

Agnieszka Machnicka

Prawo Indian do ziemi : dowód istnienia «Aboriginal title» w prawie kanadyjskim

Palestra 48/7-8(547-548), 187-194

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.



DRAWO ZA GRANICĄ

Agnieszka Machnicka

PRAWO INDIAN DO ZIEMI DOWÓD ISTNIENIA *ABORIGINAL TITLE* W PRAWIE KANADYJSKIM

Część II

W pierwszej części niniejszego opracowania (opublikowanej w numerze 5–6) zaprezentowane zostały podstawowe założenia w kwestii praw Indian do ziemi. Dokonana analiza *Aboriginal title* obejmowała w szczególności treść tego prawa, wraz ze składającymi się na nią ograniczeniami oraz charakter nadany mu przez ustawodawstwo i orzecznictwo.

I. PRZESŁANKI UZNANIA *ABORIGINAL TITLE*

Wymogiem ustalonym przez prawo kanadyjskie jest, iż grupa autochtonów, która domaga się uznania *Aboriginal title* musi udowodnić jego istnienie. Kwestia dowodu *Aboriginal title* została szczegółowo uregulowana w decyzji *Delgamuukw*. Lecz przed dokładną analizą zasad ustanowionych w tej fundamentalnej decyzji, chciałabym przedstawić stan istniejący przed jej podjęciem.

W 1980 roku, Sąd Federalny Kanady wydał decyzję w sprawie *Hamlet of Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*¹. Sąd oparł swoje orzeczenie w kwestii

¹ *Hamlet of Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development* (1980) 1 F.C. 518 (dalej: *Baker Lake*).



dowodu na wcześniejszych decyzjach Sądu Najwyższego Kanady (*Kruger v. The Queen, Calder*), jak również tych, wydanych przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych². Sąd stwierdził, iż w celu uznania *Aboriginal title* na gruncie *common law*, powód musi udowodnić istnienie czterech elementów. Po pierwsze należy udowodnić fakt, że powód oraz jego przodkowie byli członkami zorganizowanej społeczności. Ten wymóg był również przewidziany w orzeczeniu *Calder*, gdzie sędzia Judson podkreślił stwierdzenie „zorganizowane społeczności”. Pojawiło się to także w wypowiedzi sędziego Hall w amerykańskiej sprawie *Worcester v. The State of Georgia* – „posiadający własne instytucje i rządzący się swoimi istniejącymi prawami”³. Kolejnym wymogiem jest, aby owa zorganizowana społeczność zajmowała określone terytorium, co do którego rości istnienie *Aboriginal title*⁴. Sąd wyjaśnia, że natura, zakres i

stopień fizycznej obecności społeczności Indiańskiej na takim terytorium powinna być oceniana odrębnie dla każdego przypadku⁵. Trzeci element, który należy wykazać, to wykluczenie innych społeczności z zajmowanego terytorium. Czwarty natomiast, to fakt, iż zajmowanie terytorium było ewidentnym faktem w chwili przejmowania zwierzchności przez Anglię⁶.

Omawiana decyzja uznana została za syntezę dotychczasowych zasad regulujących dowód istnienia *Aboriginal title*⁷. Profesor Elliott zauważa, że sędzia Mahoney ustalając powyższe zasady nie miał iluzji co do ich łatwego stosowania w przyszłości. Autor twierdzi, iż dokumentacja w sprawach o udowodnienie istnienia *Aboriginal title* stawia sąd w sytuacji, w której pisemne środki dowodowe są rzadkością, a sędziowie muszą opierać się na historycznych, antropologicznych i archeologicznych dowodach, a co za tym idzie podejmować bardzo subiektywne decyzje⁸.

Następnie, decyzja *Delgamuukw*, w części dotyczącej dowodu *Aboriginal title*, wyjaśniła i rozwiązała niektóre aspekty tego zagadnienia. Sąd ustalił trzy kryteria, które muszą być spełnione, aby można było stwierdzić istnienie *Aboriginal title*⁹.

² *Ibidem*, § 80.

³ *Ibidem*, § 81.

⁴ *Ibidem*, § 80.

⁵ *Ibidem*, § 89.

⁶ *Ibidem*, § 80.

⁷ D.W. Elliott, *Baker Lake and the Concept of Aboriginal Title* (1980) 18 Osgoode Hall L.J. 653, s. 663 (dalej: Elliott).

⁸ *Ibidem*, s. 658.

⁹ *Delgamuukw v. British Columbia* (1997) 3 S.C.R. 1010, s. 1017 (dalej: *Delgamuukw*).

Zajmowanie terytorium

Pierwszym kryterium jest fakt zajmowania terytorium przez grupę autochtońską przed objęciem ziem pod zwierzchnictwo Korony brytyjskiej. Jako że *Aboriginal title* jest obciążeniem tytułu przysługującego Koronie, jego istnienie skryształowało się w momencie objęcia zwierzchnictwa przez Koronę. Ponadto, zdaniem sądu, moment objęcia zwierzchnictwa brytyjskiego jest łatwiejszy do określenia, niż moment faktycznego kontaktu z kolonizatorami europejskimi¹⁰. Profesor Slattery zwraca uwagę, iż kryterium zwierzchnictwa jest dosyć niejasne¹¹. Bowiern od początku obecności Europejczyków na kontynencie amerykańskim, Anglia i Francja, jak również inne kraje wysuwały roszczenia do ogromnych obszarów, jednak żadne z tych państw nie dokonało ich faktycznego zajęcia, a co za tym idzie nie objęło zwierzchnictwa nad tymi terytoriami. Ponadto, porozumienia, które te kraje zawierały między sobą nie powinny mieć wpływu na prawa stron trzecich – ludności autochtońskiej. W związku z tym, chwila sugerowanego zwierzchnictwa może różnić się znacznie od momentu faktycznego jego objęcia¹². W opinii autora właściwym momentem odniesienia jest data, w której monarchia brytyjska rzeczywiście objęła zwierzchnictwo nad ludnością Indiańską i jej terytorium¹³.

Na gruncie *common law* fakt fizycznego zajmowania jest dowodem posiadania, które z kolei ustanawia domniemanie tytułu do ziemi¹⁴. Dlatego tak istotne jest ustalenie faktycznego zajmowania ziemi. Zajmowanie terytorium może przejawiać się w rozmaity sposób, jak na przykład: budowanie mieszkań, uprawianie pól, polowanie, połów ryb, czy też eksploatawanie bogactw naturalnych. Posiadanie, konieczne do przyznania tytułu, jest określane na podstawie takich kryteriów, jak wielkość grupy, sposób życia, środki utrzymania, techniczne możliwości eksploataowania ziemi oraz charakter samego terytorium¹⁵. Sędzia La Forest podkreśla, że zajmowanie odnosi się nie tylko do wiosek oraz stale zajmowanych powierzchni, lecz również do odległych ziem, jeśli służyły do prowadzenia tradycyjnego stylu życia¹⁶.

Przewodniczący składu sądu wyróżnia tutaj *Aboriginal title* spośród innych praw autochtonów (prawo do polowania, połowu ryb), ponieważ tytuł ten wynika z zajmowania terytorium, podczas gdy inne prawa takiego związku nie mają¹⁷. Okoliczności towarzyszące, jak fakt utraty posiadania mogą mieć również istotne znaczenie¹⁸. Jeśli grupa autochtońska, już w okresie zwierzchnictwa, zajmowała określone terytorium, a następnie przeniosła się w inne miejsce, ciągłość posiadania wciąż istnieje, bowiem posiadanie obecnego obszaru, jest związane z zajmowaniem poprzedniego, w okresie poprzedzającym kolonizację (sędzia La Forest). Tak samo oceniana jest sytuacja, w której ziemia będące we władaniu jednej grupy przeszły we władanie innej, w drodze podboju, cesji, czy zamiany¹⁹.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ B. Slattery, *Some Thoughts on Aboriginal Title* (1999) 48 U.N.B.L.J. 19, s. 26 (dalej: Slattery).

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Mc Neil, *Common Law Aboriginal Title*, cytowany (w:) Delgamuukw, jw., s. 1101.

¹⁵ B. Slattery, *Understanding Aboriginal Rights*, cytowany (w:) Delgamuukw, jw., s. 1102.

¹⁶ Slattery, jw., s. 24–25.

¹⁷ 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. 15 (dalej: McNeil, *Defining Aboriginal Title...*)

¹⁸ Delgamuukw, jw., s. 1018.

¹⁹ Slattery, jw., s. 28.

Sędzia Lamer stwierdza, iż skoro źródło *Aboriginal title* tkwi tak w *common law*, jak i w autochtonskim podejściu do kwestii ziemi, obie perspektywy powinny być brane pod uwagę przy ustalaniu dowodu posiadania²⁰. Ustanowione przez społeczności Indiańskie reguły prawne, są elementem istotnym do ustalenia posiadania ziemi. Profesor Slattery zauważa, że różnica pomiędzy podejściem właściwym dla *common law*, a tym, które reprezentują autochtoni jest widoczna w odniesieniu do odległych, bądź rzadko uczęszczanych miejsc, jak na przykład szczyty gór. Według *common law*, które wymaga bezpośredniej, fizycznej obecności, ustalenie *Aboriginal title* w stosunku do takich miejsc byłoby niezwykle trudne, natomiast według reguł autochtonów, wspomniane terytoria stanowią część obszaru należącego do określonej społeczności²¹.

Sędzia przewodniczący czyni odniesienia do decyzji *Van der Peet* oraz *Adams*, gdzie sam stwierdził, że żądania w stosunku do ziemi są uzasadnione, jeśli grupa może wykazać, iż jej związek z danym terytorium jest elementem o doniosłym znaczeniu dla jej kultury. Mimo że ten wymóg nie został włączony do szeregu przesłanek, wydaje się, że powinien być brany pod uwagę dla oceny dowodu istnienia *Aboriginal title*²². Sędzia La Forest podkreśla, że grupa autochtonów musi określić zajmowane terytorium. Jednakże czasami może to być niemożliwe, zwłaszcza, gdy w grę wchodzi rozległe terytoria. Wówczas wytyczenie szczegółowych granic może się dokonać na mocy późniejszych negocjacji pomiędzy grupą autochtonów, a stroną rządową²³.

Ciągłość posiadania

Drugi element wymaga, iż jeśli obecne posiadanie ma służyć za dowód posiadania istniejącego w okresie przed kolonizacją, musi istnieć ciągłość pomiędzy obecnym i wcześniejszym posiadaniem²⁴. Ten element został ustanowiony, bowiem jak stwierdza sąd – wykazanie przekonującego dowodu posiadania w okresie przed kolonizacją może się okazać trudne. Zatem, dodatkowe wymaganie ciągłości pomiędzy obecnym, a poprzednim posiadaniem jest oczywiste. Nie oznacza to jednakże wymogu ustalenia nieprzerwanego ciągu posiadania pomiędzy obecnym, a poprzednim stanem. Sąd uznaje, iż takie wymaganie byłoby niesprawiedliwe z racji, iż kolonizatorzy w praktyce bardzo często nie respektowali praw Indian do ziemi²⁵. Istotne jest rzeczywiste podtrzymywanie związku z terytorium (jak uznano w australijskiej sprawie *Mabo v. Queensland*, 1992), choć natura i sposób posiadania mogła się zmienić pomiędzy okresem kolonizacji, a chwilą obecną²⁶.

Brian Slattery słusznie zauważa, iż uzasadnienie sądu zawiera pewne sprzeczności. Powyższe wymaganie jest bowiem ustanowione dla sytuacji, w której brak wystarczających dowodów poprzedniego posiadania, zatem udowodnienie historycznego związku pomiędzy przeszłością, a teraźniejszością nie będzie możliwe właśnie z braku tych dowodów²⁷.

²⁰ *Delgamuukw*, jw., s. 1017.

²¹ Slattery, jw., s. 23–24.

²² *Delgamuukw*, jw., s. 1095.

²³ Slattery, jw., s. 26; *Delgamuukw*, jw., s. 1128–29.

²⁴ *Delgamuukw*, jw., s. 1102.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Slattery, jw., s. 32.

Sąd jest jednakże gotów zaakceptować współczesny dowód, jeśli jest on pewny i godny zaufania²⁸.

Wyłączność posiadania

Ostatnim kryterium, koniecznym do przyznania *Aboriginal title* jest wyłączność posiadania określonego terytorium, już w okresie zwierzchnictwa brytyjskiego. Profesor Slattery zauważa, że to kryterium jest ściśle związane z wymogiem zajmowania terytoriów w okresie przedkolonizacyjnym²⁹. Wyłączność oznacza zdolność wykluczenia innych grup z zajmowanego terytorium. Powodem, dla którego wymóg ten został ustanowiony jest wyeliminowanie sytuacji, w której można przyznać *Aboriginal title*, w stosunku do tego samego obszaru na rzecz więcej, niż jednej grupy autochtonskiej. Sąd kładzie taki sam nacisk na rozwiązania, które niesie ze sobą *common law*, jak i na perspektywę właściwą ludności rdzennej³⁰. Wyłączność, jako zasada właściwa dla systemu *common law*, wynikająca z prawa własności (*fee simple ownership*), została przeniesiona do instytucji *Aboriginal title*; sąd zastrzega, wszakże, iż porównanie to winno być dokonane ze szczególną ostrożnością. Należy zauważyć, że wyłączne posiadanie może być wykazane tylko, gdy określona grupa zajmowała, bądź uczęszczała na określone terytorium. Wyłączność jest zatem zademonstrowana poprzez wolę i możliwość utrzymania wyłącznej kontroli³¹.

Sąd wspominał także kwestię wspólnego tytułu (*joint title*), jednakże pozostawił ten problem do rozwiązania na gruncie kolejnych decyzji. To zagadnienie wydaje się niezwykle istotne, gdyż, jak zauważa profesor Slattery niektóre obszary mogły być wykorzystywane, jako terytoria łowne, przez różne grupy, lecz żadna z nich nie wykazywała wyłączności co do takich obszarów. W chwili obecnej te uprawnienia będą chronione co najmniej na podstawie s. 35(1), jako konstytucyjne prawa autochtonów³².

II. ONUS PROBANDI W SPRAWACH O ABORIGINAL TITLE

Kolejnym zagadnieniem związanym z ustaleniem istnienia *Aboriginal title* jest ciężar dowodu. Wedle ogólnej zasady, ciężar dowodu spoczywa na stronie, która domaga się ustalenia istnienia określonych praw. W sprawach o przyznanie *Aboriginal title*, grupa autochtonów, która twierdzi, że przysługuje jej taki tytuł musi udowodnić jego istnienie. Jeśli istnienie prawa zostało udowodnione, dowód jego wygaśnięcia przechodzi na stronę przeciwną³³.

Profesor McNeil próbuje znaleźć wytłumaczenie dla faktu obciążenia ludności rdzennej koniecznością udowodnienia swych praw. Wydaje się to pewną niekonsekwencją, skoro przecież „każdy wie, że społeczności rdzenne były tutaj pierwsze”³⁴. Wytłumaczeniem może być fakt, iż *common law* przyznaje Koronie podstawowy tytuł prawny do wszelkich

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*, s. 23.

³⁰ Delgamuukw, jw., s. 1106.

³¹ McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, cytowany (w:) Delgamuukw, s. 1108.

³² Slattery, jw., s. 29–30.

³³ *Ibidem*, s. 22.

³⁴ K. McNeil, *The Onus of Proof of Aboriginal Title* (1990) 37 Osgoode Hall L.J. 775, s. 777 (dalej: *The Onus of Proof...*).

terytoriów zajmowanych przez poddanych. Tytuł, jaki posiada monarchia jest kwestią prawną, zaś prawa własności oraz posiadanie są w stosunku do praw Korony uznane za stany faktyczne, zatem dowód ich istnienia spoczywa na stronach domagających się ich ustalenia³⁵. Inny powód, dla którego Sąd Najwyższy w sprawie *Delgamuukw* nie oparł się na domniemaniu zajmowania przez społeczności rdzenne terytorium Kanady, posiada charakter polityczny i ekonomiczny. Skorzystanie z tego domniemania prowadziłoby do konkluzji, iż cały obszar Kanady należy do ludności autochtońskiej, a to mogłoby zagrażać trwałości i bezpieczeństwu państwa³⁶.

Autor poszukuje również innych motywów takiego rozwiązania. *Aboriginal title* odnosi się do określonych terytoriów, będących we władaniu poszczególnych społeczności, nie zaś do całego terytorium państwa kanadyjskiego. Zatem nawet, jeśli zaakceptować domniemanie posiadania ziem przez Indian, konieczne byłoby, w celu wyłonienia aktualnych posiadaczy tego prawa, udowodnienie, która ze społeczności zajmowała konkretne obszary³⁷. Jurydycznym uzasadnieniem jest to, iż rdzenne społeczności są zazwyczaj powodami w sprawach o ustalenie *Aboriginal title*, więc wedle zasad prawa procesowego, do nich należy udowodnienie faktów, na których opierają swe żądania³⁸.

Profesor McNeil konkluduje, iż pomimo ewidentnej niesprawiedliwości takiego rozwiązania, które przyznaje Koronie tytuł prawny, a na społeczności autochtońskie nakłada obowiązek udowodnienia *Aboriginal title*, wydaje się, tak z racji prawnych, jak i faktycznych, mało prawdopodobne, aby Sąd Najwyższy zmienił swoje podejście. Podkreśla on jednocześnie, iż autochtoni, w celu udowodnienia swojego prawa, powinni korzystać z dobrodziejstwa dwóch zasad *common law*. Po pierwsze – domniemanie tytułu prawnego wynikające z faktu posiadania, a po drugie – posiadanie, jako tytuł w stosunku do każdego podmiotu, który nie jest w stanie udowodnić, że posiada większe uprawnienie. Udowodnienie posiadania ziem w przeszłości, bądź obecnie powinno prowadzić do domniemania, iż narodowości autochtońskie posiadają ważny tytuł, a dowód posiadania większego uprawnienia powinien spoczywać na stronie reprezentującej monarchię³⁹.

UWAGI KOŃCOWE

Common law wyróżnia szereg form, dających uprawnienia w stosunku do nieruchomości. Monarcha formalnie posiada podstawowy tytuł prawny do wszystkich ziem, natomiast obywatelom przysługują prawa rzeczowe do nieruchomości⁴⁰. Najszerzym uprawnieniem w stosunku do rzeczy nieruchomości jest wspomniane już *fee simple*. Charakteryzuje się ono tym, iż nie jest ograniczone w czasie, daje uprawnienia do pełnego korzystania z przedmiotu tego prawa, swobodę dokonywania rozporządzeń (tak *inter vivos*, jak i *mortis causa*).

³⁵ *Ibidem*, s. 778.

³⁶ *Ibidem*, s. 780.

³⁷ *Ibidem*, s. 780–781.

³⁸ *Ibidem*, s. 781.

³⁹ *Ibidem*, s. 800–801.

⁴⁰ C. Forcese, *Property Law, Introduction to Real Property and Aboriginal Land Rights*, Faculty of Law, Common Law Section, University of Ottawa, 1998–99. s. 51, dalej: Forcese.

Jedynym ograniczeniem jest obowiązek powstrzymywania się od wyrządzania szkód innym podmiotom, oraz ograniczenia przewidziane przez ustawy⁴¹. Jest to zatem prawo odpowiadające kontynentalnemu prawu własności.

Różnice pomiędzy kształtem *fee simple*, a *Aboriginal title* są ogromne. Jediną wspólną cechą obu praw jest to, iż dotyczą one nieruchomości, co do których podstawowy tytuł przysługuje monarchii. W stosunku do nieruchomości znajdujących się w obszarach rezerwatów, ustawa *Indian Act*⁴² przewiduje to w s. 18 („rezerwaty należą do Korony, która zarządza nimi w celu zaspokajania potrzeb i na korzyść poszczególnych plemion”⁴³).

Podstawową różnicą w stosunku do prawa własności (*fee simple*) jest to, iż *Aboriginal title* jest prawem kolektywnym, przysługującym grupie, bądź społeczności, a nie indywidualnym podmiotom. Kolejną różnicą, a jednocześnie ogromnym ograniczeniem, jest niezbywalny charakter tego prawa. Zbycie może nastąpić jedynie na rzecz monarchii. *Indian Act* przewiduje, iż terytoria znajdujące się w ramach rezerwatów mogą zostać zbyte na rzecz osób trzecich dopiero wówczas, gdy tytuł do nich przeniesiony zostanie całkowicie na monarchę (s. 37). Inne ograniczenia w stosunku do *Aboriginal title* to te, które w decyzji *Delgamuukw* opisane zostały, jako nieodłączne i właściwe dla tego prawa, oraz przewidziana przez prawo możliwość naruszenia *Aboriginal title* przez władze państwowe.

Pomimo iż obydwie te instytucje prawne wydają się niezwykle odległe od siebie pod względem treści, do tego stopnia, iż można zastanawiać się czy *Aboriginal title* jest prawem rzeczowym, czy też prawem obligacyjnym (tyle, że przysługującym grupie), sądy niejednokrotnie, poprzez porównanie niektórych cech *Aboriginal title* do *fee simple*, dają wyraz przekonaniu, iż oba prawa są zbliżone do siebie. Wszakże, za każdym razem podkreślają istniejące rozgraniczenie między nimi oraz fakt, iż są to odrębne instytucje. Można zastanawiać się dlaczego sądy dokonują odniesienia do *fee simple*, skoro jednocześnie wykluczają możliwość tożsamości obydwu praw. Być może jest to swego rodzaju polityczny chwyt, który ma jedynie sprawić wrażenie, iż *Aboriginal title* oraz *fee simple* mają wiele wspólnego, podczas gdy w istocie tak nie jest.

Zastanowienia wymaga również inne zagadnienie, a mianowicie, czy jest właściwe to, iż kształt *Aboriginal title* ustalony został przez europejskich kolonizatorów. Choć sądy podkreślają, iż autochtońskie pojęcie własności jest brane pod uwagę, a w niektórych sytuacjach zgoda ludności rdzennej jest niezbędna, to jednak kształt i treść tego prawa zostały wyznaczone przez sądy, sądy reprezentujące Koronę Brytyjską.

Aboriginal title jest również odległy od koncepcji prawa własności, jaka jest właściwa kontynentalnym systemom prawnym. Wydaje się zatem, iż jest to szczególny typ prawa, nie dający się porównać do żadnego z istniejących w ramach współczesnych systemów prawnych. Można pokusić się o stwierdzenie, iż prawo to zostało skonstruowane dla zaspokojenia istniejących potrzeb, a jego cechy pozwalają funkcjonować tak w systemie *common law*, jak i w systemie prawa cywilnego prowincji Quebec, bez kolizji z istniejącymi prawami rzeczowymi.

Przegląd współczesnego orzecznictwa w odniesieniu do *Aboriginal title* prowadzi do wniosku, iż osiągnięte rozwiązania są niezwykle zawiłe. Choć generalnie wydają się logicz-

⁴¹ “Aboriginal Perspectives in Land”, *Treaty Making in the Spirit of Co-existence*, (w:) Forcese, jw.

⁴² *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5.

⁴³ *Ibidem*.

ne, niejednokrotnie prowadzą do niejasnych rozwiązań. Można powiedzieć, że te zasady są dalekie od satysfakcjonujących, nie gwarantują bowiem pełnej niezależności i materialnego zabezpieczenia ludności autochtońskiej.

Odrębnym zagadnieniem jest właściwe stosowanie tych zasad przez sądy w codziennej praktyce. Wydaje się, że sposób stosowania norm prawnych jest w pewnym sensie zależny i powiązany z naturą tych norm, to znaczy, że są one bardziej lub mniej podatne na błędną interpretację, czy też łatwo mogą zostać zignorowane. Spojrzenie na orzecznictwo sądów niższych instancji sprawia wrażenie, iż subiektywna ocena sędziego może prowadzić do zupełnie sprzecznych rezultatów, a decydująca jest chęć i gotowość uznania, iż *Aboriginal title* w danych okolicznościach istnieje, bądź nie. Przykładem może być orzeczenie sądu apelacyjnego Nowego Brunswiku w sprawie *R. v. Bernard*⁴⁴. W sprawie tej uznano, iż pozwany, członek plemienia Mi'kmaq, zarejestrowany zgodnie z wymaganiami *Indian Act*, dokonywał nielegalnego wycięcia drzewa. On sam twierdził, iż posiadał prawo do wycinania drzewa w celach handlowych; prawo to bowiem stanowi część przysługującego jego wspólnocie *Aboriginal title*. Sąd jednak nie uznał przedstawionych dowodów istnienia *Aboriginal title* za wystarczające, biorąc wszelkie wątpliwości, w tym brak wyczerpującej dokumentacji, etc., na niekorzyść strony pozwanej.

„Ludność autochtońska znajduje się na samym dole drabiny społecznej i ekonomicznej; jest ona ofiarą trwającej całe wieki polityki rasizmu i dyskryminacji, jest ona pozbawiona najbardziej podstawowych praw człowieka przysługujących pozostałym obywatelom Kanady”⁴⁵. Choć stwierdzenie to wydaje się niezwykle kategoryczne, a prawda leży z pewnością pośrodku, takie spojrzenie powinno być motywacją do podjęcia poważnych kroków w kierunku osiągnięcia bardziej sprawiedliwych rozwiązań. W 1973 roku Komisja badawcza do spraw terytorium prowincji Quebec wyraziła opinię, iż rezerwy są anachroniczną formą, która odzwierciedla paternalistyczne i dyskryminujące zarazem podejście do ludności autochtońskiej. Jednakże dotychczas nic nie zostało zmienione.

Można zadać pytanie, czy właściwe byłoby uprzywilejowanie ludności autochtońskiej w świetle prawa. Fakt, że pozostali odrębni, pomimo europejskiej okupacji ich terytoriów oraz przymusowej integracji z kulturą europejską, wskazuje, że autochtoni oraz ich własna kultura z niezwykłą determinacją bronią swojej silnie zakorzenionej odrębności. Zatem ta kultura oraz reprezentująca ją ludność, tak szczególnie przynależna do tego kontynentu powinna zostać uszanowana we właściwy sposób, czego odzwierciedleniem byłyby odpowiednie prawne uregulowania. Idea taka zdaje się mieć charakter uniwersalny. W ramach Komisji Narodów Zjednoczonych do spraw zapobiegania dyskryminacji i ochrony mniejszości został opracowany projekt Deklaracji Praw Ludności Autochtońskiej⁴⁶. W artykułach 25–27 zawarte są normy dotyczące uprawnień do terytoriów, między innymi zasada, iż „ludność autochtońska ma prawo do posiadania na własność, kontroli i swobodnego korzystania z ziem i terytoriów...”⁴⁷. Wszelako, idea ta wydaje się dosyć odległa od obecnego stanu.

⁴⁴ [2000] 3 C.N.L.R. 184, [2001] N.B.Q.B. 82.

⁴⁵ B. Swankey, *Native Land Claims. For a Just Settlement* (Toronto: Communist Party of Canada, 1980), s. 5.

⁴⁶ J. J. Borrows & L. I. Rotman, *Aboriginal Legal Issues. Cases, Materials & Commentary*, Butterworths: Toronto and Vancouver, 1998, s. 727.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 734.