

Agnieszka Machnicka

Prawo Indian do ziemi : natura i charakter «aboriginal title» w prawie kanadyjskim : część I

Palestra 48/5-6(545-546), 181-192

2003

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Agnieszka Machnicka

PRAWO INDIAN DO ZIEMI NATURA I CHARAKTER *ABORIGINAL TITLE* W PRAWIE KANADYJSKIM

Część I

Historia i kultura Kanady są w ogromnym stopniu powiązane z rdzennymi społecznościami żyjącymi na tym kontynencie od wieków. Nie sposób pominąć tradycji i kultury pierwszych mieszkańców Kanady. Dla nich zaś ziemia jest jednym z ważniejszych elementów¹, jest częścią ich tożsamości oraz niezbędnym i niezastąpionym źródłem egzystencji. Zatem ta szczególna relacja autochtonów do ich ziemi powinna być zagwarantowana i dostatecznie zabezpieczona przez system prawny. Pomimo specyficznej i niekonięcznie chlubnej historii europejskiej kolonizacji w Ameryce Północnej, współczesne demokratyczne społeczeństwa powinny stworzyć odpowiednie regulacje prawne chroniące prawa ludności autochtonów, a zwłaszcza prawo do ziemi.

Celem niniejszego artykułu jest analiza prawnej regulacji *Aboriginal title* (prawa autochtonów do ziemi, także: *Indian title*, *Native title*), obowiązującej aktualnie w Kanadzie. Regulacja ta jest w pełni ukształtowana przez orzecznictwo sądowe, w głównej mierze kanadyjskie. Należy mieć jednak na uwadze, iż niektóre orzeczenia sądów amerykańskich oraz angielskiej Izby Lordów miały istotny wpływ na kształt kanadyjskiego *common law*.

¹ J. J. Borrows & L. I. Rotman, *Aboriginal Legal Issues. Cases, Materials & Commentary*, Butterworths: Toronto and Vancouver, 1998, s. 1 (dalej: Borrows & Rotman).

Jako że charakter *Aboriginal title* określony przez sądy jest dosyć złożony, konieczne wydaje się porównanie tego prawa do innych praw rzeczowych ukształtowanych w prawie kanadyjskim, jak również odwołanie się w jego ocenie do uniwersalnych zasad, właściwych dla współczesnych demokratycznych systemów prawnych.

I. TREŚĆ I ZAKRES *ABORIGINAL TITLE*

W prawie kanadyjskim ukształtował się pogląd, iż prawo Indian do ziemi wynika z ogólnych zasad *common law*, jest uznawane przez sam system prawny, niezależnie od jakichkolwiek ustawowych, bądź innych, regulacji prawnych². Nie jest zatem jego źródłem również



Królewska Proklamacja z 1763 roku, mimo iż takie było stanowisko angielskiej Privy Council w sprawie *St. Catharine's Milling & Lumber C. v. The Queen*³.

W Królewskiej Proklamacji, wydanej 7 października 1763 roku przez króla Jerzego ogłoszono m.in.: „(...) jest właściwe i rozsądne, a także istotne dla naszych Interesów, oraz dla Bezpieczeństwa naszych Kolonii, aby poszczególne Narody i Plemiona Indian, z którymi łączą nas rozmaite związki, i którzy znajdują się pod naszą Opieką, nie były niepokozone i aby nie zakłócano ich Posiadania co do tych części naszych Terytoriów i Dominioń, które nie zostały nam przekazane, bądź przez nas nabyte, a przeznaczone zostały dla nich jako ich Grunty Łowieckie”⁴.

Pomijając motywy Korony Brytyjskiej, z fragmentu tego wynika, że *Aboriginal title* dotyczy tych terytoriów, które nie zostały przekazane (*ceded*), bądź zakupione (*purchased*) przez Koronę. Jednakże wszystkie wspomniane terytoria i tak należą do monarchy (*Our Dominions and Territories*), a są jedynie przeznaczone do wyłącznego korzystania (*reserved*) przez Indian. W Proklamacji nie ma ani słowa na temat charakteru prawnego uprawnień Indian do ziemi, wspomina się je-

² *Hamlet of Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development* [1980] 1 F.C. 518, paragraf 78 (dalej: *Baker Lake*).

³ (1888) 14 App. Cas. 46 (PC) (dalej: *St. Catharine's*).

⁴ *The Royal Proclamation*, October 7, 1763, R.S.C. 1985, app. II. no. 1 (dalej: *Royal Proclamation 1763*).

dynie, że terytoria te są przeznaczone do korzystania przez Indian (*for the use of the said Indians*). Warto również zauważyć, iż omawiana Proklamacja nie ma zastosowania do całości obecnego terytorium Kanady, lecz jedynie do enumeratywnie w niej wymienionych terytoriów. Jednak dla określenia treści oraz ewolucji *Aboriginal title* istotne jest odwołanie się do tej regulacji.

W sprawie *St. Catharine's Milling & Lumber C. v. The Queen*⁵, Privy Council pod wpływem decyzji wydanych przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych⁶, stwierdziła, że w stosunku do wszelkich gruntów „Korona zawsze posiadała tytuł własności, który to tytuł po zjednoczeniu (Kanady) znalazł się w rękach (poszczególnych) prowincji”. Sąd ten uznał również, iż tytuł Indian do ziemi zawsze był „jedynie ciężarem” (*a mere burden*) na prawie przysługującym Koronie Brytyjskiej. W omawianym orzeczeniu bardzo jasno zostało określone, iż Indianie nie mogli swobodnie zbyć swoich uprawnień do gruntów, mogli jedynie przekazać je na rzecz Korony.

***Aboriginal title*, jako uprawnienie do korzystania z ziem**

Kolejnym krokiem, jeśli chodzi o określenie charakteru *Aboriginal title*, była decyzja wydana w sprawie *Calder v. Attorney – General of British Columbia*⁷. Powodami w tej sprawie byli członkowie społeczności Nishga, złożonej z czterech plemion (Gitlakdami, Canyon City, Greenville oraz Kincolith), którzy domagali się uznania, iż *Indian title* w stosunku do spornego terytorium nigdy nie wygasł, mimo że strona królewska dokonała pewnych nadań i rozporządzeń co do tych ziem (zgody na eksploatację pól i lasów, pozwolenia na wydobycie kopalin, gazu, ropy). Jednak pomimo iż sąd w swej argumentacji posunął się dalej, niż w sprawie *St. Catharine's*, zwłaszcza jeśli chodzi o stwierdzenie, iż Proklamacja z 1763 roku nie była jedynym źródłem uprawnień Indian do ziemi⁸, to omawiana decyzja nie daje wyczerpującej charakterystyki tych uprawnień. Sędzia Judson stwierdził, iż *Indian title* oznacza tyle, że Indianie, którzy zamieszkiwali obszar obecnej Kolumbii Brytyjskiej „zorganizowani w społeczności i zajmujący terytoria, tak jak czynili to ich przodkowie od wieków”, mają prawo „dalej zamieszkiwać i żyć na swoich ziemiach”⁹. Zbędne wręcz, w tych okolicznościach, wydaje się dodanie, iż owe prawo jest „zależne od dobrej woli Suwerena (monarchii brytyjskiej)”¹⁰. Sąd w uzasadnieniu swojej decyzji powołuje się na amerykańską sprawę *Tee-Hit-Ton*, w której to *Aboriginal title* został określony, jako nie będący prawem własności, lecz prawem zajmowania terytorium (*right of occupancy*). Prawo to jest nadane przez suwerena i chronione przed jakąkolwiek ingerencją ze strony osób trzecich, może ono jednak zostać zakończone z woli suwerena, bez żadnego prawnego obowiązku rekompensaty dla Indian¹¹.

Reprezentujący Indiańskie plemię Nishga, powód Calder, w czasie procesu opisuje wykonywane przez członków plemienia sposoby korzystania z gruntów, jako – posiadanie, zajmowanie i wykorzystywanie terytoriów, na których to Indianie Nishga polowali, rozbijali

⁵ *St. Catharine's*, jw.

⁶ *Worcester v. State of Georgia* (1832), *Johnson and Graham's Lessee v. M'Intosh* (1823).

⁷ (1973) S.C.R. 313 (dalej: *Calder*).

⁸ *Guerin et al. v. The Queen* (1984) 2 S.C.R. 335 (dalej: *Guerin*).

⁹ *Calder*, jw., s. 328.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*, s. 339.

swoje obozowiska, chowali zmarłych, wykonywali wszelkie uprawnienia przysługujące wolnym ludziom¹². Ten opis prawa, do którego roszczą pretensje członkowie Nishga, wydaje się pokrywać z treścią praw do korzystania z ziemi (*right of occupancy*), których istnienie dopuszczają sądy.

Jednakże, co uważam za niezwykle istotne, a co zdaje się być pomijane przez sądy, to różnice w rozumieniu i ocenie tych praw przez ludność autochtonską i przez Europejczyków. Podczas gdy europejskie podejście do kwestii ziemi jest czysto materialne i rozumiane w kategoriach własności, rdzenni mieszkańcy Ameryki Północnej od wieków mówią o korzystaniu z gruntów, dzieleniu się nimi (i to nie tylko z istotami ludzkimi, ale także ze zwierzętami), relacji, jaką posiadają z zamieszkiwanym terytorium, a także wspólnym posiadaniu przez wszystkich członków plemienia zajmowanych ziem. Jest to rezultat odmiennego podejścia i zupełnie innej filozofii, niż ta, która charakteryzuje społeczeństwa zachodnie¹³. Zatem nie jest słuszne formułowanie oceny autochtonskiej koncepcji tych uprawnień z zupełnie odmienną, europejską perspektywą prawną. Niestety, takie zdaje się być stanowisko większości sądów w kwestii *Aboriginal title*. Toteż opis tytułu prawnego Indian, jako „słusznego” i „będącego prawem użytkowania i zajmowania ziem oraz korzystania z pożytków przynoszonych przez grunty, lasy, rzeki, strumienie, co w żaden sposób nie umniejsza głównych praw Korony uznawanych przez prawo narodów”¹⁴, sformułowany przez sędziego Halla, jest w pewien sposób krzywdzący i zdecydowanie pomijający koncepcje autochtonów.

Następnie, w 1984 roku Sąd Najwyższy Kanady w sprawie *Guerin v. R.*¹⁵ zebrał i połączył wszystkie dotychczasowe stwierdzenia, uznając, iż nie ma żadnej sprzeczności pomiędzy scharakteryzowaniem *Indian title*, jako „szczególnego rodzaju interesu prawnego” (*a beneficial interest of some sort*), a oceną tego tytułu, jako „prawa użytkowania o charakterze osobowym” (*a personal, usufructuary right*)¹⁶. Wydaje się jasne, że sąd odnosi i przyrównuje *Indian title* do praw o charakterze względnym, nie zaś do praw rzeczowych.

Następujący fragment uzasadnienia do powołanego orzeczenia jest rodzajem kompilacji dotychczasowego stanowiska sądów w kwestii określenia treści *Aboriginal title*:

„Indianie mają prawo do zajmowania i posiadania ziem, których własność jest w rękach Korony. Pomimo iż ich uprawnienie nie mieści się w kategoriach własności, nie jest ono jedynie prawem osobowym. Słuszne jest stwierdzenie, że *sui generis* tytuł do ziemi, który autochtoni posiadają jest osobowy w tym sensie, iż nie może zostać przeniesiony na inny, niż sama Korona, podmiot; lecz jednocześnie tytuł ten stwarza szczególnego rodzaju zobowiązanie po stronie Korony, do podejmowania takich decyzji w sprawach ziemi, które będą korzystne dla Indian. Te dwa aspekty *Indian title* są ściśle ze sobą połączone, bowiem powodem, dla którego Korona uznała tytuł za niezbywalny na rzecz innych, niż ona sama podmiotów, było zapewnienie i ułatwienie reprezentowania Indian w stosunkach z osobami trzecimi”¹⁷.

¹² *Ibidem*, s. 349.

¹³ Opisuje to m.in.: L. Littlebear, *A Concept of Native Title* (1976) C.A.S.N.P. Bul. V, 30.

¹⁴ *Calder*, jw., s. 380.

¹⁵ *Guerin*, jw.

¹⁶ *Guerin*, jw., s. 382.

¹⁷ *Ibidem*, s. 382.

Wynika z tego, iż prawo Indian do ziemi, jako istniejące od wieków, wywodzące się z faktu zamieszkiwania przez ludność autochtońską ich terytoriów, nie zaś stworzone przez brytyjski system prawny, składa się z niekwestionowanego uprawnienia do zajmowania i posiadania określonych terytoriów. Jednakże prawo to nie zostało w żaden sposób włączone do systemu praw rzeczowych uznanych przez *common law*, a jedynie opisane jako swego rodzaju prawo użytkownika (*sui generis usufructuary right*).

Aboriginal title prawem konstytucyjnym

Aby w pełni opisać *Aboriginal title* należy odnieść się także do przepisów Konstytucji Kanady, a dokładnie s. 35 (1) ustawy z 1982 roku (*Constitution Act 1982, Schedule B*). Nowelizacja ta wprowadziła przepis, który głosi, iż „istniejące oraz powstałe na mocy traktatów prawa ludności autochtońskiej Kanady zostają prawnie uznane i potwierdzone”¹⁸. Wydawać by się mogło, iż w ten oto sposób prawu temu nadano szczególną pozycję pośród innych praw rzeczowych, jednak sędzia Lamer stwierdził w sprawie *R. v. Van der Peet*¹⁹, iż s. 35 (1) jest próbą pogodzenia istniejących roszczeń autochtonów do ziemi, które teraz stanowią terytorium Kanady, z zapewnieniem brytyjskiego zwierzchnictwa nad tym terytorium²⁰.

Można odnieść wrażenie, iż *Aboriginal title* jest uznawany tylko w takim stopniu, w jakim nie ingeruje w fakt zwierzchnictwa Korony, będącego wartością nadrzędną. Jest on również zależny od Korony i pozostaje w stosunku podrzędności do suwerennych uprawnień brytyjskiej monarchii. Jednakże, co się niejednokrotnie podkreśla, tytuł ten wynika z historycznego faktu zamieszkiwania przez Indian obecnego terytorium Kanady. Toteż jego poddanie zwierzchnictwu Korony angielskiej, aby było logicznie spójne, jest tłumaczone poprzez szereg teorii, z których powszechnie uznana jest teoria odkrycia (*doctrine of discovery*). Głosi ona, iż pierwsi odkrywcy nowego, niezajętego dotąd terytorium przejmują nad nim zwierzchność. Początkowo teoria ta ograniczała się do *terra nullius*, jednakowoż w późniejszym okresie pojęcie to rozszerzono o ziemi niezamieszkałe przez „cywilizowane społeczeństwa”²¹.

Przełomowe orzeczenie Sądu Najwyższego Kanady

Istotne zmiany w orzecznictwie kanadyjskim dotyczącym *Aboriginal title* osiągnięte zostały dzięki decyzji w sprawie *Delgamuukw v. British Columbia*²², w której plemiona Gitksan i Wet’suwet’en żądały uznania ich praw do zajmowanych przez te społeczności terytoriów w północnej części Kolumbii Brytyjskiej. Jak zauważa K. McNeil, przed wydaniem tej decyzji wszelkie wypowiedzi na temat *Aboriginal title* były bardzo niejasne²³. Autor stwierdza, iż sądy zawsze były niechętne wytyczaniu granic *Aboriginal title*, szczególnie jeśli chodzi o zagadnienie uprawnień odnoszących się do lasów, złóż minerałów i innych zasobów naturalnych znajdujących się na terytoriach będących przedmiotem *Native title*. Profesor McNeil

¹⁸ *Constitution Act, 1982, Schedule B*.

¹⁹ (1996) 137 D.L.R. (4th) 289 (dalej: *Van der Peet*).

²⁰ *Ibidem*, s. 305.

²¹ *Borrows & Rotman*, jw., s. 6.

²² (1997) 3 S.C.R. 1010 (dalej: *Delgamuukw*).

²³ K. McNeil, *Defining Aboriginal Title in the 90’s: Has the Supreme Court Finally Got It Right?*, Roberts Centre for Canadian Studies, York University, Toronto 1998, s. 8.

przedstawia argumenty obu stron w sporze o kształt *Aboriginal title*. Z jednej strony – pozycję rządu, który uznaje, iż prawo ludności indiańskiej jest ograniczone do takiego sposobu korzystania z zamieszkiwanych ziem, jaki cechował i był faktycznie wykonywany przez rdzennych mieszkańców Ameryki przed pojawieniem się tam europejskich kolonizatorów. Po przeciwnej stronie jest koncepcja proautochtońska, która głosi, że Indianie posiadają prawo do pełnego wykorzystania zamieszkiwanych terenów, nawet jeśli pewne sposoby eksploatacji ziemi nie były praktykowane w przeszłości, jak na przykład wydobywanie pokładów i złóż naturalnych²⁴.

Sędzia Lamer w uzasadnieniu orzeczenia *Delgamuukw* określa treść i charakteryzuje *Aboriginal title* odwołując się do jego cech wyróżniających, jak: niezbywalność, źródło powstania oraz fakt, że jest uprawnieniem przysługującym grupie, a nie poszczególnym jednostkom; podkreśla przy tym, iż *Aboriginal title* nie jest formą *fee simple* (prawo własności na gruncie *common law*, o czym dalej)²⁵. Konkluzją sądu jest, iż *Aboriginal title* „zawiera w sobie prawo do wyłącznego zajmowania terytorium będącego przedmiotem tego prawa i korzystania zeń dla rozmaitych celów, które nie muszą być w żaden sposób powiązane z praktykami, zwyczajami i tradycjami wykonywanymi i charakterystycznymi dla autochtońskich społeczności; (...) jednakże te sposoby korzystania z ziemi nie mogą być sprzeczne z samą naturą i przywiązaniem określonej grupy do ziemi”²⁶. Zatem *Aboriginal title* jest nadal uważany za szczególnego rodzaju uprawnienie wraz ze wszystkimi charakterystycznymi dlań ograniczeniami, jednakże omawiane orzeczenie daje jasno do zrozumienia, iż sposoby korzystania z ziemi nie są ograniczone jedynie do tych, które wynikają ze zwyczajów i praktyk właściwych dla rdzennej ludności.

Profesor McNeil rozwijając argumentację sądu w tym względzie, głosi, że ludność autochtońska może swobodnie dokonywać wydobywania kopalin, gazu, wycinania drzew, itd., nawet jeśli nie korzystała w ten sposób ze swych ziem w przeszłości²⁷. Wyraża on wszakże dezaprobatę pod adresem sformułowanych przez sąd nieodłącznych, właściwych temu uprawnieniu ograniczeń (*inherent limitation*), uważa bowiem, że aktualny sposób korzystania z ziemi nie powinien być ograniczony do, lecz ograniczony przez zwyczaje i tradycje praktykowane w przeszłości²⁸. Ocenia on pozycję sądu, jako paternalistyczną.

Opisane podejście skłania do pewnych refleksji. Po pierwsze, czy brak pełnej swobody jest ograniczeniem samego prawa, czy też należy do jego istoty. Z jednej strony, jeśli weźmiemy pod uwagę prawa podmiotowe, w tym prawa rzeczowe, stwierdzamy, iż żadne z nich nie jest nieograniczone. Prawo własności, najszerze spośród praw rzeczowych jest ograniczone przez takie same prawa innych podmiotów, jak również obowiązek takiego postępowania, które nie prowadzi do powstania szkód po stronie osób trzecich. Sędzia Lamer zaś tłumaczy istnienie ograniczeń *Aboriginal title* (m.in. niezbywalności), koniecznością zabezpieczenia i ochrony szczególnej relacji, jaką Indianie posiadają w stosunku do ziemi; owe restrykcje mają zatem zagwarantować ciągłość tej relacji i dlatego są ściśle powiązane z inną charakterystyczną cechą *Native title*, a mianowicie jego kolektywnym charakterem. Przeto, reguły utrudniają-

²⁴ *Ibidem*, s. 9.

²⁵ *Delgamuukw*, jw., s. 1014.

²⁶ *Ibidem*, s. 1015.

²⁷ McNeil, *Defining Aboriginal Title...*, s. 11.

²⁸ *Ibidem*, s. 12.

ce Indiańskim społecznościom dysponowanie uprawnieniami do ziemi, uzasadnione są poprzez odwołanie do nieekonomicznych wartości, które ziemia przedstawia dla tych grup²⁹. Z drugiej jednak strony, ograniczenia te sprawiają, iż treść *Aboriginal title* jest w pewnym stopniu „zamrożona”, pozbawiona możliwości swobodnego ewoluowania. Pomimo iż stwierdzono, że społeczności autochtońskie są uprawnione do zmian przeznaczenia gruntów, to jednak dopuszczalne zmiany nie są nieograniczone. Autochtoni nie są uprawnieni do dokonywania zupełnych zmian swych zwyczajów, a to może być uznane jako znaczne ograniczenie swobody oraz możliwości samookreślenia tych grup. *Nota bene*, podobne ograniczenia nie zostały przewidziane w stosunku do innych terytoriów, zwłaszcza tych, które są przedmiotem własności Korony, bądź europejskich osadników.

Czy ludność autochtońska musiała czekać aż do 1997 roku, aby „nadano” jej to prawo? I czy prawo to rzeczywiście zostało wówczas, w decyzji *Delgamuukw*, „nadane”, czy też „uznane”, czy może jedynie „potwierdzone”?

Hamar Foster czyni w swej pracy niezwykle interesujące spostrzeżenia. Przedstawia on mianowicie obserwacje dokonane przez adwokata T.R.E. MacInnes, zatrudnionego wówczas przez rząd Laurier³⁰. Tenże, w 1909 roku sporządził na polecenie rządu raport na temat pozycji i natury *Indian title* w Kanadzie („*Report on the Indian Title in Canada with Special Reference to British Columbia*” 1909). Niektóre z jego konkluzji zdają się pokrywać z brzmieniem decyzji wydanej w sprawie *Delgamuukw*. MacInnes stwierdza, że „*Indian title*, mimo, że może zostać zbyty jedynie na rzecz Korony, zawiera w sobie wszelkie istotne cechy właściwe prawu własności”³¹. Twierdzi dalej, że „ziemie należące do Indian to nie tylko te, które zostały przeznaczone na utworzenie Rezerwatów, ale także te, które były zajmowane przez plemiona Indiańskie od czasów niepamiętnych”³². Uważa on także, iż „ani władze prowincji, ani rząd federalny, nawet jeśli działałyby wspólnie, nie mają prawa doprowadzić do wygaśnięcia *Indian title*, jest on bowiem chroniony przez prawo narodów – a ono wymaga zgody samych zainteresowanych, tj. Indian, na wygaśnięcie ich tytułu”³³. Profesor Foster uważa, że wszystkie argumenty przedstawione przez sędziego Lamera były już sformułowane w 1909 roku, toteż sąd wcale nie musiał tworzyć nowych reguł prawa, a jedynie je zastosować. W gruncie rzeczy, wedle tego autora nie jest szczególnie istotne kiedy koncepcja *Aboriginal title*, jako prawa rzeczowego została sformułowana po raz pierwszy, lecz to czy opiera się ona na istniejących i słusznych zasadach prawa³⁴.

Interesujące jest porównanie tych spostrzeżeń (*Delgamuukw* – nie jako stworzenie nowych reguł, lecz zastosowanie już istniejących i ugruntowanych zasad) z komentarzami, jakie padały w mediach po wydaniu tej decyzji. Zostało to mianowicie opisane, jako „fatalny błąd” (*breathtaking mistake*), „oparty na wymyślonych zasadach prawnych”, zaś opis *Aboriginal title* został uznany za „bezprecedensową i wyłącznie osobistą definicję tego prawa stworzoną przez sędziego Lamera, opartą głównie na własnych przemyśleniach i pełnych radykalnie utopijnych myśli artykułach profesorów prawa” („*Globe and Mail*”, „*Vancouver*

²⁹ *Delgamuukw*, jw., s. 1015–1016.

³⁰ H. Foster, *Aboriginal Title and the Provincial Obligation to Respect It: Is Delgamuukw v. British Columbia Invented law?* (1998) 56 *The Advocate* 221.

³¹ *Ibidem*, s. 223.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

Sun)³⁵. Przykłady te są ilustracją podejścia i mylnego rozumienia tego problemu przez większość kanadyjskiego społeczeństwa, co wydaje się mało optymistyczne.

Niektórzy autorzy uważają, że współczesne regulacje *Aboriginal title* zapewniają solidną ochronę terytoriów i zasobów naturalnych Indian³⁶. Profesor Bartlett z Australii badając reguły uzasadniające istnienie tego prawa, doszedł do wniosku, że Sąd Najwyższy w sprawie *Delgamuukw* szukał złotego środka pomiędzy pragmatycznym sposobem pogodzenia sprzecznych interesów z jednej strony, a zasadami równości z drugiej³⁷. Zwraca on uwagę na podobieństwa w uznaniu *Aboriginal title* w Stanach Zjednoczonych, Kanadzie i Australii, stwierdzając, że wynika to z faktu, iż we wszystkich tych krajach sądy opierają się na regule „równości wobec prawa”, która to reguła zrównuje rdzennych mieszkańców podbitego terytorium z osiadłymi tam kolonizatorami w ich prawach do ziemi³⁸. Autor ten uważa, że zasady równości wymagają, aby *Aboriginal title* stwarzał wyłączność w korzystaniu z określonego terytorium, a to z kolei pociąga za sobą konieczność zapewnienia pełnego uwłaszczenia grupy, której ten tytuł przysługuje³⁹. Jednak, o ile mi wiadomo, zastosowanie tych zasad w życiu i codziennej praktyce dalekie jest od obrazu, jaki stwarzają decyzje sądowe i ich interpretacje.

Czy zatem tytuł Indian do ziemi (*Indian interest*), opisany przez sędziego Dicksona w decyzji *Guerin*, jako „prawo do zajmowania i posiadania terytoriów” jest takim samym prawem, jak *fee simple*? Z szeregu orzeczeń zdecydowanie wynika, że nie. Wobec tego, co oznacza powoływana przez sądy i licznych autorów „zasada równości”, jak również sama „równość” wobec prawa? Czy jest to równość pomiędzy wszystkimi obywatelami tego samego państwa, czy też specyficzna odmiana równości, która dzieli tych obywateli? Ponadto, czy równość ma oznaczać, że rdzenni mieszkańcy mają otrzymać dokładnie takie same uprawnienia, jak pozostali obywatele Kanady? Być może właściwe reguły sprawiedliwej równości domagałyby się, że powinni otrzymać więcej. Wszak prawo niejednokrotnie, w imię równości i sprawiedliwego traktowania, uprzywilejowuje pewną grupę. Wydaje się to tylko pozornie sprzeczne, bowiem silniejsza ochrona słabszej strony (np. konsumentów) ma na celu wyrównanie przewagi, jaką posiada silniejsza (np. przedsiębiorcy). To właśnie może oznaczać prawdziwa równość.

Wydaje się, że idea wyodrębnienia praw ludności autochtonicznej, w tym m.in. *Aboriginal title*, ma (albo powinna mieć) na celu pewien rodzaj uprzywilejowania tych grup (dowodem może być choćby nadanie tym prawom rangi konstytucyjnej). Założeniem winno być stworzenie gwarancji tego, że Indianie mogą prowadzić tradycyjny sposób życia, kontynuować swe tradycje i zwyczaje, lecz mogą zdecydować się także na przejście europejskiego stylu życia. Odnoszę jednak wrażenie, iż omawiane orzeczenia w dużej mierze próbują wytlumaczyć i usprawiedliwić istniejącą dyskryminację oraz faktyczny brak równości. Profesor Bartlett również konkluduje, że Sąd Najwyższy Kanady niechętnie stwierdził, iż u podstaw *Aboriginal title* leżą zasady równości⁴⁰.

³⁵ *Ibidem*, s. 222.

³⁶ P. Macklem, *What's Law Got To Do With It? The Protection Of Aboriginal Title in Canada* (1997) 35 *Osgoode Hall Law Journal* 125, s. 128.

³⁷ R. H. Bartlett, *The Content of Aboriginal Title and Equality Before the Law* (1998) 61 *Sask. L.R.* 377.

³⁸ *Ibidem*, s. 380–381.

³⁹ *Ibidem*, s. 382.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 391.

II. NARUSZENIE ABORIGINAL TITLE

Aboriginal title, jako wyłączne uprawnienie do korzystania z określonego terytorium, jest chronione przed jakąkolwiek ingerencją oraz zakłóceniem w korzystaniu z tego prawa⁴¹. Profesor McNeil twierdzi, iż „jako prawu rzeczowemu, *Aboriginal title* przysługuje taka sama ochrona, jaką posiada każde inne prawo rzeczowe w Kanadzie”⁴². Jednakże ochrona ta nie jest nieograniczona. Autor powołuje orzeczenie *R. v. Sparrow*⁴³, w którym Sąd Najwyższy sformułował warunki, po których spełnieniu ustawodawca federalny może naruszyć *Aboriginal title*, jako jedno z szeregu praw przysługujących ludności Indiańskiej⁴⁴. Konieczne jest zatem, by władza państwowa udowodniła istnienie ważnego interesu prawnego uzasadniającego to naruszenie; ponadto wymagane jest, aby respektowane były zobowiązania Korony w stosunku do Indian (tzw. *fiduciary duty*). Ten ostatni warunek oznacza, że prawom ludności autochtońskiej należy nadać priorytet w stosunku do innych praw i interesów⁴⁵. Ochrona ta wynika z konstytucyjnej gwarancji praw Indian. Przed wprowadzeniem s. 35 (1), sąd w orzeczeniu *Calder* stwierdził, że brytyjski monarcha, jako suweren, ma prawo wprowadzać w życie ustawy, które umożliwiają przymusowe nabywanie ziem na cele publiczne, jednakże stosowne odszkodowanie musi zostać przyznane każdemu, kto mieszkając na takim terytorium posiadał w stosunku do niego tytuł z racji przynależności do rdzennej społeczności. Sądy będą zobowiązane przyznać mieszkańcom takich terytoriów właściwe do ich interesów odszkodowanie, nawet, jeśli rodzaj i natura tych interesów są nieznane prawu angielskiemu⁴⁶.

Profesor McNeil twierdzi, że w decyzji *Sparrow* oraz kolejnych orzeczeniach ochrona praw Indian została znacznie osłabiona⁴⁷. Mimo iż wydaje się, że prawa ludności rdzennej mogą być naruszone tylko w wyjątkowych okolicznościach i to jedynie za pośrednictwem ustawy, sąd stwierdził, że rozporządzenia federalne mogą ograniczać te prawa, jeśli jest to konieczne dla zaspokojenia ważnego interesu chronionego przez prawo (jak na przykład ochrona zasobów rybnych, bądź innych bogactw naturalnych). Rząd jest obowiązany wykazać, że jego działania są zgodne z powinnościami, jakie ma wobec Indian. Nie może jednak usprawiedliwić naruszenia praw autochtonów działając w „interesie publicznym” – który to termin jest zbyt szeroki i mało precyzyjny, aby uzasadnić ograniczenie praw gwarantowanych przez Konstytucję⁴⁸. Sąd stwierdził także, iż zasadność naruszenia musi opierać się na ocenie „czy naruszenie zostało dokonane w sposób minimalny, taki jedynie, aby osiągnięty został określony cel; czy w sytuacji wyłączenia przyznane zostało stosowne odszkodowanie; oraz czy dokonano konsultacji z grupą ludności, której praw naruszenie dotyczy”⁴⁹.

⁴¹ McNeil, *Defining Aboriginal Title...*, s. 16.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ (1990) 1 S.C.R. 1075 (dalej: *Sparrow*).

⁴⁴ McNeil, *Defining Aboriginal Title...*, s. 17.

⁴⁵ *Sparrow*, jw., s. 1113.

⁴⁶ *Calder*, jw., s. 380.

⁴⁷ McNeil, *Defining Aboriginal Title...*, s. 17.

⁴⁸ *Ibidem*, s. 18; *Sparrow*, jw., s. 1113.

⁴⁹ *Sparrow*, jw., s. 1119.

W 1996 roku w orzeczeniu *R. v. Gladstone*⁵⁰, sąd uznał za konieczne skorygować tekst ustanowiony w decyzji *Sparrow* oraz przystosować go do nowych potrzeb⁵¹ (połów ryb dla zdobycia pożywienia i celów ceremonialnych – w decyzji *Sparrow*, oraz połów ryb dla celów handlowych – w decyzji *Gladstone*). Sędzia Lamer wygłosił, że:

„Prawa autochtonów zostały uznane i potwierdzone przez s. 35 (1), aby pogodzić fakt istnienia odrębnych społeczeństw indiańskich przed przybyciem Europejczyków do Ameryki Północnej z jednoczesnym zapewnieniem Królewskiego zwierzchnictwa nad tym terytorium. (...) Jednakże, skoro te odrębne indiańskie grupy żyją w ramach i są częścią większej politycznej i ekonomicznej społeczności, w stosunku do której Korona jest zwierzchnikiem, istnieją okoliczności, uzasadniające wprowadzanie ograniczeń niektórych praw dla osiągnięcia ważnych dla całej społeczności celów. (...) Ograniczenia obejmujące prawa Indian są niezbędnym elementem pogodzenia dwu powołanych wartości, pod warunkiem, że cel, dla którego się je wprowadza stanowi istotne znaczenie dla szerszej społeczności”⁵².

Profesor McNeil uważa, że powyższe stwierdzenia są w istocie wprowadzeniem „interesu publicznego”, jako przesłanki uzasadniającej naruszenie praw Indian⁵³. Sugeruje on, iż orzeczenie to dopuszcza naruszenie praw autochtonów za pośrednictwem ustawodawstwa, dla celów dokonywania podziału bogactw naturalnych pomiędzy wszystkich członków społeczeństwa, co w efekcie jest przykładem dominacji praw nieuznanych wprost przez Konstytucję nad tymi, które są konstytucyjnie chronione⁵⁴.

Zagadnienie naruszenia praw Indian zostało również poruszone w orzeczeniu *Delgamuukw*, gdzie sędzia Lamer stwierdził, że pogodzenie faktu zamieszkiwania Ameryki Północnej przez społeczności rdzenne z zapewnieniem brytyjskiego zwierzchnictwa zakłada i usprawiedliwia naruszenie tych uprawnień⁵⁵. Sędzia posuwa się dalej w swym twierdzeniu i głosi, że rozwój rolnictwa, leśnictwa, górnictwa, itd., jak również ogólny rozwój określonego terytorium są wystarczającym uzasadnieniem dla dokonywania ograniczeń *Aboriginal title*⁵⁶. Takie podejście zdaje się cofać osiągniętą już pozycję *Aboriginal title*, jako prawa wyłącznego zajmowania terytorium, pozwalającego na „najpełniejsze z niego korzystanie zgodnie z przyjętym stylem życia” przez określoną grupę, bądź społeczność⁵⁷. Jest to również dalekie od zasad, dawno już przyjętych w orzecznictwie amerykańskim (sprawa *Mitchel v. United States*, 1835), gdzie uznano, że „ocena posiadania i zajmowania ziem przez ludność indiańską musi zakładać istnienie ich zwyczajów oraz stylu życia; ich terytoria łowieckie są w takim samym stopniu w ich posiadaniu, jak pola uprawne białych; a ich prawa do wyłącznego z nich korzystania w dowolnie obrany sposób i dla dowolnie wytyczonych celów są tak samo respektowane przez prawo (...)”⁵⁸.

⁵⁰ [1996] 2 S.C.R. 723 (dalej: *Gladstone*).

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Ibidem*, paragraf 73.

⁵³ McNeil, *Defining Aboriginal Title...*, jw., s. 18.

⁵⁴ *Ibidem*, s. 19.

⁵⁵ *Delgamuukw*, jw., § 165.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Bartlett, jw., s. 381–382.

⁵⁸ B. Slattery, ‘Some Thoughts on Aboriginal Title’ (1999) 48 U.N.B.L.J. 19, s. 25 (dalej: Slattery).

Skoro w orzeczeniu *Delgamuukw* zostało powiedziane, że treść *Aboriginal title* nie może zostać „zamrożona” do tradycyjnych tylko sposobów korzystania z ziemi⁵⁹, wydaje się zatem, iż zgodnie z zasadami interpretacji norm prawnych (zasada *a maiori ad minus*), prawa tego nie można ograniczać z racji, iż grunty nie są wykorzystywane w bardziej nowoczesny i wydajny sposób. Jeśli bowiem podmiotom przysługuje możliwość wykonywania szerszych uprawnień, tym bardziej mogą one wykonywać węższy ich zakres, a z pewnością nie powinny być pozbawione swych praw li tylko z powodu niewykorzystywania przysługujących im możliwości.

Wypowiedzi sędziego Lamera zostały poddane ostrej krytyce przez profesora McNeil. Autor ten porównuje uzasadnienie orzeczenia do „znanego powszechnie sposobu usprawiedliwiania procesów wywłaszczania ludności Indiańskiej w szczytowym okresie europejskiej kolonizacji wschodnich terenów Ameryki Północnej”⁶⁰. Jego oburzenie jest spowodowane faktem, iż „sędzia Lamer nie odwoływał się do sytuacji w XVII, bądź XVIII wieku, lecz wypowiadał się na temat czasów współczesnych i sytuacji obecnej, zaraz po tym, kiedy to w 1982 roku prawa autochtonów zyskały gwarancje konstytucyjne!”⁶¹. Profesor konkluduje, iż w praktyce ograniczenia praw Indian są dokonywane w celu sprzyjania interesom finansowym wielkich, międzynarodowych korporacji.

Wydaje się, że ta część orzeczenia *Delgamuukw* pogłębia wątpliwości co do rzeczowego charakteru *Aboriginal title*. Prawa rzeczowe są uprawnieniami bezwzględными, *erga omnes*, które posiadają ochronę przed jakimkolwiek zakłóceniem, czy ingerencją ze strony podmiotów nieuprawnionych, w tym również przed działaniami władzy publicznej, chyba że ta posiada wyraźne upoważnienie (zazwyczaj ustawowe, które z kolei oparte jest na normach konstytucyjnych). Natomiast *Aboriginal title*, mimo iż chroniony bezpośrednio przez Konstytucję Kanady, jest zdecydowanie bardziej podatny na ingerencje władzy wykonawczej, niż pozostałe prawa rzeczowe, co do których Konstytucja nie zawiera wyraźnych norm⁶².

Orzeczenie *Delgamuukw* przewiduje pewne ograniczenia dla dokonywania naruszeń, z których głównym jest obowiązek konsultowania decyzji z rdzenną ludnością; „natura i zakres obowiązku dokonywania konsultacji zależne są od okoliczności – w przypadkach, gdy naruszenie jest stosunkowo niewielkie, obowiązek ten ogranicza się jedynie do przedyskutowania decyzji, które zostaną podjęte w stosunku do terytorium objętego *Aboriginal title*; (...) inne sytuacje mogą natomiast wymagać pełnej zgody zainteresowanej społeczności”⁶³. Sąd podkreśla obowiązek przeprowadzania konsultacji w dobrej wierze. Omawiana decyzja podejmuje także kwestię odszkodowania, uznając je za niezbędny element działania zgodnego z prawem. Wysokość odszkodowania zależna jest od charakteru konkretnego *Aboriginal title* oraz od stopnia dotkliwości jego naruszenia⁶⁴.

K. McNeil zauważa, że rozważania sędziego Lamera zakładają, iż prawo Indian do ziemi może być ograniczone tak przez działania Parlamentu federalnego, jak również

⁵⁹ R.H. Bartlett, *iw.*, s. 382.

⁶⁰ McNeil, *Defining Aboriginal Title...*, s. 20.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Ibidem*, s. 21.

⁶³ *Delgamuukw*, *iw.*, paragraf 168.

⁶⁴ *Ibidem*, paragraf 169.

przez legislatury poszczególnych prowincji⁶⁵. To jednakże pozostaje w sprzeczności z s. 91 i 92 ustawy konstytucyjnej z 1867 roku, które dokonują wyraźnego podziału kompetencji ustawodawczych pomiędzy Parlament, a legislatury prowincji⁶⁶. S. 91 (4) powierza Parlamentowi wyłączne uprawnienia ustawodawcze w kwestiach „Indian i terytoriów przeznaczonych dla Indian”⁶⁷. Mimo że z kolei s. 92 (13) nadaje prowincjom wyłączność decydowania w sprawach „własności i innych praw obywateli na terytorium prowincji”⁶⁸, w orzeczeniu *Delgamuukw* wyraźnie stwierdzono, że tereny objęte *Aboriginal title* są włączone w zakres pojęcia „terytoriów przeznaczonych dla Indian”⁶⁹. Autor zwracając uwagę na tę sprzeczność, stwierdza, że prowincje nie mają prawa ingerować w istniejące uprawnienia Indian do terytoriów, ponieważ należy to do wyłącznej jurysdykcji federalnej i jest niezgodne z zasadą zabraniającą prowincjom wprowadzania norm w dziedzinach będących domeną Parlamentu federalnego. Konkluzją autora jest, iż Sąd Najwyższy będzie musiał powrócić do tego problemu w przyszłości, aby wyeliminować istniejącą nieścisłość⁷⁰.



W drugiej części niniejszego opracowania przedstawiona zostanie problematyka związana z uznawaniem przez sądy istnienia *Aboriginal title*. Próba szczegółowej analizy obejmie zasadnicze przesłanki oraz czynniki mające wpływ na decyzje sądów w materii praw ludności autochtonijskiej do ziemi.

⁶⁵ „(...) niektóre sytuacje mogą nawet wymagać pełnej zgody społeczności rdzennej, zwłaszcza, gdy prowincje wprowadzają przepisy regulujące polowania oraz połowy ryb w stosunku do terytoriów autochtonów”; *Ibidem*, paragraf 168.

⁶⁶ McNeil, *Defining Aboriginal Title...*, jw., s. 22.

⁶⁷ *The Constitution Act, 1867*.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ McNeil, *Defining Aboriginal Title...*, jw., s. 24; *Delgamuukw*, jw., paragraf 176.

⁷⁰ McNeil, *Defining Aboriginal Title...*, jw., s. 24–25.