

ARTHUR J. RAY, *ABORIGINAL RIGHTS AND THE MAKING AND REMAKING OF HISTORY*, MONTRÉAL, KINGSTON, MCGILL-QUEEN'S UNIVERSITY PRESS, 2016

*Sophie Gagné**

Au cours des dernières décennies, à la suite notamment des épisodes de décolonisation de la seconde moitié du XX^e siècle en Afrique et en Amérique latine, la préoccupation de la société face au sort des peuples autochtones a nettement crû, tant aux niveaux national que mondial. Cela s'est, entre autres, traduit par l'adoption en 2007 de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*¹ par l'Assemblée générale des Nations Unies. Dans son ouvrage *Aboriginal Rights and the Making and Remaking of History*, Arthur J. Ray, historien et professeur émérite à la University of British Columbia, compare les différents systèmes mis en place au Canada, aux États-Unis, en Australie, en Nouvelle-Zélande et en Afrique du Sud afin d'administrer les réclamations des communautés autochtones.

Non seulement cette approche comparative est-elle innovante dans le domaine des réclamations territoriales autochtones, mais l'auteur analyse en outre les différents systèmes sous l'angle de multiples disciplines, parmi lesquelles l'histoire, l'anthropologie, le droit et l'archéologie, en plus d'étudier la genèse d'une nouvelle discipline : l'ethnohistoire. En plus d'utiliser des sources documentaires et des entrevues menées avec des acteurs ayant évolué dans le domaine afin de rédiger son ouvrage, l'auteur se base sur ses propres expériences puisqu'il a lui-même participé à de nombreux procès au Canada et assisté à quelques-uns en Nouvelle-Zélande. L'auteur révèle notamment avoir témoigné au bénéfice de communautés autochtones du Canada ou d'individus en étant issus qui lui en faisaient la demande, mais il omet de préciser s'il a parfois témoigné à la demande de la partie gouvernementale. Il a par exemple été un des témoins experts des demandeurs (les Gitksan-Wet'suet'en de Colombie-Britannique) dans la volumineuse affaire *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*².

Dans son ouvrage, Arthur J. Ray s'intéresse à la question de savoir quel régime de réclamations a offert le forum le plus approprié pour décider des réclamations des communautés autochtones tout en demeurant fidèle à l'histoire derrière ces réclamations³. Bien que l'auteur ne précise pas sa pensée, il entend sans doute, par

* Candidate à la maîtrise en droit (L.L.M.), Université Laval, Québec. Cette publication a été rendue possible grâce à la contribution financière du Conseil de recherche en sciences humaines du Canada et du Fonds de recherche du Québec – Société et culture.

¹ *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Rés AG 61/295, Doc off AG NU, 61^e session, Doc NU A/RES/61/295 (2007).

² *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, [1997] 3 RCS 1010. Les avocats lui ont demandé de préparer un rapport de l'histoire économique du territoire traditionnel de leurs clients, des premiers contacts avec les Européens à aujourd'hui. Arthur J. Ray, *Aboriginal Rights and the Making and Remaking of History*, Montréal, Kingston, McGill-Queen's University Press, 2016 à la p xxi.

³ J. Ray, *ibid* à la p 255 : « *Returning to my opening question about which claims regime has offered the best venue for native history, it is clear that all of the systems that I have examined have had varying success in providing appropriate forums for dealing with the messy nature of the history that lies behind aboriginal claims* ».

« forum le plus approprié pour l'histoire autochtone »⁴, celui ayant offert l'attention et la représentation les plus objectives et approfondies à la perception de l'histoire par les communautés autochtones. En effet, dans le contexte des réclamations de communautés autochtones devant les commissions ou tribunaux établis à ce titre, ou encore devant les cours de droit commun des différents États à l'étude, de nombreuses recherches ont été menées par des experts, plus que cela n'avait jamais été le cas précédemment quant au mode de vie de ces communautés. Ces experts ont ainsi joué un rôle prépondérant dans ce qui est aujourd'hui considéré comme constituant « l'histoire » des différentes communautés autochtones au sein des cinq États étudiés. Par exemple, une grande proportion des recherches consistait à déterminer si ces communautés avaient une notion de droit de propriété par rapport à leurs terres avant leurs premiers contacts avec les Européens. Dans le cadre d'une procédure contradictoire devant un tribunal, ce qui prévaut pour les parties n'est pas la recherche de la vérité, mais plutôt la volonté de faire emporter son argumentation sur celle de la partie adverse. Ceci pouvait donc influencer les résultats des chercheurs, qui avaient avantage à obtenir certaines conclusions particulières. Cette manière subjective d'aborder l'histoire a choqué le professeur Ray, qui l'étudiait depuis plusieurs années de manière plus impartiale, et donc en théorie plus neutre⁵, en ce que ses recherches ne visaient aucun objectif autre que la connaissance. Ses deux objectifs, lors de la rédaction de sa monographie, étaient, en plus de répondre à la question précédemment posée, de fournir une introduction à l'utilisation de la preuve historique dans les réclamations issues de traités ou de droits ancestraux autochtones dans les cinq États à l'étude, ainsi que d'examiner comment les décisions relatives aux réclamations ont « forgé l'histoire »⁶.

Il décrit certaines réponses récentes, en ordre chronologique, des anciennes colonies britanniques aux revendications des communautés autochtones résidant sur le territoire qu'elles occupent. Il débute donc avec les États-Unis (années 1946-1978), enchaîne avec le Canada (commencement vers la fin des années 1960), puis l'Australie (commencement vers le début des années 1970), la Nouvelle-Zélande (commencement vers 1975) et l'Afrique du Sud (commencement en 1994), pour terminer avec un chapitre décrivant l'évolution de la reconnaissance de droits autochtones aux Métis du Canada.

Tout d'abord, le professeur Ray explique que les États-Unis ont ouvert la voie à la prise en compte des revendications des communautés autochtones y résidant avec l'établissement en 1946 de la *United States Indian Claims Commission*. Ce que l'on a retenu de cette commission est surtout son caractère exagérément contradictoire, ce qui a notamment eu pour effet de diviser la petite communauté des anthropologues états-uniens en deux camps bien distincts : d'un côté, ceux qui acceptaient de mener des recherches et de témoigner pour les communautés autochtones; de l'autre, ceux qui le faisaient plutôt pour le gouvernement. Au sein de cette commission, des difficultés d'adaptation face à certains éléments des cultures autochtones ont été relevées par

⁴ *Ibid* : « *the best venue for native history* ».

⁵ Aucune recherche n'est cependant véritablement neutre, chaque individu laissant inexorablement ses valeurs et présupposés teinter sa perception des faits qu'il collige.

⁶ J. Ray, *supra* note 2 à la p xxvi.

l'auteur. Il s'agissait notamment, d'une part, de la prise en compte insuffisante de la preuve orale transmise par les aînés des Premiers peuples, sachant que le système juridique états-unien accepte d'ordinaire surtout des preuves historiques provenant de documents écrits. D'autre part, comme le veut le système contradictoire, les avocats gouvernementaux se sont affairés à miner la crédibilité des témoins autochtones, ce qui a déséquilibré les aînés des Premiers peuples, auxquels leur communauté témoigne normalement une grande déférence. Ray explique par la suite que certaines colonies britanniques, l'Australie au premier chef, ont tenté de concilier davantage les traditions autochtones et européennes.

Au Canada, l'auteur énonce qu'on a attendu une trentaine d'années après la création de la commission états-unienne avant de créer un processus d'adjudication des réclamations autochtones. Le gouvernement fédéral voulait ainsi calmer le jeu après l'arrêt *Calder*⁷ de la Cour suprême du Canada, qui a donné partiellement raison à la communauté Nisga'a de la Colombie-Britannique quant à la question de savoir si elle disposait de droits ancestraux sur le territoire qu'elle occupe. Néanmoins, étant donné que la volonté politique a toujours manqué afin de créer un processus indépendant de son contrôle, le Canada a traîné loin derrière les États-Unis, l'Australie et la Nouvelle-Zélande jusqu'en 2008, année où le Canada a adopté la loi établissant le Tribunal des revendications particulières. Néanmoins, un grand pas en avant pour les Premières Nations, les Métis et les Inuits du Canada est la confirmation de leurs droits existants (ancestraux ou issus de traités) au sein de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁸, ce qui a ouvert la voie à une jurisprudence progressiste de la part de la Cour suprême du Canada. L'auteur examine par ailleurs, au sein d'un chapitre, comment la définition du terme « Métis » au sein de la Constitution⁹, ainsi que les droits dont les Métis disposent, ont été établis par les tribunaux canadiens.

En ce qui concerne l'Australie, le professeur Ray explique comment, à la suite de réclamations de la part des communautés aborigènes devant les tribunaux du Territoire du Nord, ont été établies deux commissions chargées d'administrer les revendications territoriales relatives aux droits issus de traités au nord de l'Australie. Or, non seulement le territoire ne devait pas avoir entretemps été donné par la Couronne à d'autres particuliers, mais les revendications issues de droits ancestraux (contrairement à celles issues de traités) n'étaient pas admissibles. En effet, en Australie, on appliquait le principe de *terra nullius*, selon lequel lors de l'arrivée des colons européens, le territoire n'appartenait à personne. On considérait ainsi, d'une part, que les aborigènes étaient trop peu culturellement évolués pour avoir une quelconque notion du droit de propriété avant l'arrivée des Européens, et d'autre part, que leur mode de vie principalement nomade faisait en sorte qu'ils ne pouvaient avoir acquis aucun droit de propriété sur le territoire dont ils faisaient usage¹⁰. Les deux commissions décidaient donc des revendications en se basant uniquement sur le droit

⁷ *Calder c Colombie-Britannique (PG)*, [1973] RCS 313, 34 DLR (3^e) 145.

⁸ *Loi constitutionnelle de 1982* (R-U), constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11, art 35.

⁹ Voir *R c Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 RCS 207.

¹⁰ J. Ray, *supra* note 2 à la p 15.

australien (à l'exclusion du droit autochtone). Néanmoins, à la suite de l'arrêt *Mabo 2*¹¹, en 1992, la doctrine de *terra nullius* a été abandonnée, et un tribunal a été mis en place pour administrer les réclamations des communautés aborigènes de l'entièreté de l'Australie (et non plus seulement du Territoire du Nord). Ray souligne que l'Australie est l'État ayant usé, au sein de ses commissions, des procédés les plus créatifs pour adapter les procédures aux coutumes et aux cultures aborigènes. On pensera par exemple aux discussions de groupes entre membres de la communauté, qui ont été filmées puis présentées comme preuves devant la commission, ou encore à l'impossibilité de contre-interroger les témoins non experts, dans l'optique de respecter la déférence qui est d'usage envers les aînés dans les communautés autochtones. Il était toutefois possible pour la partie adverse d'envoyer ses questions pour le témoin au président de commission pour qu'il les pose lui-même au témoin, ou encore de faire parvenir son avis sur la question par écrit à la présidence.

Pour la Nouvelle-Zélande, l'auteur explique que la totalité du territoire ayant été couvert par le *Traité de Waitangi* passé entre la Couronne et les Maoris en 1840, toutes les revendications ont pu être administrées par un unique tribunal, le Tribunal de Waitangi, mis sur pied en 1975. Puisque la moitié des membres du tribunal étaient maoris, le régime s'est montré très respectueux des coutumes maories, à l'instar de l'Australie. Néanmoins, certains universitaires ont critiqué le tribunal, arguant qu'il s'était montré révisionniste dans les rapports qu'il a rédigés, réécrivant l'histoire du point de vue maori et dépeignant les Européens comme ayant le mauvais rôle. Ces critiques sont toutefois loin de faire l'unanimité parmi les experts.

L'Afrique du Sud sort du lot en ce que la recherche sur les communautés autochtones et leur droit de propriété terrienne était déjà omniprésente au cours du XXe siècle dans le contexte de l'apartheid, alimentant un continuel débat entre les Boers, généralement pro-apartheid, et les universitaires d'origine britannique, généralement opposés à l'apartheid. Contrairement aux quatre autres pays étudiés, les revendications qu'a connues l'Afrique du Sud à partir de l'adoption du *Restitution Land Rights Act*¹² en 1994 n'ont pas drastiquement marqué la manière dont les communautés autochtones étaient perçues et étudiées au niveau académique.

Dans sa conclusion, après avoir examiné certains impacts des régimes de réclamations établis, par exemple au sein des communautés universitaires, l'auteur revient très brièvement sur sa question de départ : « *It is clear that all the systems that I have examined have had varying success in providing appropriate forums for dealing with the messy nature of the history that lies behind aboriginal claims* »¹³. Il mentionne ainsi que, depuis la commission états-unienne des années 1950 où la voix des communautés autochtones était quasi-absente, leur histoire orale s'est vu accorder de plus en plus de poids dans les autres anciennes colonies britanniques étudiées, notamment par les cours canadiennes.

¹¹ *Mabo v Queensland*, [1992] HCA 23, 175 CLR 1 [Mabo 2].

¹² *Restitution of Land Rights Act (N-Z)*, 1994/22.

¹³ J. Ray, *supra* note 2 à la p 255.

Toutefois, l'auteur ne mentionne pas quel a été selon lui, le régime de réclamations ayant constitué le forum le plus approprié pour une réception de la version autochtone de l'histoire. En effet, bien que d'un chapitre à l'autre, on fasse souvent de brèves comparaisons avec un ou d'autres systèmes étudiés, la conclusion aurait constitué l'occasion de comparer ces derniers en profondeur. On reste malheureusement sur notre faim, alors que seul le dernier paragraphe cherche à répondre à la question de recherche. Néanmoins, les chapitres précédents étant extrêmement complets, il est possible pour un lecteur attentif de tenter de répondre lui-même à la question posée par l'auteur.

Par ailleurs, l'ouvrage s'inscrit bien dans l'actualité, notamment canadienne et australienne, au regard des récentes commissions de vérité et réconciliation. Il fournit en outre des pistes de solution très éclairantes pour les décideurs d'aujourd'hui et de demain, entre autres sur certaines façons d'accommoder à la fois les cultures autochtones et allochtones lors de processus judiciaires ou quasi-judiciaires. Les Premiers peuples sauront également s'inspirer de solutions innovantes ayant été retenues ou de victoires ayant été remportées ailleurs pour les éclairer au niveau des enjeux qui les concernent et d'éventuelles démarches à adopter. Au niveau scientifique, son approche comparative et multidisciplinaire rend ce livre indispensable à toute réflexion sur les revendications de communautés autochtones, autant pour les chercheurs que pour les étudiants.