

# PROPRIÉTÉ FONCIÈRE ET TITRE AUTOCHTONE AU CANADA : RÉPERCUSSIONS POUR LE CORRIDOR NORDIQUE CANADIEN

Cherie Metcalf

## RÉSUMÉ

La proposition de créer un corridor nordique pour le développement d'infrastructures multimodales à travers le pays est une vision ambitieuse (Sulzenko et Fellows 2016; Comité sénatorial permanent 2017). Ce corridor d'infrastructure intégrerait de multiples utilisations, allant des pipelines aux chemins de fer, en passant par les routes, les télécommunications, l'infrastructure électrique et plus encore. Son échelle géographique s'étend des côtes de la Colombie-Britannique jusqu'aux côtes atlantiques, avec des ramifications allant vers le nord jusqu'à l'océan Arctique à travers les Territoires du Nord-Ouest, le Nunavut ainsi que le Manitoba jusqu'à la baie d'Hudson. Un fondement essentiel de son développement sera la capacité d'apprécier et d'intégrer les droits des peuples autochtones touchés par le projet (Wright 2020; Newman 2022).

L'objectif du présent document de recherche est de décrire les droits de propriété foncière des peuples autochtones (incluant les titres démontrés et ceux invoqués), les relations et obligations découlant des traités entre la Couronne et les Autochtones<sup>1</sup> ainsi que les ententes sur les revendications territoriales autochtones afin d'en examiner les répercussions sur un projet d'infrastructure à grande échelle tel que le corridor nordique. L'accent est mis sur les aspects juridiques et réglementaires des droits fonciers des peuples autochtones au sein du système juridique canadien non autochtone.<sup>2</sup> Nous utilisons des méthodes juridiques standard pour évaluer les droits de propriété foncière des peuples autochtones, en s'appuyant sur les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes, sur les principales causes portées devant les tribunaux et sur la littérature secondaire. Le document commence par un bref aperçu des divers types de droits fonciers autochtones, puis fournit un compte rendu plus détaillé du contenu juridique de l'art. 35 concernant le titre autochtone et les droits issus de traités historiques et modernes. Cela comprend une discussion sur l'obligation légale de consultation et d'accommodement de la part du gouvernement ainsi que sur les exigences d'une atteinte constitutionnellement justifiée de ces droits. Les droits de propriété foncière des Autochtones sur les terres de réserve sont

---

<sup>1</sup> Dans ce document, j'utilise généralement le terme « autochtone » plutôt qu'« indigène ». Le terme « peuples autochtones » désigne les « Indiens, Inuits et Métis » selon l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Lorsqu'il est question des droits et des décisions judiciaires liés à l'art. 35, j'utiliserai le terme « autochtone » comme terme juridique correspondant. De même, dans la discussion des droits en vertu de la *Loi sur les Indiens*, j'utiliserai le terme « Indien » lorsqu'il est utilisé comme descripteur juridique en vertu de cette loi.

<sup>2</sup> Le système juridique canadien non autochtone est parfois appelé « droit colonial », par opposition au droit autochtone (lois issues des systèmes juridiques autochtones), voir, par exemple, Borrows (2002) pour une discussion sur le droit autochtone dans le système juridique canadien.

également abordés. Une série d'études de cas illustre plus en détail les répercussions de ces divers types de droits fonciers autochtones sur un projet comme le corridor nordique. Enfin, le document aborde la nature dynamique des droits autochtones et l'influence potentielle de la DNUDPA.

Les répercussions des droits fonciers des peuples autochtones sur le corridor nordique proposé sont considérables. Bien que bon nombre des obligations légales incombent à la Couronne, représentée par les gouvernements provinciaux, territoriaux et fédéral, les promoteurs de l'industrie doivent également jouer un rôle. Les promoteurs de projet s'engagent directement avec les détenteurs de droits fonciers autochtones et sont essentiels à l'échange d'informations, à l'atténuation des impacts du projet et à la création d'avantages pour les communautés autochtones. Pour réussir, le développement du projet d'infrastructure du corridor nordique nécessitera une approche en partenariat avec les communautés autochtones concernées qui détiennent des droits.

Des portions du corridor proposé traversent des territoires traditionnels autochtones sur lesquels un titre ancestral est revendiqué. Lorsque les demandeurs autochtones démontrent une utilisation et une occupation suffisantes et exclusives des terres avant les revendications de souveraineté de la Couronne, le titre est établi. Le critère juridique de reconnaissance du titre reflète à la fois la common law et les perspectives autochtones, et il est sensible au contexte. La portée géographique des revendications de titre autochtone reconnues qui chevauchent le tracé du corridor nordique est importante.

Lorsque les peuples autochtones détiennent un titre sur la terre, ils ont collectivement le droit de jouir exclusivement des avantages de cette terre et d'en décider l'utilisation. Les gouvernements ou les tiers cherchant à accéder à la terre doivent obtenir le consentement des détenteurs du titre. Pendant la période précédant l'établissement du titre, les gouvernements autorisant des projets comme le corridor nordique – lesquels pourraient avoir une incidence négative sur le titre autochtone – doivent consulter les peuples autochtones et, le cas échéant, tenir compte de leurs intérêts. Cela est nécessaire pour maintenir l'honneur de la Couronne. Bien que l'obligation légale incombe au gouvernement, les promoteurs de projet qui travaillent directement avec les peuples autochtones constituent une partie importante du processus de consultation et d'accommodement.

Les gouvernements conservent la capacité légale de limiter de manière justifiée le titre autochtone. Ils peuvent réaliser des projets d'intérêt public qui sont conformes aux objectifs de réconciliation de l'art. 35 s'ils satisfont aux obligations envers les peuples autochtones (devoir fiduciaire et honneur de la Couronne). Cela veut dire satisfaire à l'obligation de consulter et d'accommoder les titulaires de titres ancestraux, ne rechercher que des limites au titre qui ne nuisent pas à leur relation à long terme avec la terre, ainsi que respecter une exigence de proportionnalité récemment énoncée. La proportionnalité signifie que les limites du titre autochtone doivent être nécessaires pour atteindre l'objectif public et doivent être aussi minimales que possible, et que l'avantage public global ne doit pas être compensé par des impacts négatifs sur les détenteurs de titres. Les projets qui vont de l'avant avec la participation et le consentement des titulaires de titres autochtones répondront à ces exigences.

Il est également possible que le corridor nordique traverse des terres de réserve. Lorsque celles-ci demeurent assujetties à la *Loi sur les Indiens*, l'un des mécanismes légaux pertinents doit être utilisé. Ceux-ci nécessitent le consentement de la bande et du gouvernement fédéral. Pour les bandes qui assurent la gestion de leurs réserves en vertu de la *Loi sur la gestion des terres des premières nations*, seul le consentement de la bande tel qu'énoncé dans son code foncier est requis.

Le corridor nordique traverse également des terres sur lesquelles les peuples autochtones détiennent des droits fonciers en vertu des « traités numérotés » historiques. Bien que les traités semblent inclure des cessions formelles de titre autochtone (une interprétation qui est contestée), le maintien du droit d'utilisation des territoires traditionnels est un élément essentiel de ces accords constitutionnellement contraignants. Bien que les gouvernements puissent « récupérer » les terres cédées à des fins de développement, ce droit est assujéti à l'obligation de consulter les parties autochtones et de tenir compte des répercussions sur leurs droits issus de traités. Les gouvernements peuvent à juste titre enfreindre les droits issus de traités historiques. Cela peut être fait lorsqu'un objectif permis est poursuivi d'une manière qui respecte le devoir fiduciaire du gouvernement et qui préserve l'honneur de la Couronne. Les exigences spécifiques peuvent varier, mais généralement le critère est plus restrictif lorsque des droits issus de traités non commerciaux sont en jeu et il exige qu'une certaine forme de priorité soit accordée aux droits ancestraux. L'exigence de justification est déclenchée lorsque les droits issus de traités sont violés, c'est-à-dire lorsqu'un groupe est privé d'une capacité significative d'exercer ses droits sur son territoire traditionnel. Des développements récents suggèrent que ce seuil devrait être évalué en tenant compte des impacts cumulatifs et qu'un processus de surveillance et de traitement de ceux-ci fait partie des limites justifiées des droits issus de traités historiques.

Enfin, le corridor nordique recoupe également des terres assujetties à des traités modernes. Ces accords fournissent des directives détaillées sur les droits spécifiques dont jouissent les parties autochtones, sur les processus de consultation et de cogestion des terres ainsi que sur l'interaction entre les décisions administratives en vertu du traité et celles d'autres niveaux gouvernementaux. Les tribunaux ont défini une approche particulière des traités modernes qui met en valeur leur degré de raffinement et les efforts déployés pour négocier des cadres de gouvernance modernes afin de faire progresser la réconciliation. Les tribunaux accorderaient une attention particulière aux termes et processus pertinents des traités dans tout différend concernant le développement du corridor nordique. On devrait s'attendre à une supervision relativement minimale des relations conventionnelles modernes de la part des tribunaux, bien que l'honneur de la Couronne et les obligations qu'elle impose aux gouvernements s'appliquent toujours. Il n'est pas clair si des violations justifiées des droits issus de traités modernes seraient possibles et si une norme constitutionnelle plus stricte serait nécessaire.

Des études de cas de récents projets de développement d'infrastructures et de ressources montrent que bien qu'une grande partie de la loi soit claire, des questions demeurent en suspens et l'application pratique de la loi peut être difficile. La suffisance de la consultation peut être mise en doute dans le cas de projets complexes impliquant plusieurs communautés autochtones. Des questions fondamentales telles que « qui sont les personnes à consulter » peuvent surgir lorsqu'il y a chevauchement entre les structures de gouvernance traditionnelles et celles de la *Loi sur les Indiens* et que les droits des réserves

se mêlent à d'autres droits fonciers. L'applicabilité des lois autochtones aux territoires traditionnels faisant l'objet de revendications de titre autochtone et l'interaction entre, d'une part, le droit et la compétence autochtones et, d'autre part, le droit non autochtone et l'autorité gouvernementale peuvent également prêter à confusion. De nombreux projets modernes vont de l'avant avec le consentement et la participation des peuples autochtones, par exemple, par le biais d'ententes sur les avantages. En raison de leur lien avec les droits ancestraux sous-jacents, ces ententes peuvent mettre en cause l'honneur de la Couronne et l'obligation de consulter si des développements ultérieurs ont une incidence négative sur les avantages découlant des ententes.

Dans la pratique, le respect des obligations légales entraînées par les droits fonciers autochtones nécessite un engagement direct et de bonne foi avec les communautés autochtones concernées. Le meilleur scénario est un développement en partenariat qui se poursuit avec le consentement des titulaires de droits autochtones. La jurisprudence actuelle suggère que des projets comme le corridor nordique pourraient aller de l'avant sans un consensus complet, puisqu'il n'y a pas de « veto » implicite à l'art. 35(1) concernant les droits ancestraux. Cependant, les exigences légales pour les violations justifiées, le cas échéant, exigent toujours une consultation et un accommodement adéquats des droits des peuples autochtones, et ne soutiennent que des limites minimales à leurs droits. Les avantages globaux doivent l'emporter sur les impacts négatifs sur les communautés autochtones, et leur capacité à bénéficier directement des projets ou à être indemnisés pour les préjudices fait généralement partie des raisons justifiant la limite de leurs droits. Sur le terrain, les promoteurs de projets devront s'impliquer fortement dans l'établissement de relations et dans l'engagement nécessaire pour soutenir un développement consensuel, si non ils se trouveront confrontés aux exigences de la justification constitutionnelle. Déterminer si les obligations légales des gouvernements ont été respectées est un travail minutieux qui s'en tient aux faits, et non à des concepts abstraits. Il n'y a pas de cas de principe qui appuie la justification constitutionnelle d'utilisations publiques hypothétiques et indéterminées telles que le projet de corridor nordique.

Les lois concernant les droits des Autochtones évoluent constamment. Au cours de la durée de vie d'un projet comme le corridor nordique, il y aurait certainement des changements. L'approbation de la DNUDPA par le Canada et les récentes lois fédérales et provinciales qui visent la conformité de la loi canadienne sont des signaux importants pour les développements à venir. La DNUDPA adopte un modèle de droits autochtones fondé sur l'autodétermination et sa norme de « consentement libre, préalable et éclairé » semble refléter la capacité des peuples autochtones à prendre leurs propres décisions concernant les projets qui ont une incidence sur leurs droits. Les répercussions juridiques de la DNUDPA pour l'art. 35 et les droits fonciers autochtones au Canada restent à déterminer. Mais, comme on peut l'observer pour les traités modernes et la *Loi sur la gestion des terres des premières nations*, cela représente une résurgence du droit des peuples autochtones à jouer un rôle direct dans la gouvernance de leurs terres traditionnelles et à faire appliquer leurs propres lois sur les développements qui ont une incidence sur leurs terres et leurs droits. Les cadres de cogestion et de gouvernance partagée qui intègrent les titulaires de droits autochtones seront probablement la clé du succès du développement de futurs projets. Pour une proposition telle que le corridor nordique, une étude plus approfondie est nécessaire afin d'apprécier pleinement les répercussions de ces développements naissants et de déterminer la façon dont ils devraient s'intégrer dans la proposition du projet.