d'autrui, sont invalides. Avant cette date, cependant, la Haute Cour d'Australie a reconnu qu'une extinction « parcelle par parcelle » du titre autochtone s'était produite entre 1788 et le 31 octobre 1975, ce qui signifie que le titre autochtone n'existe plus sur de grandes parties des zones habitées au pays.

L'Australie a réagi à la décision *Mabo (No 2)* en adoptant la *Loi de 1993 sur le titre aborigène* (ci-après « NTA 1993 (Cth) »). Les objets de la NTA 1993 (Cth) précisent le besoin de reconnaître et de protéger le titre autochtone, mais affirment également que la certitude est requise pour les autres membres de la communauté australienne touchés par la détermination d'un titre autochtone. Il en résulte un besoin « d'équilibrer une gamme de considérations, tout en promouvant un système efficace et efficient ».

La législation est très complexe et s'accompagne d'un vaste corpus de jurisprudence. Cependant, dans l'ensemble, la NTA 1993 (Cth) fait trois choses : elle établit un mécanisme pour déterminer (ou reconnaître) les revendications du titre autochtone, elle prévoit la validation des actes passés et des actes de la période intermédiaire qui seraient autrement invalidés en raison de l'existence du titre autochtone et, finalement, elle fournit un mécanisme pour valider les transactions futures qui affectent le titre autochtone.

La définition statutaire du titre autochtone a conduit les tribunaux à adopter une « approche du contenu strictement axée sur la tradition », exigeant la continuité des lois et des coutumes qui prévalaient avant l'affirmation de la souveraineté jusqu'à nos jours. Cette approche très stricte a entraîné un fardeau de la preuve beaucoup plus lourd qu'au Canada et, une fois prouvés, les droits fonciers des autochtones australiens n'incluent pas nécessairement un droit d'usage et de possession exclusifs. En ce sens, cela pourrait plutôt équivaloir à une « désagrégation » des droits et intérêts fondée sur les lois et coutumes traditionnelles démontrées. Ces dix dernières années, cependant, l'évolution de l'exigence de la preuve pour démontrer la possession, l'utilisation et la jouissance exclusives a conduit à la majorité des décisions litigieuses et par consentement, donnant au moins certains droits de possession exclusive sur la terre.

La NTA 193 (Cth) établit une procédure législative pour l'enregistrement et la détermination des revendications du titre autochtone. Un « critère d'enregistrement » détermine si une revendication a une chance raisonnable de succès. Une fois enregistrés, les demandeurs du titre autochtone se voient accorder des droits procéduraux en vertu de la législation. Après l'enregistrement, les parties intéressées par la zone revendiquée participent à une médiation en vue de s'entendre sur l'existence d'un titre autochtone et, le cas échéant, sur qui détient le titre, sur la nature et l'étendue des droits et intérêts concernant le titre et sur la manière dont ces droits et intérêts interagissent avec d'autres droits et intérêts dans la zone revendiquée. Si un accord est conclu, les parties peuvent demander à la Cour fédérale

de déterminer par consentement le titre autochtone. Si aucune entente n'est conclue, c'est la Cour fédérale qui décide lors d'un procès. La vaste majorité des décisions concernant le titre autochtone en Australie se font désormais par consentement, bien que, selon la complexité de la revendication, cela puisse encore prendre plusieurs années. Une fois la revendication accordée, le titre autochtone est détenu en commun par la communauté, qui nomme une personne morale enregistrée pour gérer les droits et représenter le groupe.

Au nom de la « certitude », la NTA 1993 (Cth) prévoit la validation statutaire d'une série d'« actes passés » et d'« actes de la période intermédiaire » qui seraient autrement invalidés en raison de la RDA 1975 (Cth). C'est, cependant, le processus des « actes futurs » prévu par la NTA 1993 (Cth) qui détermine si un acte futur, par ailleurs valide et qui affecte les droits de propriété et les intérêts autochtones, peut être poursuivi. À l'origine, la NTA 1993 (Cth) reflétait le principe selon lequel les actes futurs ne peuvent être valablement accomplis que s'ils peuvent également être accomplis sur un « titre ordinaire » (c'est-à-dire une pleine propriété) et, le cas échéant, tous les efforts raisonnables ont été déployés pour garantir l'accord des détenteurs du titre autochtone ou des demandeurs du titre autochtone enregistrés (les parties prenantes du titre autochtone) par le biais d'un droit spécial de négociation. Cependant, la loi permet désormais la validation de diverses catégories d'actes futurs en codifiant les droits procéduraux prescrits pour chaque catégorie. Trois catégories sont potentiellement pertinentes pour les corridors d'infrastructures linéaires.

La première catégorie (sous-section K de la Loi) concerne les installations (notamment les routes, les chemins de fer, les gazoducs, les installations de transport et de distribution d'électricité) « exploitées pour le grand public ». Dans la mesure où l'accès raisonnable au terrain visé par une installation ne soit pas bloqué pour les parties prenantes du titre autochtone, et à dans la mesure où des dispositions sont en place pour protéger les sites d'importance traditionnelle pour les peuples autochtones, la sous-section K accorde aux parties prenantes du titre autochtone les mêmes droits procéduraux qu'ils auraient s'ils détenaient un titre ordinaire. L'étendue des droits procéduraux dépend de ceux disponibles dans la juridiction concernée pour les titulaires de titres ordinaires. La deuxième catégorie (sous-section M de la loi) s'applique lorsque les droits de propriété et les intérêts autochtones sont obligatoirement acquis. Si ces droits et intérêts sont acquis au profit du gouvernement, les parties prenantes du titre autochtone se voient à nouveau accorder les mêmes droits procéduraux que les titulaires de titres ordinaires. Toutefois, si l'acquisition forcée a pour but de conférer des droits à des personnes autres que le gouvernement, un délai d'opposition de deux mois s'applique à l'acquisition forcée. Si une partie s'y oppose, le gouvernement doit consulter les opposants sur les moyens de minimiser l'impact sur les droits de propriété et les intérêts autochtones ou sur la manière dont tout ce qui est autorisé par la loi pourrait être fait. Si l'objection n'est pas retirée dans les huit mois, elle doit être renvoyée à une personne ou à un organisme indépendant pour déterminer s'il convient d'autoriser l'accomplissement de l'acte dans les conditions spécifiées. Cette décision doit alors être respectée « à moins que » le ministre compétent ne considère qu'elle n'est pas « dans l'intérêt » de la juridiction concernée, intérêts qui incluent les avantages sociaux et économiques. La sous-section M traite de la même manière un « droit d'exploitation » accordé aux fins de la construction d'infrastructures minières, bien qu'il soit peu probable qu'un pipeline linéaire d'importance, par exemple, soit traité comme une

infrastructure associée au « droit d'exploitation ». La dernière catégorie d'acte futur s'applique à la création d'un droit minier, lequel n'est pas spécifique aux infrastructures. Le droit procédural le plus fort disponible dans le régime des actes futurs s'applique à ce type d'acte, bien qu'il soit peu probable qu'il soit applicable à l'une des infrastructures linéaires d'un corridor déterminé.

En tant qu'alternative au processus complexe des actes futurs, la NTA 1993 (Cth) permet également la validation de tout acte futur par le biais d'« accords sur l'utilisation des terres aborigènes » (ci-après « ILUA »). Tout acte futur accompli conformément à un ILUA est valable. Un ILUA peut être négocié entre les parties prenantes du titre autochtone, les parties gouvernementales ainsi que d'autres parties afin de permettre, et de conditionner, l'accomplissement d'un ou plusieurs actes futurs. Le type d'ILUA détermine qui doit faire partie à l'accord et quel type de questions peuvent être couvertes, mais chaque ILUA a une portée potentiellement très large. Lorsqu'il est enregistré, l'ILUA prend effet comme s'il s'agissait d'un contrat entre les parties et il lie toutes les personnes qui détiennent un titre autochtone en relation avec la zone couverte. On a aujourd'hui couramment recours aux ILUA plutôt qu'au processus des actes futurs quand les droits de propriété et les intérêts autochtones sont touchés par l'accomplissement d'un acte futur.

L'approche législative complexe adoptée en Australie ne peut se transférer à l'expérience canadienne. Cependant, s'il y a une leçon à tirer, c'est qu'avec le temps, le système australien a connu un regain d'intérêt pour les règlements par accords. Bien que l'ALRA 1976 (Cth) prévoit une norme pour le consentement, on ne peut pas en dire autant de la NTA 1993 (Cth). Cependant, l'utilisation d'ententes négociées, sous la forme d'ILUA, offre une « voie vers le consentement » qui permet aux communautés autochtones de déterminer les modalités selon lesquelles un acte futur peut être accompli. Cela semble un pas de plus permettant aux communautés autochtones d'influencer le résultat des processus décisionnels qui les concernent (plutôt que de simplement être impliquées ou de faire entendre leurs points de vue), conformément au principe du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause tel que définit par la DNUDPA. Il y a, bien sûr, une raison importante de remettre en question la présomption selon laquelle les ILUA seraient, en fait, « le Saint Graal de la conclusion d'accords » : le processus de validation des actes futurs a un impact conséquent sur la liberté avec laquelle les titulaires du titre autochtone concluent des accords. Cependant, il y a lieu d'explorer les pratiques exemplaires en matière de conclusion d'ententes – en s'inspirant de l'expérience australienne et en reconnaissant le rôle important que jouent déjà les ententes sur les répercussion et les avantages (ERA) dans le contexte canadien – afin de déterminer si une entente-cadre avec les communautés autochtones touchées pourrait fournir un moyen d'aller de l'avant.