

Paul G. McHUGH, *Aboriginal Societies and the Common Law: A History of Sovereignty, Status and Self-Determination*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 674 pages, ISBN-019825248X

Sébastien Grammond

Volume 37, Number 1, 2007

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1027136ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1027136ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this review

Grammond, S. (2007). Review of [Paul G. McHUGH, *Aboriginal Societies and the Common Law: A History of Sovereignty, Status and Self-Determination*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 674 pages, ISBN-019825248X]. *Revue générale de droit*, 37(1), 243–249. <https://doi.org/10.7202/1027136ar>

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 2007

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>



This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

---

**Paul G. MCHUGH,**  
***Aboriginal Societies and the Common Law:  
A History of Sovereignty, Status  
and Self-Determination,***  
Oxford, Oxford University Press, 2004,  
674 pages, ISBN-019825248X

**SÉBASTIEN GRAMMOND**

Vice-doyen à la recherche, Section de droit civil, Université d'Ottawa

Le droit des autochtones est un sujet particulièrement difficile d'approche. Il se situe en effet au point de rencontre de peuples dont la vision du monde est radicalement différente. Cette rencontre entre autochtones et colonisateurs s'est déroulée en des lieux et à des époques fort éloignés des uns des autres. De plus, la profondeur historique du sujet mène à un paradoxe: il est impossible de comprendre l'état du droit actuel sans connaître ses racines passées, mais il faut également être conscient que ce passé obéissait à des normes morales et politiques qui sont aujourd'hui largement discréditées. En fait, le concept même de droit a évolué depuis l'époque des premiers contacts.

Face à ces difficultés, donner un aperçu de l'état actuel du droit des autochtones dans un pays particulier est déjà une entreprise considérable. Proposer une analyse comparée de l'évolution de ce droit dans plusieurs pays, sur une période de quatre siècles, relève du tour de force. C'est pourtant ce qu'a réussi avec brio Paul McHugh, professeur à l'Université de Cambridge, dans son récent ouvrage *Aboriginal Societies and the Common Law* qui nous livre la synthèse de vingt-cinq années de recherches dans le domaine. Tout en ne sacrifiant ni le souci du détail ni la rigueur, McHugh nous propose rien de moins qu'une histoire comparée du droit des autochtones au Canada, aux États-Unis, en Australie et en Nouvelle-Zélande, quatre pays issus de la colonisation britannique, sur une période de quatre siècles (1600-2000).

L'entreprise de McHugh n'était pas sans difficulté, mais elle repose sur des fondements théoriques solides, tant en droit qu'en

histoire, qui sont exposés dans le premier chapitre de l'ouvrage. McHugh contraste en effet l'usage que le droit et l'histoire font du passé. Alors que le juriste tente d'utiliser des éléments choisis du passé pour justifier un résultat actuel (c'est le raisonnement typique de la recherche de précédents en common law), l'historien tente de restituer le passé dans toute sa complexité et admet que les concepts, les idées ou les visions du monde de l'époque ne coïncident probablement pas avec ceux qui ont cours maintenant. La confusion entre les deux manières de traiter le passé est particulièrement aiguë en droit des autochtones, où les avocats tentent de justifier des revendications actuelles en se fondant sur des éléments d'un passé lointain. L'entreprise est d'autant plus ardue que McHugh démontre que les Occidentaux, aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles, avaient une conception du droit bien différente de la nôtre. Le droit était considéré comme partie d'un ordre normatif plus large, où la morale, la religion et le droit n'étaient pas clairement séparés. Ce n'est que plus tard, au XIX<sup>e</sup> siècle, qu'une vision positiviste est apparue, c'est-à-dire que l'on voyait le droit comme le produit de l'action normative de l'État, sans lien nécessaire avec des conceptions plus larges de la morale. Et c'est à une époque encore plus récente, au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, que s'est développée dans toute sa force l'idée que l'action gouvernementale est assujettie au contrôle des tribunaux. On comprendra aisément que notre vision du droit des autochtones sera bien différente s'il faut se défaire de ces présupposés propres à notre époque.

Le deuxième chapitre du livre est consacré à l'étude du concept de souveraineté. Qu'avaient en tête les Britanniques lorsqu'ils affirmaient « prendre possession » d'un territoire au nom de leur souverain? En se référant à l'histoire des quatre pays étudiés, mais aussi au processus de colonisation britannique de l'Inde et de l'Afrique, McHugh démontre que, jusqu'au milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle au moins, la souveraineté sur les colonies s'exprimait en termes juridictionnels: les autorités coloniales n'exerçaient leur compétence que sur les sujets britanniques installés dans la colonie. Les autochtones, quant à eux, conservaient leur autonomie et les autorités coloniales entretenaient des relations consensuelles avec eux.

Ce n'est que vers la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle et au début du XIX<sup>e</sup> que les choses ont changé. Bénéficiant d'une meilleure position militaire et sous l'influence grandissante du positivisme, les Britanni-

ques ont graduellement adopté la conception territoriale de la souveraineté que l'on connaît aujourd'hui: tous les habitants du territoire sont assujettis à l'autorité de l'État. Cette transition est décrite dans le troisième chapitre de l'ouvrage. Elle a impliqué une disparition graduelle des relations consensuelles avec les autochtones. Ceux-ci n'étaient plus considérés que comme des sujets qui, en raison de leur infériorité culturelle ou raciale supposée, avaient besoin d'être protégés ou pris en tutelle par le gouvernement. La situation était légèrement différente aux États-Unis et en Australie. Dans le premier cas, les tribunaux ont toujours maintenu qu'en principe, les autochtones détenaient une « souveraineté résiduelle », souvent bafouée dans les faits, alors qu'en Australie, les colons n'ont jamais conclu de traités avec les autochtones.

Le chapitre 4 est consacré au régime juridique mis en place pour encadrer les peuples autochtones dès lors que l'on ne leur reconnaissait plus qu'un statut de sujet. Dans les quatre pays étudiés, la politique gouvernementale poursuivait un objectif immédiat de protection des autochtones et, à plus long terme, d'assimilation à la société occidentale. Un des instruments juridiques nécessaires à la mise en œuvre de ces politiques était le contrôle de l'appartenance aux peuples autochtones: la loi s'est arrogé le pouvoir de définir qui possédait le statut d'autochtone, notamment dans le cas délicat des personnes d'origines mixtes (les « métis »). La loi a également mis en place des mécanismes pour imposer la perte de ce statut lorsque des individus ou des groupes étaient jugés suffisamment « civilisés ». La perte de statut était généralement accompagnée de la transformation de la maîtrise collective du territoire en propriété individuelle, souvent synonyme de dépossession dans les faits.

Le cinquième chapitre amorce la transition vers l'époque moderne en décrivant l'évolution récente du droit international concernant les autochtones. Au début du xx<sup>e</sup> siècle, presque tous les auteurs en droit international refusaient de reconnaître quelque personnalité internationale que ce soit aux peuples autochtones; ce statut était réservé aux États. Tout au plus, les États colonisateurs assumaient une obligation d'agir pour le bien-être des populations n'ayant pas encore atteint la « civilisation ». Dans la deuxième moitié du xx<sup>e</sup> siècle, cependant, les peuples autochtones ont de plus en plus fondé leurs revendications sur les instru-

ments internationaux de protection des droits de la personne et des minorités, mais aussi et surtout sur le principe de l'autodétermination.

C'est autour de ce principe cardinal, l'autodétermination des peuples autochtones, que McHugh organise la dernière partie de son livre. Il tente de démontrer comment ce principe a été reçu dans le droit des quatre pays étudiés et comment il a été concrètement mis en œuvre. Le chapitre 6 constitue, à cet égard, une introduction générale. L'auteur y trace un parallèle entre les politiques d'assimilation mises en place avec une vigueur renouvelée dans les quatre pays durant les années 1950 et 1960 (tel, au Canada, le « livre blanc » de Trudeau) et décrit la réaction autochtone que ces politiques ont entraînée. Il évoque ensuite les principaux jalons de la reconnaissance des droits des autochtones, notamment par les tribunaux, pour conclure que partout, sauf peut-être en Australie, l'État a reconnu aux autochtones le droit de maintenir et de valoriser leur différence culturelle et historique. McHugh souligne aussi deux traits marquants de cette époque, la revitalisation des relations consensuelles entre l'État et les autochtones, notamment par la conclusion de traités et par une convention constitutionnelle voulant que l'État ne légifère pas à l'égard des autochtones sans leur consentement, ainsi que l'apparition du concept d'obligation de fiduciaire, permettant aux tribunaux de contrôler l'action de l'État en fonction de standards moraux.

Le chapitre 7 décrit la phase initiale de ce processus, celle où, souvent en réponse à une première impulsion donnée par les tribunaux (comme l'arrêt *Calder* au Canada), le système juridique de chacun des pays a aménagé une place pour les peuples autochtones dans son ordre constitutionnel. McHugh décrit les effets initiaux de ce changement fondamental de perspective, notamment sur le plan du statut des peuples autochtones, de la protection constitutionnelle de leurs droits et du réaménagement graduel de leurs régimes de gouvernance. Il souligne aussi l'apparition de mécanismes de contrôle de l'activité gouvernementale, fondés sur l'obligation de fiduciaire au Canada et le respect des principes du traité de Waitangi en Nouvelle-Zélande.

Dans le chapitre suivant, l'auteur analyse la « seconde vague » de répercussions de l'adoption du principe de l'autodétermination des peuples autochtones. La mise en application con-

crète de l'autodétermination requiert un ajustement mutuel entre les revendications autochtones et le système juridique dans son ensemble, notamment quant à la « gouvernance » des peuples autochtones eux-mêmes et quant à la « réconciliation » de leurs droits avec ceux des autres membres de la société. En particulier, les régimes d'autonomie gouvernementale ont dû être modernisés pour favoriser l'activité économique au sein des peuples autochtones, entre autres en permettant à ceux-ci de concevoir leur propre constitution interne. Ce processus soulève le dilemme de la réconciliation entre tradition et modernité, par exemple lorsqu'il s'agit de décider si les gouvernements autochtones doivent respecter une charte des droits individuels ou la conception occidentale des principes de justice naturelle. Les revendications des autochtones urbains posent également un défi de taille et remettent en question l'exclusivité de représentation des groupes traditionnels (comme les bandes indiennes au Canada). De manière plus générale, cela soulève la question de la définition des groupes autochtones titulaires de droits collectifs et de l'identification de leurs représentants.

Le dernier chapitre porte plus précisément sur le concept de « réconciliation », qui a principalement trait à la résolution de revendications reliées au territoire. Cette réconciliation a nécessité la mise en place de processus de négociation visant à produire des ententes de partage et, dans certains cas, de cogestion du territoire. Les tribunaux, en reconnaissant l'existence de principe des droits territoriaux des autochtones, ont donné le coup d'envoi et ont permis aux autochtones de se constituer un rapport de forces, mais se sont par la suite donné un rôle plus effacé, sans doute conscients des limites institutionnelles de leur rôle et des avantages des solutions consensuelles. Une des manifestations concrètes de la réconciliation est l'apparition d'une obligation de consulter les autochtones en cas d'atteinte à leurs droits, comme en témoignent, par exemple, les récentes décisions de la Cour suprême du Canada.

Ce magistral tour d'horizon est un voyage rafraîchissant pour quiconque s'intéresse au droit des autochtones. S'élevant au-dessus des détails techniques du droit positif, McHugh nous fait voir le droit comme un discours changeant, obéissant à des déterminants sociaux, économiques et intellectuels qui sont souvent communs aux quatre pays étudiés. Les apports de l'étude compa-

native sont évidents. Bien des facettes du droit des autochtones qu'un juriste canadien pourrait être tenté de considérer comme purement contingentes, comme des accidents de l'histoire, apparaissent plutôt comme des phénomènes appelés à se produire à la suite de toute rencontre entre autochtones et colonisateurs. Pensons, par exemple, à l'alternance entre les politiques d'assimilation et d'autodétermination. En fait, *Aboriginal Societies and the Common Law* fournit au lecteur canadien toute l'information nécessaire à une compréhension suffisante des systèmes juridiques des autres pays pour être en mesure de s'engager dans un exercice approfondi de droit comparé. L'ouvrage est, à notre avis, une référence nécessaire pour quiconque veut étudier le droit des autochtones en dehors d'un cadre strictement canadien.

On peut évidemment s'interroger sur le choix des systèmes juridiques étudiés. Les pays issus de la colonisation britannique s'imposent presque comme un choix naturel, étant donné que c'est dans ces pays que les droits des autochtones sont les plus développés et que leur système juridique appartient à une tradition juridique commune, la common law. L'étude de pays adoptant une tradition civiliste, par exemple en Amérique latine, aurait peut-être apporté un éclairage additionnel et permis de comparer la réceptivité de deux traditions juridiques face aux droits des autochtones. Cependant, une telle tâche aurait été véritablement herculéenne et on comprend aisément que l'auteur se soit limité aux quatre pays mentionnés. On peut aussi se demander pourquoi un ouvrage à vocation internationale ne consacre qu'une vingtaine de pages au traitement réservé aux autochtones en droit international. Il faut néanmoins reconnaître que, encore aujourd'hui, les droits nationaux constituent de loin la principale protection des intérêts des autochtones. En bout de ligne, on en apprend bien davantage en comparant l'évolution récente de la situation dans quatre pays qu'en faisant des suppositions sur l'interprétation que devraient recevoir des instruments internationaux non contraignants qui n'ont même pas encore été adoptés. Enfin, on reconnaîtra la sagesse de la décision de l'auteur de se cantonner au droit occidental (en l'occurrence, la common law) et de laisser aux autochtones eux-mêmes le soin de raconter les transformations subies par leurs systèmes juridiques au contact des colonisateurs.

Comme si ce n'était pas assez, ajoutons que le livre est un délice à lire, puisque l'auteur emploie un style vivant, bien éloigné du langage technique dont sont trop souvent remplis les ouvrages juridiques. Il s'agit incontestablement de l'un des meilleurs, sinon du meilleur livre sur le droit des autochtones paru récemment en langue anglaise.

Sébastien Grammond  
Faculté de droit (section de droit civil)  
Université d'Ottawa  
57, rue Louis-Pasteur  
Ottawa (Ontario) K1N 6N5  
Tél. : 613 562-5800, poste 2653  
Télec. : 613 562-5121  
sebastien.grammond@uottawa.ca