

# **Des bisons dans le Parc national Banff : des cadres de réconciliation pour la gestion de la faune**

Robert Hamilton

Symposium sur l'environnement au tribunal :  
Questions liées à l'exécution des lois en matière  
de protection de la faune canadienne

Les 2 et 3 mars 2018  
Université de Calgary



Canadian Institute of Resources Law  
Institut canadien du droit des ressources



**UNIVERSITY OF CALGARY**  
FACULTY OF LAW

This project was undertaken with the financial support of:  
Ce projet a été réalisé avec l'appui financier de :



Environment and  
Climate Change Canada

Environnement et  
Changement climatique Canada

L'Institut canadien du droit des ressources favorise l'accessibilité, la diffusion et l'échange des renseignements publics. Vous êtes autorisé à copier, à diffuser, à afficher, à télécharger et, par ailleurs, à traiter cet ouvrage librement, moyennant les conditions suivantes :

- (1) Vous devez mentionner la source de cet ouvrage;
- (2) Vous ne pouvez modifier cet ouvrage;
- (3) Vous ne pouvez en faire un usage commercial sans le consentement écrit préalable de l'Institut.

## Introduction

En juin 2017, 16 bisons ont été transportés dans le Parc national Banff. Si la réintroduction du bison dans le parc se poursuit comme prévu, il y aura un troupeau naissant qui paîtra presque complètement en liberté d'ici 2020, plus de cent ans après que les derniers bisons sauvages aient été vus dans le parc. La réintroduction du bison est un exemple de la gestion concertée de la faune où les systèmes juridiques canadiens et autochtones convergent pour la réalisation d'objectifs communs. Le présent article examine la manière dont la réintroduction du bison dans des sites majeurs au Canada et aux États-Unis représente un cadre de réconciliation pour la gestion de la faune.

## Le retour du bison à Banff : Dimensions juridiques canadiennes

Plusieurs groupes de la société civile et bon nombre de nations autochtones ont défendu avec ardeur le retour du bison à Banff. Toutefois, avant que la réintroduction puisse progresser, plusieurs exigences du droit canadien devaient être remplies. En tant que parc national, Banff est assujéti à des règlements en vertu de lois fédérales. Le parc a été créé en vertu de la *Loi sur les parcs nationaux du Canada*<sup>1</sup> [la Loi] et sa gestion est assurée en vertu de pouvoirs découlant de cette Loi. Un parc national est assujéti à un grand nombre de lois canadiennes. Les règlements qui découlent de la Loi régissent la détermination des aires de nature sauvage<sup>2</sup>, le code de la route<sup>3</sup>, l'élimination des déchets<sup>4</sup>, la faune<sup>5</sup>, l'accès par aéronef<sup>6</sup>, la pêche<sup>7</sup>, et plus encore. Dans le Parc national Banff spécifiquement, il y a aussi un grand nombre de règlements régissant la ville elle-même<sup>8</sup> et les installations commerciales de ski<sup>9</sup>. Les parcs nationaux sont des espaces fortement réglementés, et cette concentration de lois canadiennes a eu pour effet historiquement d'exclure les peuples autochtones et leurs lois de ces zones<sup>10</sup>.

En ce qui concerne la réintroduction du bison à Banff, la prédominance de lois canadiennes faisait en sorte que le projet ne pouvait pas avancer avant que certaines exigences légales canadiennes soient remplies. Par exemple, il a fallu effectuer une analyse de l'impact environnemental<sup>11</sup>. Parcs Canada a le pouvoir d'effectuer ces analyses pour des projets mis en œuvre sur des terres fédérales en vertu de l'article 67 de la *Loi canadienne sur l'évaluation*

<sup>1</sup> *Loi sur les parcs nationaux du Canada* (L.C. 2000, ch. 32).

<sup>2</sup> *Règlement sur la constitution de réserves intégrales dans les parcs nationaux du Canada*, DORS/2000-387.

<sup>3</sup> *Règlement sur la circulation routière dans les parcs nationaux* (C.R.C., ch. 1126).

<sup>4</sup> *Règlement sur les ordures dans les parcs nationaux du Canada*, DORS/80-217.

<sup>5</sup> *Règlement sur la faune des parcs nationaux*, DORS/81-401.

<sup>6</sup> *Règlement sur l'accès par aéronef aux parcs nationaux du Canada*, DORS/97-150.

<sup>7</sup> *Règlement sur la pêche dans les parcs nationaux du Canada*, C.R.C., ch. 1120.

<sup>8</sup> Voir : *Décret délimitant les périmètres urbains de Banff dans le parc national Banff et ajoutant ces périmètres à l'annexe IV de la Loi*, DORS/90-45; *Règlement sur la désignation des périmètres urbains, des centres d'accueil et des centres de villégiature dans les parcs nationaux*, DORS/91-8.

<sup>9</sup> *Loi sur les parcs nationaux du Canada*, supra note 1 à l'annexe 5.

<sup>10</sup> Voir Stan Stevens, dir., *Indigenous Peoples, National Parks, and Protected Areas: A New Paradigm Linking Conservation, Culture, and Rights*, Tuscon, University of Arizona Press, 2014.

<sup>11</sup> *Detailed Environmental Impact Analysis, Plains Bison Reintroduction in Banff National Park: Pilot Project 2017-2022*. Executive Summary, en ligne. [EIA].

*environnementale*<sup>12</sup>. Cela requiert une évaluation visant à déterminer si le projet est « susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants » et, si c'est le cas, si ces effets sont justifiables<sup>13</sup>. Parcs Canada a effectué une analyse de l'impact environnemental détaillée, évaluant l'impact sur le sol, la végétation et les incendies; les ressources fauniques; les ressources aquatiques; les ressources culturelles; les espèces en péril; l'expérience du visiteur; et la dynamique socioéconomique des communautés humaines environnantes<sup>14</sup>. L'évaluation a déterminé que l'impact serait « insignifiant<sup>15</sup> ».

Dans la phase pilote du projet (2017-2022), le bison sera limité à une zone désignée comme une « zone à l'état sauvage » par la *Loi sur les parcs nationaux du Canada*. À ce titre, le « caractère sauvage » de la zone est une priorité et elle n'est pas accessible par un sentier avec un véhicule motorisé<sup>16</sup>. La « zone de réintroduction » est subdivisée en trois « zones de gestion du bison » (Bison Management Zones) conformément au plan de prévention d'excursion du bison et d'intervention (Bison Excursion Prevention and Response Plan<sup>17</sup>). Jusqu'en juin 2018, les animaux seront gardés dans un pâturage clôturé de mise en liberté progressive, après quoi ils seront libérés dans une zone de réintroduction plus vaste de 1 892 km<sup>2</sup>. Les animaux seront étroitement surveillés au cours de cette période et, s'ils s'aventurent dans une zone périphérique de rassemblement, ils seront menés en troupeau, rassemblés ou attirés dans la zone de réintroduction au moyen d'appâts. À la fin de période pilote de cinq ans, le projet sera évalué à la lumière des objectifs de projet et la décision sera prise quant à sa poursuite<sup>18</sup>. Comme on peut le constater à partir de cet aperçu, la réintroduction d'une espèce dans un parc national nécessite beaucoup de changements dans les lois canadiennes.

### **Le retour du bison à Banff : dimensions juridiques autochtones**

En septembre 2014, dix nations autochtones des deux côtés de la frontière canado-américaine se sont rencontrées au Montana pour signer le Buffalo Treaty<sup>19</sup>, dont le but est de promouvoir la coopération visant le rétablissement du bison dans les réserves ou les terres en cogestion au Canada et aux États-Unis<sup>20</sup>. Le traité est issu de l'initiative Iinnii, conçue par les chefs de la Blackfoot Confederacy en 2009 dans le but de réintroduire le bison dans leurs territoires<sup>21</sup>. Deux

<sup>12</sup> *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* (2012) (L.C. 2012, ch. 19, art. 52). Il est probable qu'un projet de loi modifie ce régime. Au moment d'écrire ces lignes, le projet de loi [C-69](#), *Loi édictant la Loi sur l'évaluation d'impact et la Loi sur la Régie canadienne de l'énergie, modifiant la Loi sur la protection de la navigation et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, a été déposé en Chambre, mais n'a pas encore passé l'étape de la première lecture. Le processus décrit ici s'est déroulé dans le cadre du régime de 2012.

<sup>13</sup> *Ibid* à l'article 67.

<sup>14</sup> EIA *supra* note 11.

<sup>15</sup> *Ibid* à 7.

<sup>16</sup> *Ibid* à 2.

<sup>17</sup> *Ibid*.

<sup>18</sup> *Ibid*.

<sup>19</sup> « Historic treaty signed among 10 First Nations and tribes in Banff », *CBC News Online*, 14 août 2015 : <http://www.cbc.ca/news/canada/calgary/historic-treaty-signed-among-10-first-nations-and-tribes-in-banff-1.3190715>.

<sup>20</sup> Collette Derworiz, « Historic Buffalo Treaty signed by First Nations to bring back bison », *The Calgary Herald*, 23 septembre 2014. En ligne : <http://www.calgaryherald.com/news/Historic+Buffalo+Treaty+signed+First+Nations+bring+back+bison/10229219/story.html>.

<sup>21</sup> <http://blackfeetnation.com/iinnii-buffalo-spirit-center/>

ans après la signature du traité, 87 bisons des plaines ont été transférés du Elk Island National Park à la Nation Blackfeet<sup>22</sup>. Depuis la signature initiale du traité, plus d'une douzaine de Premières nations du Canada ont emboîté le pas<sup>23</sup>.

Les nations signataires ont rédigé le Buffalo Treaty afin de reconnaître l'importance historique du bison pour les peuples autochtones de la région. Il s'agit d'une initiative qui vise non seulement à augmenter la population de bisons par leur réintroduction dans des habitats traditionnels, mais aussi à revigorer et rétablir les pratiques autochtones culturelles, spirituelles et juridiques liées au bison. Comme l'a expliqué le professeur Leroy Little Bear, le traité soulève des questions liées à la culture, à la santé, à la recherche et à la conservation, que traduit le nom complet du traité, à savoir *The Buffalo : A Treaty of Co-operation, Renewal and Restoration*, ainsi que l'objectif du traité énoncé dans le texte :

[TRADUCTION] Afin d'honorer, de reconnaître et de dynamiser la relation que nous entretenons avec le BISON depuis des temps immémoriaux, NOUS, les NATIONS soussignées, manifestons collectivement notre intention d'accueillir de nouveau le BISON parmi nous comme l'a voulu le CRÉATEUR en faisant tout ce qui est en notre pouvoir pour que NOUS et le BISON puissions vivre ensemble encore une fois et nous soutenir mutuellement sur le plan culturel et spirituel. Nous manifestons collectivement notre intention de reconnaître le BISON comme un animal sauvage en liberté qui fait partie intégrante du système écologique; de mettre à la disposition du BISON un lieu et un environnement sûrs dans nos terres ancestrales des deux côtés de la frontière canado-américaine pour que notre frère, le BISON, puisse NOUS amener à nourrir notre terre, les plantes et les autres animaux afin de nous instruire de nouveau des COUTUMES DU BISON pour les générations futures<sup>24</sup>.

Le Buffalo Treaty est un exemple du droit autochtone à l'œuvre. Les nations autochtones avaient des systèmes et des pratiques internes de droit au sein de leurs collectivités qui existent encore aujourd'hui<sup>25</sup>. Elles ont aussi des traditions de droit transnational – c'est-à-dire, le droit entre nations autochtones<sup>26</sup>. Lorsque les Européens ont commencé à conclure des traités avec les peuples autochtones, ils ont perpétué des traditions aussi bien européennes qu'autochtones<sup>27</sup>. Historiquement, la conclusion de traités a été un aspect important du droit transnational inter-autochtone. Le Buffalo Treaty en est un exemple.

Affirmation du droit autochtone, le traité établit des normes découlant des traditions juridiques et des visions du monde autochtones. Par exemple, le traité stipule ce qui suit : [TRADITION]

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> Shari Narine, « Gains in bison conservation recognized at annual conference », *Windspeaker*, 15 octobre 2016, p. 14; Jason Kerr, « Bringing back the buffalo », *Prince Albert Daily Herald*, 20 septembre 2017.

<sup>24</sup> *The Buffalo: A Treaty of Co-operation, Renewal and Restoration* [The Buffalo Treaty], en ligne : [http://www.bisonbelong.ca/docs/BufaloTreaty\\_2014.pdf](http://www.bisonbelong.ca/docs/BufaloTreaty_2014.pdf)

<sup>25</sup> Voir, par exemple, John Borrows, *Canada's Indigenous Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 2010.

<sup>26</sup> Pour une application du terme « droit transnational » dans le contexte autochtone, voir, par exemple, James [Sakéj] Youngblood Henderson, « First Nations' Legal Inheritances in Canada: The Mi'kmaq Model », (1996) 23 *Man LJ* 1.

<sup>27</sup> Voir Robert A. Williams Jr., *Linking Arms Together: American Indian Treaty Visions of Law and Peace, 1600-1800*, Oxford, Oxford University Press, 1997.

« Collectivement, nous convenons de perpétuer tous les aspects de nos cultures respectives ayant trait au BISON, notamment les coutumes, les pratiques, les récoltes, les croyances, les chansons et les cérémonies<sup>28</sup> ». Cela mérite d'être souligné puisque beaucoup de coutumes, de chansons et de cérémonies comportent des dimensions juridiques importantes, représentant souvent la source de principes et de raisonnements juridiques<sup>29</sup>. La réintroduction du bison ravive un concept d'espace de vie dans lequel existent des régimes juridiques autochtones<sup>30</sup>. Le traité évoque aussi l'utilisation des terres et des ressources des deux côtés de la frontière canado-américaine<sup>31</sup>. La portée territoriale de la compétence revendiquée en vertu du traité suit la trace des géographies autochtones. La réintroduction du bison dans le Parc national Banff figure parmi les initiatives soutenues par les signataires du traité.

### **Chevauchement des lois, le partage des compétences et la réconciliation**

Au Canada, on compte certaines régions géographiques où de multiples systèmes juridiques sont en place et touchent parfois les mêmes matières. Dans un contexte existent ces multiples systèmes juridiques, les relations entre ceux-ci se caractérisent toujours par des tensions et des accommodements. Afin d'être en mesure de réconcilier les dispositions des systèmes juridiques provincio-territoriaux et autochtones, il est avant tout nécessaire de reconnaître le pluralisme juridique<sup>32</sup>. Concrètement, on doit définir clairement les obstacles juridiques à la reconnaissance des systèmes juridiques autochtones, et s'inspirer des cas où ces obstacles ont été surmontés.

La Commission de vérité et réconciliation du Canada (CVR), dans ses 94 *appels à l'action*, a invité le Canada à condamner les principes nuisibles comme « la doctrine de la découverte et le principe de *terra nullius* [...] »<sup>33</sup>. L'analyse des raisons l'ayant poussée à émettre une telle recommandation fait la lumière sur la manière dont progresser vers une véritable réconciliation. Cerner les éléments de la loi canadienne dans lesquels persiste la doctrine de la découverte constitue une première étape à franchir dans ce cheminement. Dans sa forme la plus simple, cette doctrine stipule que les puissances européennes ont obtenu la souveraineté et le pouvoir juridique sur les territoires nord-américains dès qu'ils les ont « découverts ». L'interprétation de l'intégralité de la doctrine exige toutefois une perspective élargie. Comme l'écrit Tracey Lindberg, la doctrine de la découverte est « un vaste amalgame dogmatique composé de

<sup>28</sup> The Buffalo Treaty, *supra* note 25.

<sup>29</sup> Borrows, *supra* note 26; Hadley Friedland et Val Napoleon, « Gathering the Threads: Developing a Methodology for Researching and Rebuilding Indigenous Legal Traditions, (2015-2016) 1:1 Lakehead LJ 16; James (Sákéj) Youngblood Henderson, « Postcolonial Indigenous Legal Consciousness », (2002) 1 Indigenous Law Journal 1.

<sup>30</sup> Voir Aaron Mills, « The Lifeworlds Of Law: On Revitalizing Indigenous Legal Orders Today », (2015-2016) 61 McGill LJ 847 at 853.

<sup>31</sup> Voir « Ininii Initiative: the Return of the Buffalo », en ligne : <http://blackfeetnation.com/iinnii-buffalo-spirit-center/>

<sup>32</sup> Paul Berman fait référence au « fait du pluralisme juridique » [TRADUCTION LIBRE] dans le contexte international et dans celui de l'État fédéral : Paul Schiff Berman, *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders*, Cambridge University Press, Cambridge. Gordon Christie utilise l'expression « fait du pluralisme juridique ferme » dans le contexte national du Canada en faisant précisément référence aux systèmes juridiques de l'État et à ceux des Autochtones : Gordon Christie, « Indigenous Legal Orders, Canadian Law and UNDRIP », *UNDRIP Implementation: Braiding International, Domestic and Indigenous Laws*, éd. Oonagh Fitzgerald et Risa Schwatz, Centre for International Governance Innovation, Waterloo, 2017, p. 49.

<sup>33</sup> Appels à l'action de la CVR, en particulier les appels 39, 46 et 47. [en ligne] [http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/File/2015/Findings/Calls\\_to\\_Action\\_French.pdf](http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/File/2015/Findings/Calls_to_Action_French.pdf)

théories communes (qui guident la théorie, les lois et l'interprétation) qui sont afférentes à la légitimité et à la droiture des systèmes de croyances des colons et à la suprématie des institutions (juridiques, économiques et gouvernementales) étant fondée sur ces systèmes de croyances » [TRADUCTION LIBRE]<sup>34</sup>. Le principe de *terra nullius* est une doctrine complémentaire par laquelle les territoires ont été classés comme étant inoccupés sur le plan juridique, un préalable essentiel à la « découverte », de même que la solution au problème que voici : « Comment est-ce possible de “découvrir” un continent déjà peuplé? » Si le principe de *terra nullius* était une politique officielle en Australie, il n'en était pas de même au Canada<sup>35</sup>. Pourtant, à titre de corollaire de la doctrine de la découverte, des éléments capitaux ont reposé sur ce principe. Même si la doctrine de la découverte prise sous sa forme la plus simple pourrait paraître archaïque, elle est source d'inspiration pour la majorité des raisonnements judiciaires concernant les droits autochtones, de sorte qu'elle continue de façonner profondément la relation entre les peuples autochtones et l'État<sup>36</sup>.

La doctrine est devenue un élément explicite de la branche du droit traitant des droits autochtones en common law dans l'affaire *Johnson c. M'Intosh* entendue aux États-Unis en 1823<sup>37</sup>. Dans cette affaire, le juge en chef Marshall soutenait que le « principe était que, par la découverte, le titre était dévolu au gouvernement dont les sujets avaient fait la découverte ou sous l'autorité duquel la découverte était faite, et ce, vis-à-vis de tous les autres gouvernements européens »<sup>38</sup>. Même s'il était indiqué que le titre dévolu par la découverte avait préséance sur celui de « tous les autres gouvernements européens »<sup>39</sup>, la découverte a également influé sur le titre des peuples autochtones. Comme l'a soutenu le juge en chef Marshall, « on n'a, en aucun cas, entièrement omis de tenir compte des droits des aborigènes; mais ces droits se sont trouvés nécessairement restreints dans une large mesure. On reconnaissait que les aborigènes étaient les occupants de plein droit des terres, et pouvaient juridiquement et légitimement demeurer en possession de celles-ci, et les utiliser à leur gré; mais leurs droits à la souveraineté complète, en leur qualité de nations indépendantes, ont été nécessairement diminués »<sup>40</sup>. Cette décision a façonné la démarche au Canada. En débattant de la nature des droits de propriété des Autochtones et au pouvoir de la Couronne dans l'affaire *Guerin*, la Cour suprême a cité l'affaire *Johnson* en ces mots : « Selon le principe de la découverte, sur lequel reposaient ces revendications les terres situées dans une région donnée appartenaient en dernière analyse à la nation qui en avait fait la découverte et qui en avait réclamé la possession. »<sup>41</sup>

Après la reconnaissance constitutionnelle des droits ancestraux et issus des traités en 1982, la doctrine de la découverte a donné lieu aux deux démarches d'interprétation, par les tribunaux,

<sup>34</sup> Tracey Lindberg, « The Doctrine of Discovery in Canada », *Discovering Indigenous Lands: The Doctrine of Discovery in the English Colonies*, éd. Robert J. Miller, Jacinta Ruru, Larissa Behrendt et Tracey Lindberg, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 94.

<sup>35</sup> Pour en savoir davantage sur l'application du principe de *terra nullius*, voir Stuart Banner, « Why Terra Nullius? Anthropology and Property Law in Early Australia », *Law and History Review*, 2005, vol. 23, n° 1, p. 95. Pour établir une comparaison entre les contextes canadien et australien, voir Arthur J. Ray, *Aboriginal Rights Claims and the Making and Remaking of History*, McGill-Queen's University Press, Montréal et Kingston, 2016, p. 3-16.

<sup>36</sup> John Borrows, « The Durability of Terra Nullius », *UBC L Rev*, 2015, vol. 48, n° 3, p.701.

<sup>37</sup> *Johnson c. M'Intosh*, 8 Wheaton 543 (1823)

<sup>38</sup> *Ibid.*, 573.

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> *Ibid.*, 574.

<sup>41</sup> *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335 à 378.

des droits découlant de l'article 35. D'un côté, dans l'arrêt *Sparrow*, la cour a soutenu que la Couronne ne peut unilatéralement porter atteinte aux droits découlant de l'article 35 que si une analyse de la justification le permet<sup>42</sup>. La Cour a cité l'affaire *Johnson* par laquelle on énonçait le point de vue de longue date voulant que, « dès le départ, on n'a jamais douté que la souveraineté et la compétence législative, et même le titre sous-jacent, à l'égard de ces terres revenaient à Sa Majesté »<sup>43</sup>. D'un autre côté, même si la Cour a agi pour remettre cette perspective en question en citant, avec une acceptation apparente, l'argument de M. Noel Lyon, professeur, selon lequel l'article 35 ouvre la voie à la Cour pour remettre le titre de souveraineté de la Couronne en question, elle a soutenu que le pouvoir unilatéral constituait l'assise du pouvoir de porter atteinte aux droits découlant de l'article 35<sup>44</sup>. Cette doctrine demeure également présente dans la doctrine sur le titre ancestral. La Cour suprême a établi un cadre qui considère la date de la revendication de la souveraineté par la Couronne comme étant la date clé de l'instauration du titre ancestral<sup>45</sup>. En recourant à ce qu'on connaît comme étant la « thèse de la cristallisation », la Cour a soutenu que le titre ancestral s'est cristallisé dès que la Couronne a revendiqué la souveraineté<sup>46</sup>. La capacité à obtenir la souveraineté par revendication tire son origine de la doctrine de la découverte.

Ces principes ont ensuite façonné l'établissement de l'obligation de consulter. On n'a pas cessé de souligner à la Cour que l'obligation de consulter ne confère pas le pouvoir de veto<sup>47</sup>. En d'autres mots, la Couronne garde le pouvoir d'agir unilatéralement si la partie autochtone s'oppose. De plus, en vertu du cadre de consultation, les tribunaux insistent pour détenir le pouvoir d'établir unilatéralement les droits et les obligations des parties. Les droits autochtones sont, en conséquence, *revendiqués* dans la mesure où leur existence est prouvée devant la cour, tandis que celle des droits de la Couronne est présumée. La légitimité d'un tel unilatéralisme se fonde sur une organisation hiérarchique des appareils judiciaires. Il ne fait nul doute que les tribunaux ont fait avancer les droits des Autochtones sur des questions d'importance, souvent face à des acteurs de l'État intransigeants<sup>48</sup>, mais la doctrine de la découverte et le principe de *terra nullius* sont ancrés dans la jurisprudence relative à l'application de l'article 35. Comment, dans ce cas, peut-on remettre en question l'unilatéralisme et la hiérarchie ancrée du cadre sur les droits constitutionnels?

On cite de plus en plus la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* à titre de source de normes de fond essentielles pouvant orienter les relations entre la Couronne et

<sup>42</sup> *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> *Ibid.*, 1063. Veuillez également lire Mark Walters, « “Looking for a knot in the bulrush”: Reflections on Law, Sovereignty, and Aboriginal Rights », *From Recognition to Reconciliation: Essays on the Constitutional Entrenchment of Aboriginal and Treaty Rights*, éd. Patrick Macklem et Douglas Sanderson, University of Toronto Press, Toronto, 2016, p. 35-62; Joshua Nichols, *A Reconciliation without Recollection? An Investigation of the Foundations of Aboriginal Law* (University of Toronto Press, Toronto, publication prévue en 2018).

<sup>45</sup> *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 143; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 25-26.

<sup>46</sup> Pour voir la critique de cette démarche, se référer à John Borrows, « Sovereignty's Alchemy: An Analysis of *Delgamuukw v. British Columbia* », *Osgoode Hall LJ*, 1999, 37, p. 537.

<sup>47</sup> *Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge Pipelines inc.*, 2017 CSC 41, par. 59; *Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, par. 80, 89 et 119.

<sup>48</sup> Voir, par exemple, Ray, *supra*, notes 36 à 67 – 104.

les Autochtones<sup>49</sup>. En particulier, l'autodétermination, de même que le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, offrent un langage juridique à l'aide duquel les Autochtones revendiquent le droit de diriger eux-mêmes les activités dans leurs territoires traditionnels. Le gouvernement fédéral s'engageant à mettre en œuvre la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, les questions concernant la manière dont cette mise en œuvre se concrétisera occupent les esprits. Un débat d'envergure a lieu quant à la forme que pourrait prendre la mise en œuvre de la Déclaration et quant à la manière dont elle interagira avec les dispositions de l'article 35. Il y a une grande incertitude à l'égard de la définition de « consentement » dans le cadre de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et à l'égard de la mesure dans laquelle celle-ci va au-delà de la jurisprudence relative à l'application actuelle de l'article 35. Il semble toutefois évident que, dans le cadre de la Déclaration, on envisage les États comme étant des domaines pluralistes sur le plan juridique<sup>50</sup>. L'unilatéralisme sur lequel reposent les dispositions de l'article 35 semble ainsi nuisible à modalités de la Déclaration. En recommandant de condamner la doctrine de la découverte, la CVR recommande en réalité la condamnation de la hiérarchie des appareils judiciaires et de l'unilatéralisme de la souveraineté de la Couronne tels qu'on les a historiquement compris. De plus, pour réaliser cette mesure, il est nécessaire que l'État et ses tribunaux négocient l'étendue des pouvoirs juridiques plutôt que de l'imposer<sup>51</sup>.

### **Cadres de réconciliation et gestion de la faune**

La réintroduction du bison dans le parc national Banff se fondait sur le droit de l'État canadien et le droit autochtone. Le Traité du bison vise à réintroduire le bison à plusieurs endroits de la région et à veiller sur les populations présentes. L'initiative cherche à revitaliser les systèmes culturels, spirituels et juridiques autochtones. Dans certains lieux, comme Banff, la réintroduction nécessitait une part considérable de processus juridiques du ressort de l'État. Parcs Canada a reconnu l'importance de l'engagement autochtone. Comme l'explique Parcs Canada : « Veiller à ce que les bisons reçoivent les bénédictions appropriées avant de les réintroduire dans le paysage de Banff était un élément clé du projet. Parcs Canada a organisé une cérémonie de bénédiction sur les rives du lac Minnewanka avec les signataires du Traité du bison et a célébré le départ du troupeau vers Banff lors d'une deuxième cérémonie à Elk Island. »<sup>52</sup> Les protocoles étatiques et autochtones ont eu un rôle à jouer. Les signataires du Traité du bison ont sciemment cherché cette forme de collaboration. Lorsque la Première Nation de Mistawasis a signé, par exemple, « d'autres groupes étaient prêts à signer le traité. Il s'agissait notamment de l'École polytechnique de la Saskatchewan, de la Société pour la nature et les parcs du Canada et de la ville de Prince Albert, représentée par son maire Greg Dionne. »<sup>53</sup> Bien que les régimes de cogestion en vertu des traités modernes et des accords sur les revendications territoriales soient raisonnablement bien connus, ces accords ne sont ni pratiques ni souhaitables pour de nombreuses nations autochtones. Toutefois, comme le montre l'exemple du Traité du bison, d'autres moyens permettent de progresser.

<sup>49</sup> *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, A/Res/61/295, Documents officiels de l'Assemblée générale des Nations Unies, 2007 [en ligne] <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/08/PDF/N0651208.pdf?OpenElement>>.

<sup>50</sup> Voir : Christie, *supra*, note 33.

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> <http://www.pc.gc.ca/fr/pn-np/ab/banff/info/gestion-management/bison/faq>

<sup>53</sup> Kerr, *supra* note 23.

Plusieurs autres exemples de réalisations d'initiatives de Parcs Canada dans des parcs nationaux illustrent la volonté « d'établir des liens avec des partenaires autochtones »<sup>54</sup>. Ainsi, une portion du parc national Jasper « est fermée au grand public pendant une semaine pour permettre aux membres d'une Première Nation de la Colombie-Britannique de chasser sur les terres qu'elle occupait traditionnellement et qui se trouvent dans les limites du parc. »<sup>55</sup> De même, les Premières Nations de Champagne et de Aishihik, en 1993, et la Première Nation de Kluane, en 2003, ont négocié la reprise des activités traditionnelles de récolte dans le parc national Kluane.<sup>56</sup> Le projet « Réparer les liens brisés » a depuis tenté de tirer parti de ces acquis juridiques en encourageant la participation des Autochtones à diverses activités dans le parc afin de renforcer les liens entre le lieu et les populations.<sup>57</sup> Dans ces exemples, les peuples autochtones œuvrent dans le cadre en vigueur des parcs nationaux pour établir un espace permettant l'exercice du droit autochtone.

Dans d'autres cas, les peuples autochtones ont affirmé que leur droit était la principale source de droit faisant autorité et ont poussé l'État à travailler dans des cadres juridiques autochtones. La création de « parcs tribaux » en est un exemple. Les Premières Nations Tla-o-qui-hat, Tsilhqot'in, haïda et de Doig River ont établi des parcs tribaux. Ces parcs relèvent de la compétence autochtone et sont assujettis au droit autochtone. Ils ne sont pas encore officiellement reconnus en droit canadien, à une exception près. Le parc dont les origines sont les mieux connues est probablement le premier parc établi par les Tla-o-qui-hat en 1984.<sup>58</sup> Le gouvernement provincial de la Colombie-Britannique avait accordé un permis de récolte dans des forêts anciennes de l'île Meares, une petite île sur la côte ouest de l'île de Vancouver. Pour manifester leur opposition au projet, les Tla-o-qui-hat ont notamment déclaré l'île parc tribal relevant de leur compétence. Bien que les Tla-o-qui-hat aient finalement obtenu une injonction mettant fin à l'exploitation forestière (injonction toujours en vigueur), les tribunaux n'ont ni reconnu ni évoqué l'existence du parc tribal.<sup>59</sup> Malgré cela, les Tla-o-qui-hat continuent de gérer l'île comme un parc tribal. Ils ont depuis déclaré trois autres parcs sur leur territoire.<sup>60</sup>

La Nation haïda a également déclaré un parc tribal, avec des résultats quelque peu différents. En 1982, le Conseil de la Nation haïda a adopté une résolution visant à interdire l'exploitation forestière sur plus de 227 000 hectares des îles Haida Gwaii, déclarant que la région était un parc tribal relevant de la compétence des Haïdas. En 2008, le gouvernement de la Colombie-Britannique a fini par reconnaître la revendication en faisant de la région un parc en vertu de la loi provinciale.<sup>61</sup> Les Haïdas conservent des droits « d'usage traditionnel » permanents, y compris « la récolte d'écorce de cèdre et de cèdres monumentaux, la récolte d'algues et de

<sup>54</sup> <https://www.pc.gc.ca/fr/agence-agency/aa-ia/te-wt/chap01>.

<sup>55</sup> Karen Bartko, « Part of Jasper National Park closed for traditional hunt », Global News, 6 octobre 2017. En ligne : <https://globalnews.ca/news/3789694/part-of-jasper-national-park-closed-for-traditional-hunt/>.

<sup>56</sup> <https://www.pc.gc.ca/fr/agence-agency/aa-ia/te-wt/chap01#chap01-2>

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> Grant Murray et Leslie King, « First Nations Values in Protected Area Governance: Tla-o-qui-aht Tribal Parks and Pacific Rim National Park (2012) 40:3 Human Ecology, pp. 385-389.

<sup>59</sup> *MacMillan Bloedel Ltd. C. Mullin*, 1985 CanLII 696 (CS C- B).

<sup>60</sup> [https://www.wildernesscommittee.org/sites/all/files/publications/2013\\_tla-o-qui-aht\\_Paper-Web-2.pdf](https://www.wildernesscommittee.org/sites/all/files/publications/2013_tla-o-qui-aht_Paper-Web-2.pdf)

<sup>61</sup> Le 29 mai 2008, le projet de loi 38 — 2008 (Loi modifiant la Loi de 2008 sur les aires protégées de la Colombie-Britannique (aires de conservation et parcs) a établi le parc Duu Guusd à Haida Gwaii.

plantes médicinales, la chasse, la pêche, le piégeage et la cueillette de nourriture » à Duu Guusd.<sup>62</sup> La zone est maintenant un parc régi par deux régimes juridiques, comme le mentionne explicitement le plan de cogestion du parc. Plus récemment, les Tsilhqot'in ont déclaré un parc tribal, le parc tribal Dasiqox, qui comprend environ 90 000 hectares de leur territoire traditionnel adjacent aux terres sur lesquelles la Cour suprême a reconnu leur titre ancestral en 2014.<sup>63</sup> On ne sait pas encore comment la déclaration sera considérée au regard des lois fédérales et provinciales.

## **Conclusion**

Qu'elles soient entreprises en vertu d'une autorité fédérale, provinciale ou autochtone, les démarches présentées ci-dessus ont en commun de dépasser les approches unilatérales pour permettre que les modalités d'engagement entre les peuples autochtones et les gouvernements canadiens fassent l'objet de négociations. Autrement dit, la négociation ne se limite pas à l'exercice de certains « droits ». La compétence et les conditions de la coexistence font l'objet de négociations à petite échelle dans ces exemples, qui illustrent également que le développement des notions d'autodétermination et de consentement préalable, libre et éclairé ne perturbe pas nécessairement la gestion de la faune au Canada. Les exemples cités montrent que les cadres de réconciliation en matière de gestion de la faune peuvent être établis à partir de négociations concernant seulement certaines localités et certains enjeux.

---

<sup>62</sup> [http://www.env.gov.bc.ca/bcparks/explore/cnsrvncy/duu\\_guusd/](http://www.env.gov.bc.ca/bcparks/explore/cnsrvncy/duu_guusd/)

<sup>63</sup> Déclaration de principe Parc tribal Dasiqox Nexwagwez'an, juin 2016 à l'adresse <<http://www.dasiqox.org/publications/>>