

Le titre aborigène : émergence d'une figure nouvelle et durable du foncier autochtone ?

Ghislain Otis

Volume 46, Number 4, 2005

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043868ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043868ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Otis, G. (2005). Le titre aborigène : émergence d'une figure nouvelle et durable du foncier autochtone ? *Les Cahiers de droit*, 46(4), 795–845.
<https://doi.org/10.7202/043868ar>

Article abstract

In the following paper, the author analyzes the central issues raised by the recognition of aboriginal title under State law. He offers answers to the many unresolved issues concerning the sources of aboriginal title, its conditions of existence and attributes. Concerning the sources of aboriginal title, the author highlights the Supreme Court's stato-centric approach to the definition of aboriginal rights and argues, in particular, that the doctrine of continuity of pre-colonial law has more of a metaphoric rather than operational meaning. As for the conditions of the title's existence, the author concludes that they still remain sufficiently undetermined as to generate legal insecurity and allow judges to conduct, under the guise of an assessment of the historical record, contemporary socio-economic arbitrations between indigenous peoples and the non-indigenous majority. Finally, the analysis of the attributes of aboriginal title brings to light the uncertainty which persists with regard to several fundamental issues, such as, for example, the identity of the holder of title. This uncertainty of the law, as well as the failure of the Supreme Court of Canada to reconcile aboriginal title with modernity, cast doubt on the capacity of indigenous peoples to develop their lands according to their contemporary priorities.

Le titre aborigène : émergence d'une figure nouvelle et durable du foncier autochtone ?

Ghislain OTIS*

L'auteur analyse dans l'article qui suit les principales questions soulevées par la reconnaissance du titre aborigène ou ancestral des peuples autochtones par le droit étatique. Il examine successivement les sources du titre aborigène, ses conditions d'existence et ses attributs en tentant d'offrir des réponses aux nombreuses questions encore irrésolues. S'agissant des sources du titre, l'auteur fait ressortir l'approche stato-centrique de la jurisprudence dans la définition des droits ancestraux et avance notamment que la doctrine de continuité du droit précolonial revêt un sens métaphorique plutôt qu'opérationnel. Quant aux conditions d'existence du titre, l'auteur conclut qu'elles restent encore suffisamment indéterminées pour créer une situation d'insécurité foncière et permettre aux juges d'opérer, sous le couvert d'une appréciation du dossier historique, des arbitrages socioéconomiques contemporains entre autochtones et non-autochtones. Finalement, l'étude des attributs du titre aborigène met en exergue l'incertitude qui perdure relativement à plusieurs enjeux fondamentaux, dont l'identité même du détenteur du patrimoine ancestral. Cette indétermination du droit, ainsi que la difficulté qu'éprouve la Cour suprême du Canada à inscrire la tenure autochtone dans la modernité foncière, laissent également planer le doute sur la capacité des autochtones de mettre en valeur leurs terres en fonction de leurs priorités de développement.

In the following paper, the author analyzes the central issues raised by the recognition of aboriginal title under State law. He offers answers to the many unresolved issues concerning the sources of aboriginal title,

* Professeur titulaire, Faculté de droit, Université Laval.

its conditions of existence and attributes. Concerning the sources of aboriginal title, the author highlights the Supreme Court's stato-centric approach to the definition of aboriginal rights and argues, in particular, that the doctrine of continuity of pre-colonial law has more of a metaphoric rather than operational meaning. As for the conditions of the title's existence, the author concludes that they still remain sufficiently undetermined as to generate legal insecurity and allow judges to conduct, under the guise of an assessment of the historical record, contemporary socio-economic arbitrations between indigenous peoples and the non-indigenous majority. Finally, the analysis of the attributes of aboriginal title brings to light the uncertainty which persists with regard to several fundamental issues, such as, for example, the identity of the holder of title. This uncertainty of the law, as well as the failure of the Supreme Court of Canada to reconcile aboriginal title with modernity, cast doubt on the capacity of indigenous peoples to develop their lands according to their contemporary priorities.

	<i>Pages</i>
1 Les sources du titre aborigène	799
1.1 De la « découverte » à la constitutionnalisation des droits ancestraux	799
1.2 Le titre aborigène : une tenure originaire	801
1.3 La continuité comme métaphore	802
2 Les conditions d'existence du titre aborigène	808
2.1 Une occupation traditionnelle suffisante	809
2.2 Une occupation exclusive	811
2.3 Une occupation antérieure à l'affirmation de souveraineté	815
2.4 Une occupation qui doit avoir persisté jusqu'à aujourd'hui ?	820
3 Les attributs du titre aborigène	823
3.1 Un titre de groupe ou communautaire	823
3.1.1 Le nécessaire rattachement à une communauté historique : la généalogie culturelle	824
3.1.2 Les critères de détermination du groupe contemporain titulaire du titre	827
3.1.3 Les droits individuels dérivés du titre communautaire	828
3.2 Un titre « insusceptible » d'« exo-transmission »	829
3.2.1 L'exclusivité autochtone comme fondement de l'interdit d'aliéner	829
3.2.2 Les conséquences de l'inaliénabilité du titre	834

3.3	Un titre porteur d'une maîtrise de l'espace foncier.....	836
3.3.1	Une maîtrise exclusive de l'espace foncier.....	836
3.3.2	La maîtrise d'un espace foncier global.....	838
3.3.3	Une maîtrise foncière indifférenciée.....	838
3.3.4	Une maîtrise contrainte par l'intangibilité des affectations fondatrices : « la limite intrinsèque ».....	839
3.3.5	Une maîtrise uniforme.....	843
Conclusion	844

Comment expliquer que le titre aborigène, doctrine aux origines presque aussi anciennes que la présence de la Couronne britannique en Amérique du Nord, paraisse, aux yeux de bon nombre de juristes, entièrement neuf et nimbé de mystère ? Nul doute, c'est parce que, tout comme l'ensemble des droits ancestraux, le titre originaire autochtone est en quelque sorte un rescapé, voire un miraculé, de l'histoire politico-juridique du pays. Inopinément mis au jour par les juges et le constituant à la fin du xx^e siècle, le titre aborigène était, jusqu'à très récemment, resté en « dormance » et sans substance dans le droit étatique en raison de l'acharnement des autorités à l'éteindre ou à l'occulter.

Il faut en effet se rappeler que, si aux xvii^e et xviii^e siècles les puissances coloniales européennes se sont affrontées, au prix de lourds sacrifices humains et financiers, sur les champs de bataille de l'Amérique, cela n'a pas été pour laisser le continent aux « Indiens¹ ». Aussi, la reconnaissance initiale des droits des autochtones sur leurs terres traditionnelles par la Couronne britannique n'a-t-elle été qu'un repli tactique dans une stratégie d'occupation européenne du territoire tenue pour inéluctable. La reconnaissance du foncier autochtone par le droit colonial ne pouvait dès

1. C'est une réalité historique qu'évoque avec candeur la Cour suprême lorsqu'elle déclare dans l'affaire *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, 1071, que « le désir de la Couronne britannique de coloniser et d'utiliser à son profit les terres conquises ne peut non plus faire de doute. Murray s'employait depuis des années à une guerre qui avait pour but d'agrandir les richesses, les ressources et l'influence de la Grande-Bretagne. Il n'aurait vraisemblablement pas accordé, sans plus de précision, des droits absolus qui pouvaient paralyser la Couronne dans l'utilisation des nouveaux territoires conquis. » Dans la même optique, la Cour refusait récemment d'interpréter la *Proclamation royale de 1763*, L.R.C. 1985, app. II, n^o 1, comme réservant la Nouvelle-Écosse aux Mi'kmaq puisque « les projets de colonisation de la Nouvelle-Écosse s'en seraient [alors] trouvés anéantis » : voir *R. c. Marshall* ; *R. c. Bernard*, 2005 CSC 43, par. 95 [ci-après cité l'affaire « *Marshall III* »].

lors qu'être provisoire et transitoire en attendant sa dissolution à la faveur d'ententes, ou par le travail d'acculturation des populations indigènes².

Le cours des événements ayant contrarié la destinée que le colonisateur assignait à l'« Indien », les revendications foncières et politiques des peuples autochtones ont ressurgi sur le devant de la scène. Cette résurgence s'explique notamment par le fait que, pendant des générations, la société dominante a poursuivi l'occupation et l'utilisation des terres sans vraiment se demander si le titre autochtone originaire pouvait y faire obstacle et alors même que, sur une grande partie du territoire, aucun traité n'avait préalablement réglé la question. Aujourd'hui, il incombe aux institutions étatiques, dont les juges, de donner *a posteriori* un sens aux droits ancestraux, de leur frayer un chemin, par un travail « à rebours », dans de riches entrelacs de droits fonciers sur des espaces de plus en plus mobilisés pour le développement du pays.

Fortement sollicités, notamment en raison des dysfonctionnements du processus de négociation politique, les juges travaillent selon une méthode que nous pourrions qualifier d'expérimentale, à partir de matériaux juridiques bruts et rudimentaires sans pouvoir puiser à un corpus jurisprudentiel et doctrinal issu d'une longue expérience pratique de la tenure ancestrale par les acteurs du droit étatique. Et c'est ainsi qu'émerge laborieusement, tel un spectre sorti du brouillard des mémoires oubliées, la figure nouvelle du foncier qu'est le titre aborigène, à la faveur d'un exercice dont l'enjeu n'est rien de moins que le partage de la richesse, du pouvoir et de la légitimité historique.

En saisissant le juge de la question de leurs droits ancestraux, les autochtones deviennent *de facto* des acteurs du système étatique de production de norme. Un décalage peut toutefois persister entre la légalité de l'ordre constitutionnel et sa légitimité, et la légalité même peut revêtir diverses acceptions selon qu'est adoptée une perspective étatique ou extra-étatique. Notre article n'aborde toutefois pas la question fondamentale de la légitimité de l'ordre étatique du point de vue des autochtones³. Il s'agit

2. La *Proclamation royale de 1763*, précitée, note 1, qui contient la première reconnaissance constitutionnelle des droits historiques des peuples autochtones sur leurs territoires traditionnels, précise que la protection qui en découle vaut « for the present, and until our further Pleasure be known » et met en place toutes les conditions juridiques permettant l'extinction de ces droits dans l'avenir.

3. Pour une remise en cause de la légalité et de la légitimité de l'affirmation unilatérale de souveraineté de la Couronne à l'égard des peuples autochtones, voir notamment : J. BORROWS, « Sovereignty's Alchemy: An Analysis of *Delgamuukw v. British Columbia* », (1999) 37 *Osgoode Hall L.J.* 537; J. BORROWS, *Recovering Canada. The Resurgence of Indigenous Law*, Toronto, University of Toronto Press, 2002.

plutôt ici d'analyser de manière critique la conception que se font les institutions étatiques des droits historiques des premiers occupants.

Les pages qui suivent contiennent une présentation synthétique et analytique des principales questions que soulève la définition contemporaine du titre aborigène dans la sphère étatique. Notre propos se divise en trois grandes rubriques : les sources du titre aborigène (1), ses conditions d'existence (2) et ses attributs (3).

1 Les sources du titre aborigène

1.1 De la « découverte » à la constitutionnalisation des droits ancestraux

Au regard de l'histoire du droit occidental en Amérique, la reconnaissance étatique de droits ancestraux des peuples autochtones trouve son origine dans la *real politik* ayant amené les autorités coloniales britanniques à renoncer à une application canonique de la *terra nullius* afin, d'abord, d'assurer la sécurité et le développement des colonies anglaises et, ensuite, de forger des alliances militaires avec les indigènes dans la quête d'hégémonie en Amérique du Nord⁴. Cette pratique est devenue une politique officielle relevant des autorités impériales au milieu du XVIII^e siècle et a été solennellement codifiée dans la *Proclamation royale de 1763* après la Conquête du Canada⁵. L'intégration de cette politique dans la common law a d'abord été opérée par le juge en chef Marshall de la Cour suprême des États-Unis qui, au début du XIX^e siècle, a articulé la doctrine dite de la « découverte » pour rendre compte à la fois de la souveraineté de l'État sur les peuples autochtones et de la persistance de droits d'origine précoloniale en faveur de ces peuples⁶. La Cour suprême du Canada a reconnu, à la fin du XX^e siècle, la pertinence du droit de la découverte comme fondement en common law d'un titre ancestral au Canada⁷.

4. Voir A. ÉMOND, « Les mutations de la “découverte” ou l'émergence des droits des peuples autochtones en droit colonial britannique », dans G. OTIS (dir.), *Droit, territoire et gouvernance des peuples autochtones*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2004, p. 13.

5. J. STAGG, *Anglo-Indian Relations in North America to 1763: An Analysis of the Royal Proclamation of 7 October 1763*, Ottawa, Centre de la recherche historique, Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1981; J. WEBBER, « Rapports de force, rapports de justice: la genèse d'une communauté normative entre colonisateurs et colonisés », dans J.-G. BELLEY (dir.), *Le droit soluble: contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996.

6. *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. 543 (1823); *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. 515 (1832).

7. *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Guérin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, 377-378; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 35-37. Toutefois, les tribunaux ne s'inspireront de la théorie de la découverte élaborée par

Lorsqu'en 1982, contraint par une conjoncture juridique et politique favorable aux autochtones⁸, le constituant s'est préoccupé à nouveau de la question, il a donc inscrit dans la loi fondamentale des droits déjà admis par la common law bien qu'ils aient été sans substance connue, ce qui a fait dire aux juges de la Cour suprême que l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁹ a «constitutionnalisé les droits que les peuples autochtones possédaient en common law¹⁰». Ils ont ajouté, cependant, que la common law n'épuise pas nécessairement le contenu des droits visés par l'article 35, ce qui donne ainsi une certaine portée autonome à la disposition constitutionnelle¹¹.

D'aucuns se sont appuyés sur cette autonomie potentielle de l'article 35 pour avancer l'idée d'une dualité de régimes de protection des droits ancestraux en droit étatique : il y aurait, d'une part, l'article 35 qui fonderait un régime ayant valeur constitutionnelle et, d'autre part, la common law qui reconnaîtrait des droits en marge de la disposition constitutionnelle et selon des règles différentes. La logique dualiste ferait qu'un droit ancestral qui ne serait pas reconnu par la Constitution pourrait tout de même l'être en application de la common law coloniale¹².

Pourtant, il ressort clairement de la position de la Cour suprême que celle-ci considère l'article 35 comme un code complet en matière de droits ancestraux englobant intégralement la common law mais pouvant s'étendre au-delà de celle-ci dans des situations encore indéterminées. En d'autres termes, lorsqu'elle définit les droits ancestraux aux fins de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la plus haute juridiction du pays s'attache à définir *tous* les droits ancestraux reconnus par le droit étatique canadien.

le juge Marshall que pour dégager les fondements historiques et les principes généraux applicables au Canada.

8. Dans l'affaire *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précitée, note 7, la Cour suprême avait reconnu la persistance d'un titre aborigène au Canada, ce qui a donné un souffle nouveau et fort aux revendications territoriales ainsi qu'aux négociations politiques s'y rapportant.
9. *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11). Le premier paragraphe de l'article 35 dispose laconiquement ceci : «Les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés».
10. Voir notamment : *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 133 ; *Mitchell c. M.N.R.*, [2001] 1 R.C.S. 911, par. 11.
11. *Delgamuukw*, précitée, note 10, par. 136 ; *Mitchell*, précitée, note 10.
12. M.D. WALTERS, «The "Golden Thread" of Continuity: Aboriginal Customs at Common Law and Under the Constitution Act, 1982», (1999) 44 *McGill L.J.* 711 ; R. MAINVILLE, *An Overview of Aboriginal and Treaty Rights and Compensation for their Breach*, Saskatoon, Purich Publishing, 2001, p. 24-31.

Il reste encore à comprendre comment se fait la jonction du droit étatique et des droits ancestraux et, plus particulièrement, à mettre en évidence les éléments de référence normatifs qui permettent au juge de définir ces droits de manière à les opérationnaliser dans la sphère étatique. Parce que cette question des sources normatives du titre aborigène a une incidence déterminante sur ses conditions d'existence et ses attributs, il importe de l'examiner en premier lieu.

1.2 Le titre aborigène : une tenure originaire

L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* « reconnaît et confirme » les droits ancestraux, y compris le titre aborigène¹³ des peuples autochtones. La terminologie employée par le constituant n'est pas fortuite, car le principe de « reconnaissance » suppose que le droit étatique rend légitime et effective une situation préexistante¹⁴. C'est ainsi que les droits ancestraux ne puisent pas leur source dans une concession ou une attribution de l'État mais dans la validation par celui-ci de droits dont les origines lui sont en principe étrangères¹⁵. La Cour suprême a consacré sans ambages le fondement pré-étatique du titre ancestral qui est dès lors tenu pour originaire, ou encore « inhérent », par opposition aux droits fonciers des autres citoyens qui ne peuvent être, en principe, que dérivés du titre de la Couronne¹⁶.

Pour exprimer l'ancestralité de la tenure aborigène, c'est-à-dire le fait que les autochtones sont réputés tenir la terre des ancêtres plutôt que de l'État, le droit étatique postule que le titre des autochtones se superpose *ab initio* au titre sous-jacent que la Couronne tire de l'acquisition de la souveraineté sur le territoire¹⁷. Le titre aborigène ferait de la sorte exception au principe de la domanialité foncière selon lequel la terre appartient au

13. Le titre aborigène n'est qu'une des manifestations de la doctrine des droits ancestraux ; voir : *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, par. 25-29 ; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 137-139 ; *Marshall III*, précité, note 1, par. 38.

14. « Reconnaissance : 1. Acte par lequel une personne déclare tenir pour établie une situation de fait ou de droit préexistante qui la concerne » : H. REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2001, p. 467.

15. *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245, par. 75.

16. Selon la Cour suprême, « [l]e titre aborigène a un caractère *sui generis* parce qu'il découle d'une possession antérieure à l'affirmation de la souveraineté britannique, tandis que les domaines ordinaires, comme le fief simple, ont pris naissance par la suite ». Le plus haut tribunal canadien ajoute que « le titre aborigène existait avant la colonisation par les Britanniques et à continué d'exister après les revendications de souveraineté britanniques » : voir *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 114. Voir aussi, notamment, *Guérin c. La Reine*, précité, note 7, 378.

17. *Guérin c. La Reine*, précité, note 7, 379-380 ; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 145.

souverain sous réserve de concessions consenties par ce dernier¹⁸. En l'absence de convention ou de traité, la délimitation du domaine ancestral n'est pas consignée dans un document ayant valeur officielle, pas plus qu'elle n'a fait l'objet d'une publicité. Cette indétermination spatiale de l'emprise aborigène n'est d'ailleurs pas étrangère à l'insécurité foncière qui, pour l'État, ses cessionnaires et les autochtones, résulte de sa reconnaissance.

1.3 La continuité comme métaphore

En « reconnaissant » et en « confirmant » le titre ancestral, le droit de l'État affirme la persistance de ce titre par-delà l'événement capital qu'est l'affirmation de la souveraineté coloniale. Cependant, cela revient-il à admettre également la reconduction dans la sphère étatique de l'ordre juridique d'origine précoloniale qui définirait encore aujourd'hui les attributs et la portée du titre autochtone ? Des auteurs ont défendu l'idée de lier la réception des droits ancestraux au principe ancien du droit impérial britannique, exprimé dans l'affaire *Campbell v. Hall*¹⁹, voulant que le droit en vigueur dans certains territoires intégrés au domaine de la Couronne — la *lex loci* — continue de s'appliquer sous réserve de l'ordre public ou d'un acte formel exprimant la volonté contraire du souverain²⁰. Lorsqu'il a été appliqué dans les colonies africaines et asiatiques, ce principe de continuité semble avoir le plus souvent donné lieu à un système de personnalité des lois soumettant les indigènes à la *lex loci* et les colons à la loi britannique²¹.

Certains passages de la jurisprudence de la Cour suprême pourraient donner à penser que le droit étatique n'a fait, effectivement, que

18. Selon les principes de base du droit domanial, « toutes les terres qui n'ont pas été explicitement concédées sous un régime ou sous un autre demeurent la propriété de la Couronne » : voir P. LABRECQUE, *Le domaine public foncier au Québec: traité de droit domanial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 31. Le professeur McNeil a toutefois démontré que cet aspect du droit domanial repose parfois sur une fiction et qu'il y a été dérogé, dans certains contextes coloniaux, au profit de non-autochtones afin de reconnaître les effets d'une possession de longue date antérieure à l'affirmation de souveraineté : voir K. MCNEIL, *Common Law Aboriginal Title*, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 147-157.

19. *Campbell v. Hall*, (1774) 1 Cowp. 204, 98 E.R. 848 (K.B.).

20. M.D. WALTERS, *loc. cit.*, note 12 ; R.L. BARSH, « Indigenous Rights and the *Lex Loci* in British Imperial Law », dans K. WILKINS (dir.), *Advancing Aboriginal Claims: Visions, Strategies, Directions*, Saskatoon, Purich Publishing, 2004, p. 91. Pour une analyse de principe de continuité, voir K. MCNEIL, *op. cit.*, note 18, p. 179-192.

21. Voir notamment R.L. BARSH, *loc. cit.*, note 20, p. 101-105 ; S. GRAMMOND, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles et Montréal, Bruylant et Éditions Yvon Blais, 2003, p. 178-181.

maintenir en vigueur, nonobstant l'avènement de la Couronne, les lois ancestrales autochtones. Ainsi, dans l'affaire *Mitchell c. M.N.R.*, la juge en chef McLaughlin, avec l'appui de la majorité des juges, décrit dans les termes suivants le fondement des droits ancestraux dans le droit colonial britannique :

Le droit anglais, qui a fini par régir les droits des peuples autochtones, acceptait que les Autochtones possédaient des lois et des intérêts préexistants, et reconnaissait leur maintien s'ils n'étaient pas éteints par la cession, la conquête ou la loi [...] l'établissement des Européens n'a pas mis fin aux intérêts des peuples autochtones qui découlaient de leur occupation et de leur utilisation historiques du territoire. Au contraire, les intérêts et les lois coutumières autochtones étaient présumés survivre à l'affirmation de souveraineté, et ont été incorporés dans la common law en tant que droits, sauf si : (1) ils étaient incompatibles avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne ; (2) ils avaient été cédés volontairement par traité ; ou (3) le gouvernement les avait éteints : voir B. Slattery, « Understanding Aboriginal Rights » (1987), 66 *R. du B. can.* 727. En dehors de ces exceptions, les pratiques, coutumes et traditions qui définissaient les diverses sociétés autochtones comme des cultures distinctives continuaient de faire partie du droit canadien²².

La juge en chef mentionne plus loin « le principe de la continuité qui a régi l'absorption des lois et coutumes autochtones dans le nouveau régime juridique dès l'affirmation de la souveraineté de la Couronne sur la région²³ ». Or il existe un indéniable décalage entre ce discours de la pérennité des lois autochtones et la méthode invariablement utilisée par la Cour suprême, y compris dans l'affaire *Mitchell* précitée, pour définir les droits ancestraux.

En effet, au moment de dégager les tenants et aboutissants du régime applicable à ces droits, la Cour suprême ne prétend pas juger en vertu des règles de droit d'origine précoloniale d'une quelconque communauté autochtone²⁴. Les juges s'attachent plutôt à atteindre l'objectif politique propre à l'ordre constitutionnel canadien qui est, selon la Cour suprême, de concilier la préexistence des autochtones avec la société issue de la souveraineté de la Couronne²⁵. S'agissant du titre aborigène, tant ses conditions d'existence que ses attributs ont été définis par les juges sans que ceux-ci prétendent donner effet à un système juridique autochtone dont la normativité directe aurait été « continuée » dans l'ordre étatique. Nul principe « endogène » ou « originel » tiré d'un ordre précolonial particulier n'est mobilisé pour définir le titre en droit étatique comme une maîtrise exclusive

22. *Mitchell c. M.N.R.*, précité, note 10, par. 9-10.

23. *Id.*, par. 62.

24. Pour une analyse plus fouillée de cette question, voir G. OTIS, « Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones », (1999) 40 *C. de D.* 591.

25. *R. c. Van der Peet*, précité, note 7, par. 43.

et générale, bien qu'elle soit relative, de la terre et du sous-sol²⁶. Aucune référence, non plus, aux traditions juridiques ancestrales pour étayer le principe de modulation ou de gradation des droits en fonction de l'intensité d'usage précolonial de la terre et qui permet de distinguer le titre, en tant que maîtrise foncière, de simples droits de prélèvement de ressources sur les terres du domaine public à des fins particulières²⁷.

Certes, la Cour suprême admet la nécessité de tenir compte du point de vue autochtone dans le traitement d'une revendication et, dès lors, l'opportunité de faire référence aux régimes juridiques autochtones traditionnels comme représentations de la perspective autochtone dans l'application des conditions d'existence des droits ancestraux dégagées par les juges étatiques²⁸. Cependant, les limites des droits autochtones endogènes comme source matérielle du titre ancestral apparaissent bien à la lecture des motifs rédigés par les juges de la Cour suprême dans l'affaire *Marshall III*. La Cour suprême devait notamment décider dans ce cas si certaines communautés mi'kmaques détenaient un titre aborigène sur des parties importantes des provinces de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick. Le débat devant la Cour suprême a porté largement sur les conditions d'existence du titre aborigène et sur leur application aux peuples traditionnellement nomades ou semi-nomades.

S'exprimant au nom des cinq juges majoritaires, la juge en chef affirme qu'il doit toujours y avoir un degré suffisant de concordance entre les pratiques précoloniales relatives au territoire et la nature du droit ancestral revendiqué en droit étatique—que la Cour suprême appelle le « droit moderne » :

[Le] tribunal doit examiner la pratique autochtone antérieure à l'affirmation de la souveraineté et la transposer en un droit moderne. Le processus commence par l'examen de la nature et de l'étendue de la pratique autochtone en question et se poursuit par la recherche du droit qui lui correspond en common law. Ainsi, le processus permet d'établir la nature et l'étendue du droit moderne et concilie les perspectives autochtone et européenne²⁹.

Puisqu'en droit « moderne » le titre aborigène consiste en une maîtrise exclusive de la terre ressemblant, sous ce rapport, à un droit de propriété,

26. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 117.

27. *R. c. Adams*, précité, note 13, par. 26; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 35-39; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 159; *Marshall III*, précité, note 1, par. 59.

28. Par exemple, on pourra tenir compte des règles de droit autochtones concernant un territoire comme indice d'une occupation traditionnelle de ce territoire : voir G. OTIS, *loc. cit.*, note 24, 609-610.

29. *Marshall III*, précité, note 1, par. 51.

l'usage précolonial doit avoir été de la nature du contrôle exclusif du territoire revendiqué³⁰. Si la Cour suprême avait défini autrement le titre dans l'affaire *Delgamuukw*, le critère d'occupation aurait pu être moins onéreux. De même, puisque le droit moderne ou étatique applique un principe de gradation des droits ancestraux selon l'intensité de l'usage traditionnel, le groupe revendiquant un titre doit démontrer une occupation précoloniale suffisante pour que ses prérogatives foncières aillent au-delà de droits limités de prélèvement³¹. Pour qualifier les pratiques précoloniales, les tribunaux adopteront une approche empreinte de flexibilité et tiendront compte du mode de vie spécifique des autochtones et, le cas échéant de leurs régimes fonciers³². Cependant, cette prise en considération du point de vue autochtone reste subordonnée à la définition des droits ancestraux en droit étatique ou moderne.

Dès lors qu'il apparaît que la référence, dans les motifs des juges majoritaires dans l'affaire *Marshall III*, à la «common law» ou au «droit moderne» sert à désigner le corpus singulier élaboré aux fins de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et non pas nécessairement le droit commun des biens appliqué à la population non autochtone, il ne saurait être question d'imputer à la Cour suprême une volonté de rompre avec le principe fondamental de l'originalité ou du caractère *sui generis* du titre aborigène.

Sans récuser les attributs du titre aborigène en «droit moderne» mis en avant dans l'affaire *Delgamuukw*, le juge LeBel, exprimant aussi l'opinion du juge Fish, estime que la seule manière de rendre justice au rapport unique que les peuples nomades ou semi-nomades entretenaient avec la terre est de «recourir à des conceptions autochtones de territorialité, d'utilisation du territoire et de propriété³³» pour «définir la norme nécessaire pour établir le titre aborigène³⁴». Les juges minoritaires accordent donc un rôle très important aux traditions juridiques autochtones dans l'application du critère d'occupation en droit étatique puisque le titre des autochtones témoigne, selon eux, «de leur rapport avec les territoires et de leurs lois coutumières en matière de droit de propriété³⁵». Pour le juge LeBel, le degré d'occupation physique du territoire par un peuple autochtone avant

30. *Id.*, par. 57. Voir aussi *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 57.

31. *Marshall III*, précité, note 1, par. 59 et 77.

32. *Id.*, par. 50, 68, 69 et 70.

33. *Id.*, par. 127.

34. *Id.*, par. 131.

35. *Id.*, par. 130, 132, 134 et 139.

la souveraineté de la Couronne « ne représente pas le critère déterminant », car « le rapport qu'entretient le groupe avec le territoire prévaut »³⁶.

Bien qu'elle soit motivée par le noble souci d'éviter une exigence trop stricte d'occupation physique qui pénaliserait systématiquement les peuples nomades ou semi-nomades³⁷ en occultant la complexité et la richesse de leur rapport à la terre³⁸, cette approche, qui donne un poids déterminant à la conception précoloniale du foncier, n'est pas exempte de difficultés majeures. D'une part, elle pourrait paradoxalement desservir les autochtones qui, aujourd'hui, souhaiteraient jouir du titre aborigène tel qu'il a été défini en droit étatique dans l'affaire *Delgamuukw*. En effet, dès lors que leurs représentations précoloniales de la terre ne sont pas compatibles avec une conception géométrique et exclusiviste de l'espace, qui est une dimension essentielle du titre aborigène en droit étatique³⁹, nul ne saurait, sans méconnaître la perspective autochtone, imposer une cartographie foncière qui lui serait par hypothèse étrangère. D'autre part, dans le cas où le territorialité traditionnelle d'un groupe nomade nouerait un lien sacré ou culturellement fondamental avec l'ensemble des terres que ses membres ont fréquentées avant l'avènement de la Couronne, le principe de gradation des droits, pourtant central à la doctrine étatique des droits ancestraux, pourrait être fortement mis à mal. Or le juge LeBel ne conteste nulle part ouvertement le bien-fondé de ce principe.

Il appert que, pour qu'elle puisse se développer et porter tous ses fruits, la méthode prônée par les juges minoritaires devrait être assortie d'une remise en cause d'aspects importants du régime étatique des droits ancestraux, un pas que même ces juges ne semblent pas prêts à franchir. En revanche, comme nous l'expliquerons plus loin, la majorité dans l'affaire *Marshall III* aurait pu, sans provoquer de bouleversement dans les principes, mieux intégrer la spécificité foncière des nomades à la mise en œuvre de ces principes.

36. *Id.*, par. 136.

37. Le juge LeBel craint même une application *de facto* de la *terra nullius*: voir *Marshall III*, précité, note 1, par. 132 et 134. Il ne faudrait toutefois pas oublier que l'absence de titre foncier exclusif en faveur d'un peuple autochtone ne signifie pas le déni total de droit de premier occupant sur les terres traditionnellement utilisées avant l'arrivée de la Couronne puisque, selon le principe de gradation des droits, des droits sur les ressources peuvent exister indépendamment de la maîtrise du fonds de terre comme tel.

38. Pour une étude fouillée du rapport qu'un peuple nomade ou semi-nomade entretenait avec la terre avant l'arrivée des Européens, voir J.P. LACASSE, *Les Innus et le territoire: Innu tipenitamun*, Québec, Septentrion, 2004, p. 1-45.

39. C'est une dimension que les juges minoritaires ne prétendent d'ailleurs pas remettre en question.

En définitive, il semble évident que si les « lois » précoloniales sont « absorbées » ou ingérées par le droit étatique, comme l'affirme la Cour suprême dans l'affaire *Mitchell*, ce dernier n'a pas pour vocation de les restituer comme source formelle autonome de droits puisque la définition des droits ancestraux procède essentiellement du droit étatique et de sa finalité propre d'arbitrage contemporain entre les intérêts autochtones et ceux de la majorité.

Que signifie alors la « continuité » des droits ancestraux confusément affirmée par la Cour suprême ? La reconnaissance d'un titre originaire veut, dans son principe, exprimer l'antériorité foncière autochtone et donc l'origine précoloniale du rapport juridique des autochtones à la terre. C'est en raison de ce rapport préexistant que l'honneur de la Couronne exige qu'une maîtrise foncière leur soit aujourd'hui reconnue. Les autochtones contemporains sont, sur le plan discursif, réputés tenir leurs droits des ancêtres non pas parce ces droits donnent lieu à la réception pure et simple de l'ordre juridique ancestral mais selon une logique qui fait penser à une « créance foncière⁴⁰ » contractée au moment de l'affirmation de la souveraineté⁴¹, dont la cause est une situation précoloniale mais dont les modalités sont arrêtées conformément à un régime contemporain de droit étatique *sui generis*.

Le discours de la continuité participe donc d'abord et avant tout de la métaphore juridique. Il décline une représentation des droits ancestraux faisant l'économie d'une mise en possession coloniale et permet de la sorte au droit constitutionnel d'ancrer, sur le plan symbolique, la tenure foncière autochtone dans une légitimité pré-étatique essentielle à la conscience identitaire de l'autochtonie.

Cette continuité métaphorique permet d'éluder les nombreux écueils d'une continuité, au sens propre, des ordres juridiques précoloniaux. En effet, s'il fallait considérer que, au moment de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, le droit colonial a maintenu en vigueur la *lex loci* en matière foncière, il serait *a priori* nécessaire de se demander à quelle condition le droit autochtone permet aux non-autochtones d'acquérir quelque

40. L'analogie avec une créance foncière s'est précisée à la faveur d'une conversation avec le professeur Sylvio Normand que je tiens à remercier pour ses commentaires lumineux.

41. Le respect des droits préexistants des peuples autochtones est un corollaire de l'obligation de la Couronne d'agir honorablement, laquelle obligation tire, selon la Cour suprême, « son origine de l'affirmation par la Couronne de sa souveraineté sur un peuple autochtone et l'exercice de fait de son autorité sur des terres et ressources qui étaient jusque-là sous l'autorité de ce peuple » : *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 32. Voir aussi *Mitchell c. M.N.R.*, précité, note 10, par. 9.

droit foncier— sous réserve d'une dérogation étatique valide. Or cette approche saperait le fondement même du droit domanial selon lequel les droits fonciers des colons découlent d'une concession de la Couronne et ne peuvent donc être définis par le droit autochtone d'origine précoloniale. On pourrait tenter d'appliquer un système de personnalité foncière en vertu duquel les autochtones seraient seuls soumis à la *lex loci* précoloniale, alors que le droit étatique régirait les droits fonciers des non-autochtones. Toutefois, une telle solution poserait le problème de la délimitation des espaces soumis aux différents régimes juridiques et du droit applicable aux fins de cette délimitation.

En outre, le principe de continuité pourrait receler un piège pour les autochtones eux-mêmes qui, pour établir l'existence d'un droit ancestral, auraient le lourd fardeau de prouver qu'au moment de l'affirmation de la souveraineté leur régime foncier leur conférait des droits précis dans un secteur particulier. Au surplus, comme le souligne le professeur McNeil, l'application intégrale du droit traditionnel autochtone ne serait pas toujours à l'avantage de certains groupes pour qui il pourrait être malaisé de démontrer l'existence de droits fonciers exclusifs dans le système juridique hérité des ancêtres⁴².

2 Les conditions d'existence du titre aborigène

Maîtrise exclusive et indifférenciée de la terre, le titre aborigène constitue « le droit ancestral supérieur⁴³ » et représente un capital foncier potentiellement très important bien que la loi puisse en restreindre parfois l'exercice. Ce titre sera désormais au premier plan des revendications autochtones. En effet, d'un point de vue autochtone, la reconnaissance de droits « inférieurs », c'est-à-dire ceux qui permettent de s'adonner à certaines activités de prélèvement sur les terres publiques, n'aura d'intérêt que si cette voie d'accès aux ressources devient nécessaire pour pallier l'absence de titre foncier sur une partie significative des terres traditionnelles. En conséquence, la valeur des « droits-activités » sera directement proportionnelle à la difficulté d'établir l'existence du titre aborigène.

N'assujettir la démonstration du titre aborigène qu'à des conditions minimales donnerait aux autochtones le contrôle d'espaces et des ressources considérables et pourrait dès lors fragiliser, voire menacer, les intérêts socioéconomiques de la majorité non autochtone. Si, au contraire,

42. K. MCNEIL, « The Post-Delgamuukw Nature and Content of Aboriginal Title », dans K. MCNEIL, *Emerging Justice? Essays on Indigenous Rights in Canada and Australia*, Saskatoon, University of Saskatchewan Native Law Center, 2001, p.102, à la page 108.

43. *Marshall III*, précité, note 1, par. 77.

les conditions sont trop onéreuses, l'importance de ce titre, si complet et supérieur soit-il, sera davantage illusoire que réelle. S'il s'avérait, par exemple, que le titre aborigène ne peut grever *grosso modo* que les terres de réserve existantes, l'affaire *Delgamuukw* aura été pour les autochtones une victoire à la Pyrrhus puisque cela n'aura fait que diminuer les droits de plusieurs communautés sur leurs réserves par l'entremise de la limite intrinsèque dont il sera question plus loin.

Il reste que les conditions d'existence du titre aborigène sont forcément tributaires du fait que ce titre est un droit de « premier occupant » qui trouve sa légitimité dans le principe d'« autochtonité » lui-même, c'est-à-dire dans la préexistence des peuples indigènes sur le territoire avant la colonisation européenne.

2.1 Une occupation traditionnelle suffisante

La Cour suprême est formelle, « les droits ancestraux peuvent varier en fonction de leur degré de rattachement au territoire⁴⁴ » de sorte que, à défaut de prouver un rattachement traditionnel suffisamment étroit avec les terres revendiquées, les autochtones pourront devoir se contenter de simples droits finalisés d'accès à des ressources. Dès lors, le degré de rattachement à la terre requis sera proportionnel à l'importance des droits revendiqués ; le titre aborigène étant la maîtrise foncière la plus complète, il en découlera pour les autochtones un fardeau de preuve plus onéreux que pour les autres droits⁴⁵.

La preuve d'une occupation physique de l'espace revendiqué aura un poids déterminant dans le calibrage des droits ancestraux⁴⁶, bien qu'elle puisse être renforcée, à titre complémentaire, par la preuve d'un rattachement à la terre exprimé dans les régimes fonciers préexistants⁴⁷. Aux yeux du juge de culture européenne, l'occupation ressortira clairement de la construction de villages, de l'aménagement de lieux de sépulture ou de la culture de champs. Si ces modes d'appropriation de la terre propres aux populations sédentaires et agricoles ne sont guère problématiques, qu'en est-il du mode de vie des chasseurs-cueilleurs nomades ou semi-nomades qui représentaient la grande majorité des peuples autochtones vivant sur le territoire devenu le Canada ?

Dans l'affaire *Delgamuukw*, le juge en chef envoie des signaux ambigus quant à la possibilité pour ces peuples de jouir d'un titre aborigène. D'une

44. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 139.

45. *Marshall III*, précité, note 1, par. 52, 53, 58, 59 et 77.

46. *Id.*, par. 56.

47. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 147-148.

part, il réitère ses propos tenus dans l'affaire *Adams* voulant qu'il ne soit pas certain que ces peuples nomades puissent revendiquer un titre lorsqu'ils « changeaient l'emplacement de leurs établissements [...] en fonction des saisons et des circonstances⁴⁸ ». D'autre part, il inclut dans les exemples d'occupation susceptible d'être jugée suffisante « l'utilisation régulière de secteurs bien définis du territoire pour y pratiquer la chasse, la pêche ou d'autres types d'exploitation de ses ressources⁴⁹ » et dit que le tribunal tiendra notamment compte de la taille du groupe, de son mode de vie, des ressources à sa disposition et de la nature du territoire⁵⁰. La Cour suprême tranche dans l'affaire *Marshall III* en confirmant que les peuples nomades ou semi-nomades capables d'établir qu'ils fréquentaient régulièrement un territoire pourront se voir reconnaître un titre sur celui-ci :

[La] possession, en common law, est un concept nuancé et contextuel. La question de savoir si la « possession physique » d'un territoire par un peuple nomade est suffisante pour conférer à ce peuple un titre sur ce territoire est une question de fait qui dépend de l'ensemble des circonstances, en particulier de la nature du territoire et de la façon dont il a été utilisé collectivement. Le passage dans un territoire ou son utilisation dans le cadre d'un mode de vie nomade ne fondera pas nécessairement un titre sur celui-ci [...] Il s'agira chaque fois de se demander si on a fait la preuve d'un degré d'occupation physique ou d'utilisation équivalent au titre en common law⁵¹.

Les juges majoritaires admettent ainsi « que l'exploitation des terres, des rivières ou du littoral marin pour la chasse et la pêche, ou la récolte d'autres ressources, peut se traduire en un titre aborigène sur le territoire si la pratique de l'activité était suffisamment régulière et exclusive pour fonder un titre en common law⁵² ». Pourtant, ils ajoutent que « le plus souvent, toutefois, la pratique de la chasse ou de la pêche saisonnière dans une région déterminée se traduira par un droit de chasse ou de pêche⁵³ ». Considérant la preuve présentée par les Mi'kmaq dans l'affaire *Bernard*, la Cour suprême conclut qu'elle permet tout au plus de supposer une fréquentation saisonnière du secteur, ce qui ne suffit pas, compte tenu de l'absence de preuve directe d'une occupation des lieux, pour conclure à la formation d'un titre⁵⁴.

48. *Id.*, par. 139.

49. *Id.*, par. 149.

50. En traitant la limite intrinsèque, le juge en chef mentionne clairement l'hypothèse d'un titre fondé sur des activités de chasse : voir *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 128.

51. *Marshall III*, précité, note 1, par. 66.

52. *Id.*, note 1, par. 58.

53. *Ibid.*

54. *Id.*, par. 82-83.

À première vue, il n'est pas sûr que la Cour suprême soit ici fidèle à sa propre injonction appelant les juges à se montrer accueillants et perméables à la perspective autochtone. Les activités saisonnières d'exploitation de la terre et des ressources peuvent, considérant l'ensemble des éléments pertinents, traduire un rapport intensif et essentiel au territoire⁵⁵. Abstraction faite des représentations symboliques et spirituelles du rapport ancestral à la terre pour ne retenir que la dimension matérielle ou physique, il se peut très bien que la fréquentation saisonnière d'un secteur ait constitué un usage intensif et régulier compte tenu des variables influant sur la disponibilité des ressources telles que la démographie, le climat et les diverses caractéristiques naturelles du territoire. Après tout, plusieurs activités d'exploitation non autochtones du territoire ne sont-elles pas elles-mêmes nécessairement saisonnières et intermittentes⁵⁶? Les motifs des juges majoritaires ne s'opposent pas, en réalité, à une telle conclusion puisqu'ils affirment sans équivoque que la nature de la preuve présentée dans chaque cas sera décisive.

Nous comprenons d'autant plus mal alors que ces magistrats aient jugé utile d'affirmer de manière quelque peu dogmatique qu'une activité saisonnière fondera « le plus souvent » de simples droits de prélèvement. Le dogmatisme en la matière pourrait créer entre les peuples autochtones des clivages et des inégalités foncières selon que leur mode de vie ancestral se rapprochait ou non de la culture occidentale. En effet, en raison de leur culture spécifique, certaines communautés métisses pratiquaient l'agriculture au moment de la mainmise effective des autorités sur le territoire, ce qui sera de nature à faciliter la preuve d'une occupation historique suffisante pour la reconnaissance d'un titre aborigène.

En somme, le jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Marshall III* n'empêche pas d'affirmer qu'un peuple nomade ou semi-nomade pourra prouver l'existence d'un titre aborigène sur des espaces plus considérables que les réserves actuelles, bien qu'il soit clair que tout emplacement fréquenté à un moment ou un autre par un groupe nomade ne sera pas grevé du titre aborigène. L'économie des peuples de chasseurs-cueilleurs

55. Pour une argumentation favorable aux peuples de chasseurs-cueilleurs comme les Innus, voir J.P. LACASSE, *op. cit.*, note 38, p. 187-190. Voir aussi B.J. BURKE, « Left Out in the Cold: The Problem with Aboriginal Title under Section 35 (1) of the *Constitutional Act, 1982* for the Historically Nomadic Aboriginal Peoples », (2000) 38 *Osgoode Hall L.J.* 1.

56. Le professeur Hamelin rappelle à ce propos qu'au Québec « les non-Autochtones d'aujourd'hui sont très loin d'occuper chacun des monts, versants, vallées et plateaux du Bouclier canadien et pourtant, ils donnent l'impression d'être partout chez eux ! » Voir L.-E. HAMELIN, « La dimension nordique de la géopolitique au Québec », *Globe. Revue internationale d'études québécoises*, vol. 8, 2005, p. 21.

reposait souvent sur l'usage systématique et régulier des grandes rivières et des lacs, de même que sur l'exploitation soutenue des ressources dans les zones côtières et riveraines avoisinant ces cours d'eau. Des secteurs particuliers — campements, lieux de rencontre, sites sacrés etc. —, répartis sur d'amples territoires, étaient régulièrement utilisés. Dans la foulée de l'affaire *Marshall III*, cependant, il est évident plus que jamais que les demandeurs autochtones devront présenter au tribunal la preuve la plus complète et la plus précise possible⁵⁷.

L'incertitude qui persiste quant à l'intensité de l'occupation précoloniale requise pour fonder un titre laisse aux juges une marge d'appréciation considérable dont ils pourront user pour opérer, sous le couvert de la pondération de la preuve, des arbitrages fonciers entre autochtones et non-autochtones. Ces arbitrages seront d'autant plus plausibles que, en cas de doute quant à la suffisance de l'occupation, les magistrats pourront se rabattre sur la solution d'entre-deux ou de compromis que constitue la reconnaissance de droits de prélèvement des ressources. Après tout, la Cour suprême elle-même répète depuis l'affaire *Van der Peet* qu'en appliquant l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* les juges doivent s'efforcer de concilier la préexistence des sociétés autochtones avec la réalité juridique et sociale issue de l'affirmation de la souveraineté européenne.

2.2 Une occupation exclusive

L'occupation précoloniale ne doit pas seulement avoir été suffisante, elle faut encore qu'elle ait été exclusive, exigence qu'impose logiquement l'exclusivité de la maîtrise foncière inhérente au titre aborigène⁵⁸ et qui distingue ce dernier des simples droits de prélèvement des ressources. À défaut de satisfaire à cette exigence, plusieurs groupes pourront jouir de droits-activités à l'égard des mêmes terres sans qu'aucun y détienne le titre foncier comme tel⁵⁹. La Cour suprême réitère dans l'affaire *Marshall III* que l'occupation exclusive ressort de « l'intention et de la capacité de garder le contrôle exclusif », alors que « des actes d'intrusion isolés ou la présence autorisée d'autres groupes autochtones ne portent pas atteinte à

57. Cette preuve devra comprendre notamment la tradition orale de la communauté, à condition que celle-ci soit pertinente et raisonnablement fiable; voir: *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 92-108; *Mitchell c. M.N.R.*, précité, note 10, par. 27-40; *Marshall III*, précité, note 1, par. 68.

58. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 155; *Marshall III*, précité, note 1, par. 57.

59. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 159; *Marshall III*, précité, note 1, par. 57.

l'exclusivité»⁶⁰. En revanche, des empiétements unilatéraux, réguliers et systématiques qu'un groupe n'aurait pas eu la volonté ni la capacité d'arrêter feraient obstacle à la reconnaissance d'un titre.

Dans les cas où existe la preuve directe d'une volonté de contrôler l'accès au territoire et son usage, il faudra pouvoir conclure que cette ambition se traduisait par une hégémonie véritable sur le terrain. En d'autres termes, il importera d'établir que le groupe revendicateur était à même de faire admettre ses prétentions par les tiers ou de leur imposer ces dernières. Bien que dans l'affaire *Delgamuukw* le juge en chef Lamer considère comme pertinent le recours au droit coutumier autochtone pour prouver l'exclusivité⁶¹, la seule existence de normes juridiques ne suffit pas. La présence fréquente et incontrôlée d'intrus fera échec à l'exclusivité malgré l'existence de prohibitions coutumières puisque la communauté n'avait pas la capacité d'assurer l'effectivité de ses prétentions juridiques⁶².

Certains peuples autochtones n'éprouveront guère de difficultés à prouver que leurs ancêtres ont affirmé et exercé concrètement à l'égard des tiers leur mainmise sur les terres revendiquées. D'autres, en revanche, pourraient ne pas disposer de preuves de cette nature, ce qui ne veut pas dire qu'il leur est interdit de prétendre aujourd'hui posséder un titre aborigène. Il ressort en effet des motifs des juges majoritaires dans l'affaire *Marshall III* que l'exclusion et la volonté d'exclure n'ont pas à être prouvées en tant que telles :

Souvent, aucune loi ou convention ne prévoit le droit d'exclure d'autres personnes, et il faut par conséquent en rechercher la preuve. Cependant, la recherche de preuves peut être une entreprise ardue. Il se peut que, la région étant peu peuplée, les conflits aient été rares ou inexistantes et il n'était pas nécessaire d'en exclure les étrangers. Ou il se peut que les sociétés en cause aient été pacifiques et aient décidé d'exercer leur contrôle par le partage plutôt que l'exclusion. Il est donc essentiel d'envisager la question de l'exclusion du point de vue autochtone⁶³. [...] Il s'ensuit qu'il n'est pas nécessaire de faire la preuve d'actes d'exclusion pour établir l'existence d'un titre aborigène. Il suffit de démontrer qu'un groupe a exercé un contrôle effectif sur un territoire, ce qui permet raisonnablement de conclure que le groupe pourrait avoir exclu d'autres personnes s'il l'avait voulu⁶⁴.

60. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 156; *Marshall III*, précité, note 1, par. 57.

61. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 157.

62. Voir A. ÉMOND, «L'affaire *Delgamuukw* ou la réactualisation du droit américain au regard des conditions d'existence et d'extinction du titre aborigène au Canada», (1998) 39 *C. de D.* 849, 861-862.

63. *Marshall III*, précité, note 1, par. 64.

64. *Id.*, par. 65.

Ainsi, en l'absence de preuve d'actes précis d'exclusion ou d'événements de nature à établir explicitement ou implicitement les droits du groupe revendicateur (traités, rencontres, cérémonies etc.), il faudra rechercher des éléments de preuve permettant d'inférer que ce groupe aurait pu, si telle avait été sa volonté, fixer les conditions d'accès des tiers au territoire, voire les en exclure. Cette façon de procéder, qui, en vérité, met l'accent sur la capacité présumée d'exclusion plutôt que sur la volonté effective d'exclure, permet d'éviter que les autochtones soient de nos jours les otages d'une culture ancestrale peu compatible avec l'exclusivisme propriétaire du monde occidental. Elle met de la sorte en relief l'intérêt d'affranchir le juge contemporain de toute obligation de conformité pointilleuse aux représentations foncières propres aux sociétés précolombiennes.

Tous les indices tendant à indiquer qu'un groupe était *de facto* prédominant dans la région, et donc à même d'exclure les tiers s'il en avait eu l'intention, seront pertinents. En voici quelques exemples : le fait que le groupe a été fortement majoritaire et que la présence avérée de tiers a été marginale ; le fait que le groupe majoritaire a occupé et exploité exclusivement, ou de manière prédominante, les points de passage stratégiques du territoire comme les emplacements donnant accès aux principales voies de navigation et aux autres sites assurant un accès privilégié aux ressources ; le fait que les incursions des tiers ont été de nature commerciale ; l'absence de revendication de droit sur le territoire de la part d'autres groupes⁶⁵ ; le fait que la culture du groupe revendicateur a infléchi celle des tiers présents sur le territoire⁶⁶. Le critère de l'occupation suffisante peut en outre interagir avec celui de l'exclusivité étant entendu que la présence intensive et régulière du groupe revendicateur sur les terres en cause comptera parmi les indicateurs d'une position prédominante à l'égard de ces terres.

Toutefois, il ne faudrait pas présumer qu'une présence saisonnière serait *a priori* incompatible avec l'idée d'exclusivité si d'autres indices de contrôle étaient relevés, dont l'occupation constante et exclusive des lieux stratégiques d'accès au territoire. C'est pourquoi il faudra examiner attentivement l'ensemble de la preuve dans une affaire donnée avant de conclure, comme le font les juges majoritaires dans l'affaire *Marshall III*, que « la saison terminée, toutefois, ils partaient et tout un chacun pouvait utiliser le territoire et y passer⁶⁷ ».

65. *Ibid.*

66. Force est de constater à cet égard la pertinence de l'expérience américaine : voir A. ÉMOND, *loc. cit.*, note 62, 863-864.

67. *Marshall III*, précité, note 1, par. 58.

Le droit d'exclure les tiers au moment de la souveraineté pourra enfin avoir été exercé conjointement par plus d'une communauté. Si ces communautés se reconnaissent mutuellement des droits sur le territoire à l'exclusion de tout autre groupe, elles pourront jouir d'un titre commun opposable aux autres communautés⁶⁸. Il n'y aura pas de titre commun possible, ni même de titre tout court, lorsque plusieurs communautés, au lieu de se reconnaître mutuellement des droits à l'exclusion des tiers, se faisaient concurrence en vue d'acquérir le contrôle exclusif des terres.

2.3 Une occupation antérieure à l'affirmation de souveraineté

L'occupation suffisante et exclusive du territoire par les ancêtres du groupe revendicateur doit avoir été un fait accompli lors de l'affirmation de la souveraineté puisque c'est à ce moment-là que le titre de la Couronne s'est lui-même cristallisé⁶⁹. Des auteurs ont critiqué⁷⁰ ou mis en doute⁷¹ le principe d'une date ou d'une période charnière parce qu'il ne permet pas à des groupes s'étant établis sur des terres après l'arrivée de la puissance coloniale d'acquérir un titre aborigène sur celles-ci. Pourtant, l'origine et la légitimité précoloniales du titre aborigène participent de sa nature même ; c'est ce qui en fait un droit « préexistant » que l'ordre étatique ne fait que « reconnaître » et « confirmer ». Un groupe s'étant, par hypothèse, établi de fraîche date sur des terres ne pourrait prétendre sérieusement entretenir un lien « ancestral » avec celles-ci. De plus, toute capacité, même virtuelle, d'exclure les tiers du territoire — condition *sine qua non* à la formation du titre aborigène — est écartée *de jure* par la présence de la souveraineté étatique qui empêche les autochtones de recourir à la force⁷².

Il se peut qu'après l'affirmation de la souveraineté certains groupes aient quitté leur territoire ancestral sous la contrainte pour aller se fixer sur d'autres terres du domaine public. Les tribunaux auraient toutefois tort de vouloir rendre justice à ces groupes en faisant fi de toute période charnière pour l'acquisition d'un titre ancestral. C'est plutôt en reconnaissant que le lien avec le territoire ancestral n'a jamais été rompu volontairement que sera évitée toute spoliation.

68. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 158; *Marshall III*, précité, note 1, par. 54.

69. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 144-145.

70. Voir S. Grammond, *op. cit.*, note 21, p. 208-209.

71. Voir M. MORIN, « Les insuffisances d'une analyse purement historique des droits des peuples autochtones », dans G. OTIS, *op. cit.*, note 4, p. 57-58.

72. *Mitchell c. M.N.R.*, précité, note 10, par. 153 (j. Binnie).

L'exigence d'une occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté pose néanmoins le problème de la détermination de ce moment fondateur. La plus haute juridiction canadienne, qui n'a pas, à ce jour, analysé dans le détail cette condition d'existence du titre, n'indique pas si la souveraineté devra être effective ou simplement affirmée. Néanmoins dans la version anglaise des motifs majoritaires dans l'affaire *Marshall III*, la juge en chef emploie le plus souvent l'expression «at the time of sovereignty⁷³», ou encore elle mentionne la période «pre-sovereignty⁷⁴», ce qui connote une souveraineté avérée plutôt que simplement revendiquée. Il semble d'ores et déjà acquis que, s'agissant des Métis, l'occupation suffisante du territoire revendiqué devra remonter à la période antérieure à la mainmise effective des Européens sur le territoire⁷⁵.

Il faut s'attendre que les tribunaux évitent de traiter les peuples autochtones de manière très différente selon qu'ils sont des Métis ou non. Une déclaration purement symbolique de souveraineté, qui n'était accompagnée d'aucune action en vue de relayer cette déclaration sur le terrain, ne posait aucun problème concret de conciliation des droits. Or c'est ce processus de conciliation qui est au cœur du droit étatique des droits ancestraux. Sans aller jusqu'à requérir la preuve d'un contrôle complet de l'ensemble du territoire, les tribunaux rechercheront vraisemblablement une présence des autorités coloniales suffisante pour traduire une volonté de matérialiser l'affirmation de souveraineté⁷⁶.

Encore faudra-t-il savoir de quelles autorités coloniales il est question. Dans les territoires ayant été d'abord colonisés par la Couronne française, conviendra-t-il de faire remonter la formation du titre au moment de la souveraineté française ou de la souveraineté britannique⁷⁷? La Cour suprême n'aborde pas cette question dans l'affaire *Delgamuukw*, mais l'importance qu'elle accorde à la common law dans l'analyse des sources du titre foncier ancestral pourrait donner à penser que l'élément de référence historique sera la souveraineté britannique puisque cette source du titre relevant du droit public ne s'est forcément activée sur le territoire de l'ancienne Nouvelle-France qu'à la faveur de la cession de cette colonie à

73. *Marshall III*, précité, note 1, par. 38, 39, 40, 61 et 71.

74. *Id.*, par. 48, 50, 51, 52, 55, 60, 64, 67, 70 et 77.

75. *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207, par. 18.

76. Pour une revue de la doctrine sur la question de l'affirmation de la souveraineté, voir L. CHARTRAND, «Métis Aboriginal Title in Canada: Achieving Equality in Aboriginal Rights Doctrine», dans K. WILKINS (dir.), *op. cit.*, note 20, p. 165-178.

77. Le professeur McNeil soulève la question sans pouvoir trancher: voir K. MCNEIL, «Aboriginal Rights in Canada: From Title to Land to Territorial Sovereignty», dans K. MCNEIL, *op. cit.*, note 42, p. 78-80.

la Couronne britannique en 1763⁷⁸. Il s'agirait cependant d'une déduction sujette à caution, car il faut d'abord se rappeler que l'affaire *Delgamuukw* mettait en cause une revendication concernant la Colombie-Britannique, soit un territoire appartenant à la zone de colonisation originaire britannique. Cela en soi suffit pour expliquer les multiples références au rôle de la common law dans la définition du régime du titre foncier ancestral. Au surplus, la Cour suprême a statué dans l'affaire *Côté* que la reconnaissance constitutionnelle de droits ancestraux procède au premier chef des pratiques foncières des peuples autochtones et n'exige donc pas que ces pratiques aient de tout temps été reconnues en tant que droit ancestraux par la common law⁷⁹.

Il est vrai que dans les affaires *Marshall* et *Bernard*, qui mettaient en cause des territoires ayant fait partie de l'Acadie, les tribunaux, y compris la Cour suprême, ont déterminé les droits des Mi'kmaq en se référant au moment de l'affirmation de la souveraineté britannique⁸⁰. Toutes les parties semblent avoir fait l'impasse sur la souveraineté française dans ces affaires, situation qui ne risque guère de se produire au Québec où le Régime français a duré presque 150 ans et laissé un héritage juridique riche et durable, notamment en matière foncière.

La reconnaissance des droits ancestraux réalise la conciliation de la souveraineté de la Couronne et de la préexistence des sociétés autochtones sur le territoire. Or, en ce qui concerne une partie importante du territoire canadien, la Couronne a acquis sa souveraineté à la faveur d'une succession d'État. Cet aspect de la souveraineté de la Couronne fait partie du processus de conciliation, et il ne serait pas possible d'en faire totalement abstraction au moment de définir les droits ancestraux des autochtones sur ce territoire. D'ailleurs, la nécessité de confronter les droits des autochtones à la présence des colonisateurs n'est pas apparue qu'en 1763 mais bien avec l'arrivée des Français, ce que la plus haute juridiction du pays admet volontiers dans les affaires *Adams* et *Côté* en fixant au moment du contact avec ceux-ci la période de référence pour la définition des droits ancestraux ayant pour objet le prélèvement de ressources⁸¹.

78. Cela semble être la position de S. GRAMMOND, *op. cit.*, note 21, p. 208. Voir aussi M. MORIN, *loc. cit.*, note 71, 59.

79. *R. c. Côté*, précité, note 27, par. 51. Voir aussi : *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 136 ; *Mitchell c. M.N.R.*, note 10, par. 11.

80. *Marshall III*, précité, note 1, par. 71.

81. Un auteur s'appuie d'ailleurs sur ce seul fait pour conclure que l'avènement de la souveraineté française pourrait servir de période de référence : voir A. ÉMOND, *loc. cit.*, note 62, 853, note 19.

Faire remonter la naissance du titre ancestral sur ce territoire à l'avènement de la souveraineté britannique ferait échec dans plusieurs cas à la notion même de titre aborigène. En effet, les autochtones n'auront de titre que s'ils prouvent qu'ils exerçaient, au moment de l'affirmation de la souveraineté, un contrôle effectif et exclusif du territoire revendiqué. Or au moment de la Conquête, la présence d'institutions et de populations françaises empêchait dans bien des cas les autochtones de satisfaire à l'exigence de l'exclusivité. Les autochtones du Québec, surtout les Mi'kmaq, les Malécites, les Innus, les Attikameks et les Algonquins, risquent clairement de faire les frais de la colonisation française et d'être traités moins favorablement que ceux qui vivent ailleurs au Canada. Pourtant, nul ne doute depuis les affaires *Adams* et *Côté* que la Cour suprême ne voudra pas que les particularismes de l'histoire coloniale soient préjudiciables aux autochtones du Québec et des autres territoires ayant appartenu à la Nouvelle-France⁸².

Il serait impossible de contourner cet écueil en faisant purement et simplement abstraction de la souveraineté française. D'abord, une telle approche donnerait des résultats tout à fait contraires à la nature même du titre ancestral puisque certains groupes autochtones vivant aujourd'hui au Québec sont venus s'installer dans la vallée du Saint-Laurent avec l'autorisation du roi de France et sur des terres de missions catholiques concédées par ce dernier⁸³. Or bien que ces communautés ne puissent prétendre tenir leurs terres directement de leurs ancêtres, les terres de réserve à tout le moins, elles seraient susceptibles, s'il fallait gommer complètement la souveraineté française à toute fin que de droit, d'y détenir un titre «aborigène». En effet, elles occupaient de manière intensive leurs terres au moment de l'avènement de la souveraineté britannique⁸⁴.

82. Dans *R. c. Côté*, précité, note 27, par. 53, la Cour affirme la nécessité d'éviter «la création, à la grandeur du pays, d'un ensemble de mesures disparates de protection constitutionnelle des droits ancestraux, mesures qui seraient fonction des particularités historiques de la colonisation dans les diverses régions. À mon humble avis, une telle interprétation statique et rétrospective du par. 35 (1) ne peut être conciliée avec l'objectif noble et prospectif de l'inscription des droits ancestraux et des droits issus de traités dans la *Loi constitutionnelle de 1982*.».

83. Les Français appelaient «domiciliés» ces autochtones venus s'établir aux abords des centres de peuplement : voir A. BEAULIEU, *Les autochtones du Québec : des premières alliances aux revendications contemporaines*, Québec, Fides, 1997, p. 71-74.

84. La Cour suprême a fait, dans l'affaire *R. c. Sioui*, précitée, note 1, 1070, des remarques incidentes qui tendent à mettre en doute l'existence d'un titre aborigène au Québec en faveur des Hurons sur les terres où la France aurait établi sa souveraineté. Elle a conforté ainsi l'idée que la souveraineté française constitue le moment de formation d'un tel titre. Ainsi, le juge en chef Lamer écrit : «Personne n'a argumenté que la région comprise entre le Saguenay et le St-Maurice constituait des terres sur lesquelles existait

En outre, l'occultation du Régime français ne cadrerait tout simplement pas avec le droit colonial britannique puisque la Grande-Bretagne a reconnu formellement les effets de la souveraineté française sur les droits fonciers en garantissant aux Canadiens et aux autochtones domiciliés le respect des droits de propriété conférés par les autorités françaises⁸⁵. En confirmant les droits acquis des Canadiens et des autochtones domiciliés, Sa Majesté validait les concessions françaises et acceptait leur effet possible sur les droits des autochtones sur les terres visées. D'ailleurs, si elle a conclu à l'absence d'extinction globale des droits ancestraux sous le Régime français⁸⁶, la Cour suprême n'a nullement fermé la porte, dans l'affaire *Côté*, à la possibilité d'établir que certains actes spécifiques des autorités françaises aient pu opérer des extinctions limitées de droits ancestraux dans des situations précises.

S'agissant du Québec, il faut donc conclure que, dans les territoires ayant été rattachés à la Nouvelle-France, la naissance du titre aborigène devrait être fixée au moment de l'affirmation de la souveraineté française. C'est à juste titre que le gouvernement fédéral a retenu, dans sa politique de revendication territoriale, l'exigence que l'occupation traditionnelle du territoire ait été un fait accompli « au moment où *les nations européennes* ont prétendu à la souveraineté⁸⁷ ».

Soulignons enfin que l'antériorité de l'occupation par rapport à l'affirmation de la souveraineté n'a pas à être établie directement puisque la preuve d'une présence postérieure à la souveraineté sera acceptable s'il est possible d'en inférer une continuité entre cette présence postérieure et la situation existant antérieurement à l'affirmation de la souveraineté⁸⁸. Si, par exemple, un groupe peut démontrer qu'il occupait suffisamment le territoire au cours des années qui ont suivi l'affirmation de la souveraineté, il sera possible de supposer, en l'absence d'éléments de preuve contraires, que la présence du groupe est plus ancienne puisqu'une appropriation du

un titre aborigène en faveur des Hurons. En fait, un groupe d'environ 300 personnes avait été amené dans les environs de Québec par les Jésuites en 1650 [...] et sa présence relativement récente dans la région de Lorette suggère que les Hurons n'avaient pas la possession historique de ces terres.»

85. Voir P. LABRECQUE, *op. cit.*, note 18, p. 53-55.

86. *R. c. Côté*, précité, note 27, par. 52.

87. MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN, *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones*, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord Canada, 1993, p. 5; l'italique est de nous.

88. Le juge en chef Lamer indique dans l'affaire *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précitée, note 10, par. 151, que «[s]i l'occupation actuelle est invoquée comme preuve de l'occupation avant l'affirmation de la souveraineté, il doit y avoir continuité entre l'occupation actuelle et l'occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté».

territoire conforme au mode de vie autochtone ne se réalise souvent que dans la durée. C'est en ce sens que la Cour suprême affirme que le fait pour un groupe d'avoir conservé un « lien substantiel » avec le territoire depuis l'affirmation de la souveraineté pourrait établir une continuité avec une situation précoloniale⁸⁹.

Pendant, plus l'occupation invoquée à l'appui d'une revendication de titre reposera exclusivement sur des pratiques contemporaines ou récentes, moins ces pratiques auront de valeur probante pour établir l'occupation pré-étatique. Le professeur McNeil s'appuie sur la common law des biens pour avancer que la preuve d'une occupation actuelle, ou à tout moment postérieure à l'affirmation de la souveraineté, devrait suffire à faire présumer l'existence d'un titre⁹⁰. Il reste encore à établir si une présomption de titre aborigène peut jouer de la sorte. Nous voyons difficilement comment une présence actuelle pourrait, en soi et sans aucun autre élément de preuve, autoriser un tribunal à inférer une occupation précoloniale suffisante et exclusive. Aux fins de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il ne suffit pas que le droit des biens en common law fasse présumer un titre en faveur du possesseur, encore faut-il que ce titre puisse être réputé *aborigène*.

2.4 Une occupation qui doit avoir persisté jusqu'à aujourd'hui ?

La Constitution ne reconnaît et ne confirme que les droits ancestraux « existants », c'est-à-dire ceux qui ont survécu à ce jour⁹¹. Les deux principales opérations pouvant entraîner la perte de droits ancestraux seront la renonciation à ceux-ci en vertu d'une entente formelle avec la Couronne ou leur extinction unilatérale par les autorités compétentes avant 1982⁹². Dans

89. *Marshall III*, précité, note 1, par. 67; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, 150-151.

90. K. McNEIL, «The Onus of Proving Aboriginal Title», dans K. McNEIL, *op. cit.*, note 42, p. 136, aux pages 152-154; K. McNEIL, «Continuity of Aboriginal Rights», dans K. WILKINS (dir.), *op. cit.*, note 20, p. 127, à la page 140.

91. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1091; *Marshall III*, précité, note 1, par. 39.

92. Il se peut aussi que la prise en considération des droits des tiers amène dans certaines circonstances les juges à tenir pour irrecevable un recours pour violation du titre aborigène. Voir, par exemple, la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Chippewas of Samia Band c. Canada (Attorney General)*, (2001) 195 D.L.R. (4th) 135 (Ont. C.A.). Voir à ce sujet K. McNEIL, «Extinguishment of Aboriginal Title in Canada: Treaties, Legislation, and Judicial Discretion», (2001-2002) 33 *Ottawa Law Review* 301.

les deux cas, l'intention d'éteindre les droits doit ressortir clairement⁹³. En principe, le titre aborigène pourrait aussi être dissous par le délaissement volontaire et définitif du territoire indiquant une intention de renoncer aux droits fonciers sous-jacents même si, en pratique, ce cas de figure sera probablement rare⁹⁴.

En présence d'une revendication de droits ancestraux de prélèvement de ressources, la Cour suprême accorde une importance certaine au fait que les pratiques faisant l'objet de la revendication font toujours partie intégrante de la culture du groupe revendicateur⁹⁵, ce qui permet de penser que l'abandon volontaire et définitif d'une activité pourrait empêcher que celle-ci puisse étayer une revendication de droit ancestral. De même, la cessation volontaire et définitive de l'occupation d'un territoire pourrait refléter une intention de mettre fin à la relation que le groupe entretient avec le territoire et qui fonde son titre aborigène.

Dans l'affaire *Delgamuukw*, le juge en chef Lamer affirme que tout territoire «qui a été occupé antérieurement à l'affirmation de la souveraineté et avec lequel les parties ont depuis maintenu un rapport substantiel» aura pour le groupe autochtone une importance justifiant l'existence du titre aborigène⁹⁶. Si la preuve du maintien d'un lien substantiel avec le territoire peut incomber au groupe autochtone incapable de faire la preuve directe de son occupation précoloniale, il appert qu'un tel fardeau ne sera pas imposé lorsque l'occupation suffisante et exclusive au moment de la souveraineté est par ailleurs directement établie. En effet, dès que le titre aborigène s'est cristallisé, il faut considérer l'hypothèse de son abandon comme toute autre forme d'extinction, ce qui signifie qu'il incombera à la partie invoquant l'abandon de faire la preuve d'une intention claire de la part des autochtones de délaisser leurs terres traditionnelles de manière à renoncer à leurs droits fonciers à l'égard de ces terres⁹⁷. Or nous pouvons raisonnablement prévoir que les tribunaux seront, à juste titre, réticents à conclure à l'existence d'une volonté autochtone d'abandonner purement et simplement le territoire ancestral.

93. L'intention d'éteindre les droits ancestraux doit être «claire et expresse»: voir notamment *R. c. Sparrow*, précité, note 91, 1099 et *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 180.

94. Voir également: S. GRAMMOND, *op. cit.*, note 21, p. 220; A. ÉMOND, *loc. cit.*, note 62, 872-873.

95. *R. c. Van der Peet*, précité, note 7, par. 63; *R. c. Adams*, précité, note 13, par. 34, 47; *R. c. Côté*, précité, note 27, par. 69-71; *R. c. Powley*, précité, note 75, par. 13, 18, 27, 29 et 45.

96. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 151. Voir aussi les paragraphes 153 et 154.

97. K. McNEIL, *loc. cit.*, note 90, 137.

Les juges prendront acte des changements intervenus dans le mode de vie des autochtones de sorte que le fait qu'un espace est moins fréquenté de nos jours ne permettra pas de conclure à la rupture du lien avec le territoire⁹⁸. Il ne serait guère honorable que, après avoir favorisé la sédentarisation des communautés autochtones, les autorités gouvernementales viennent à présent arguer d'une transformation du rapport au territoire pour nier la survie d'un titre aborigène. Par ailleurs, une interruption, même prolongée sur une période de quelques décennies⁹⁹, de la fréquentation des terres revendiquées, ne sera pas réputée être un abandon¹⁰⁰. Il faudra en outre tenir compte des obstacles à l'occupation autochtone du territoire résultant de la conduite contraignante des autorités gouvernementales ou de la majorité non autochtone. En l'absence d'une extinction unilatérale valide de leurs droits, il ne saurait être question en effet de faire payer actuellement aux autochtones le prix des politiques ou des attitudes passées consistant à empêcher leur présence sur le territoire¹⁰¹.

De même, le fait que l'espace revendiqué est utilisé maintenant par plusieurs groupes autochtones et par des non-autochtones ne saurait faire présumer une renonciation au contrôle exclusif du territoire puisque, dans la foulée de la souveraineté étatique, les autochtones ont perdu la capacité juridique d'exclure les tiers de leurs terres par la contrainte¹⁰². En d'autres termes, s'il est une condition de *formation* du titre aborigène, le contrôle exclusif ne saurait en être une condition de *survie*. Il ne s'ensuit pas que la présence de tiers sera sans incidence sur le sort d'une revendication de titre aborigène, car les tribunaux pourront difficilement faire abstraction des droits que des tiers de bonne foi auront acquis de longue date sur les terres en question¹⁰³.

L'interprétation potentiellement variable des conditions d'existence du titre aborigène n'est pas de nature à favoriser la sécurité foncière des autochtones et des non-autochtones. L'étude des attributs du titre aborigène fait ressortir d'autres facteurs d'insécurité juridique, notamment en ce qui concerne l'identité du titulaire de ce titre et les usages de la terre qu'il autorise.

98. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 154.

99. Dans l'affaire *R. c. Côté*, précitée, note 27, une interruption d'environ 60 ans a été jugée insuffisante pour éteindre des droits ancestraux de pêche à des fins de subsistance.

100. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 153.

101. *Ibid.*

102. Voir les propos du juge Binnie dans l'affaire *Mitchell c. M.N.R.*, précitée, note 10, par. 159.

103. Voir *Chippewas of Samia c. Canada (Attorney General)*, précité, note 92.

3 Les attributs du titre aborigène

3.1 Un titre de groupe ou communautaire

Le droit colonial¹⁰⁴, la législation canadienne¹⁰⁵ et les pratiques gouvernementales relativement aux droits des autochtones sur la terre et les ressources reposent de longue date sur le postulat que c'est le groupe qui détient le titre foncier autochtone. La *Loi constitutionnelle de 1982*, par ailleurs, reconnaît et confirme à son article 35 les droits des « peuples » autochtones plutôt que les droits des personnes appartenant à ces peuples. Dans la mise en place d'un régime commun à l'ensemble des droits ancestraux, la Cour suprême a donc tout naturellement statué, sans pour cela s'appuyer sur un quelconque régime juridique autochtone d'origine précoloniale, que le propre du droit ancestral est d'appartenir à la collectivité plutôt qu'aux individus qui la composent¹⁰⁶.

La jurisprudence n'offre encore aucune justification détaillée du communautarisme foncier, mais nous pouvons supposer que cet aspect du droit s'explique par des impératifs politiques et administratifs propres à la logique coloniale¹⁰⁷ et par la perception plus ou moins confuse de l'inexistence de véritable propriété foncière individuelle dans les traditions juridiques autochtones. Il est aussi possible de subodorer une volonté de protection du groupe contre le péril d'initiatives individuelles susceptibles de précariser les intérêts du plus grand nombre. Cette préoccupation n'est pas sans rappeler la représentation lignagère de la terre parfois imputée aux sociétés dites traditionnelles, représentation que la Cour suprême mentionne même explicitement¹⁰⁸, et qui empêche qu'un individu puisse

104. Voir la *Proclamation royale de 1763*, précitée, note 1.

105. Voir la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), c. I-5, notamment les articles 18 et 28.

106. Voir notamment : *R. c. Sparrow*, précité, note 91, 1112; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 115; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585, par. 36; *R. c. Powley*, précité, note 75, par. 24.

107. Le règlement des affaires foncières au niveau collectif simplifie les rapports politiques et juridiques avec les autochtones : voir G. OTIS, « La critique des droits ancestraux : réflexion d'un juriste sur les thèses de Flanagan », dans T. FLANAGAN, *Premières nations ? Seconds regards*, Québec, Septentrion, 2002, p. 217, à la page 222.

108. Le juge en chef Lamer affirme en effet dans l'affaire *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précitée, note 10, par. 127, que la protection du titre aborigène n'est pas seulement tournée vers le passé et que rien ne devrait empêcher le rapport à la terre d'être maintenu pour les générations futures.

disposer à l'égard de cette terre d'un pouvoir lui permettant de rompre le lien intergénérationnel¹⁰⁹.

Le statut communautaire du domaine foncier autochtone permet de dissiper une certaine perception populaire de discrimination entre citoyens autochtones et non autochtones quant au degré de protection juridique des droits de propriété. Il serait en effet faux de prétendre que les citoyens autochtones bénéficient d'une protection constitutionnelle de leurs droits sur la terre alors que celle-ci est refusée aux non-autochtones, car, s'il est vrai que la *Charte canadienne des droits et libertés*¹¹⁰ ne garantit pas les droits de propriété *individuels*, il en va ainsi de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Quant au domaine foncier de l'État, il n'est pas moins protégé par la loi fondamentale que le domaine ancestral autochtone¹¹¹.

La nature communautaire des droits ancestraux emporte d'importantes conséquences auxquelles il faut s'attacher plus avant.

3.1.1 Le nécessaire rattachement à une communauté historique : la généalogie culturelle

La Cour suprême déclare qu'en raison de leur caractère collectif les droits ancestraux «doivent être fondés sur l'existence d'une communauté historique vivante¹¹²». En d'autres termes, une communauté autochtone rattachable à un groupe ancestral doit avoir subsisté jusqu'à aujourd'hui. La simple présence d'individus dispersés descendant d'une communauté complètement disloquée à l'heure actuelle ne suffira pas pour assurer la survie des droits ancestraux. Le problème de la persistance d'une communauté autochtone distinctive sur le plan ethnique et sociologique s'est posé dans l'affaire *Powley*. La Couronne prétendait que l'accusé ne pouvait bénéficier d'un droit ancestral puisque aucune communauté métisse distincte n'existait de nos jours, celle-ci s'étant désarticulée au fil de temps ou fondue

109. G. MADJARIAN, *L'invention de la propriété. De la terre sacrée à la société marchande*, Paris, L'Harmattan, 1991, p. 59. Voir aussi G. OTIS, «Revendications foncières, "autochtonité" et liberté de religion au Canada», (1999) 40 C. de D. 741, 765-766. Notons toutefois que, d'un point de vue historique, le communautarisme foncier n'est pas l'apanage exclusif de l'univers autochtone précolonial. Selon Patault, «[les] idées chrétiennes qui dominent le droit médiéval et qui sont imprégnées des principes communautaires des pères de l'Église infléchissent le schéma familial franc en introduisant l'idée que Dieu est le seul propriétaire de la terre. Ainsi se dessine la vision médiévale de l'individu, enserré dans le groupe familial et immergé dans une nature immuable voulue par Dieu et dont Dieu est le maître»: voir A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, PUF, 1989, p. 24-25.

110. *Charte canadienne des droits et libertés*, L.R.C. 1985, app. II, n° 44.

111. Voir l'article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3.

112. R. c. *Powley*, précité, note 75, par. 24.

dans une communauté indienne avoisinante. La Cour suprême a conclu que la communauté métisse a bel et bien perduré jusqu'à aujourd'hui dans la région de Sault-Sainte-Marie, bien qu'elle se soit trouvée dans un état de grand délabrement et de désorganisation après des décennies de discrimination et d'hostilité de la part du milieu ambiant : « Nous concluons que l'absence de visibilité de la communauté a été expliquée et ne fait pas obstacle à l'existence de la communauté actuelle. Il n'y a jamais eu rupture dans la continuité, la communauté métisse s'est, si l'on peut dire, faite discrète, mais a néanmoins continué d'exister¹¹³. »

Sur cette question, aucune raison de principe ne justifie une différence de traitement entre les Métis et les autres peuples autochtones. Une approche souple sera donc privilégiée au moment de déterminer si un groupe autochtone a ou non survécu.

Par ailleurs, le caractère à la fois « ancestral » et communautaire des droits exige que la collectivité contemporaine les revendiquant soit l'héritière de la collectivité ancestrale ou historique dont l'occupation précoloniale du territoire fonde la revendication. La Cour suprême affirme que « la continuité est nécessaire, en ce sens que le groupe doit démontrer qu'il descend, depuis la période précédant l'affirmation de la souveraineté, du groupe sur les pratiques duquel repose la revendication du droit¹¹⁴ ». La plus haute juridiction du pays s'abstient de préciser si la lignée doit être culturelle ou plutôt généalogique.

C'est l'existence d'une continuité ethnoculturelle relative entre le groupe fondateur et le groupe actuel qui devrait être le critère de rattachement déterminant. Les droits ancestraux participant en effet des cultures distinctives des différents peuples autochtones et du lien unique avec leur territoire traditionnel, c'est donc de la pérennité d'un groupe culturel qu'il est question et non d'une descendance généalogique. La Cour suprême a abordé indirectement ce point dans l'affaire *Powley* au moment, non pas de définir le critère de continuité collective, mais de préciser les critères d'identification des individus membres d'une communauté contemporaine détentrice de droits ancestraux. La Cour suprême a examiné la relation devant exister entre les individus susceptibles de jouir aujourd'hui de droits ancestraux et la communauté historique. Elle précise la nécessité que les individus contemporains « possèdent un lien réel avec la communauté

113. *Id.*, par. 28.

114. *Marshall III*, précité, note 1, par. 70. La Cour affirme aussi que les revendicateurs contemporains (par. 67) « doivent démontrer l'existence d'un lien avec le groupe antérieur à l'affirmation de la souveraineté dont ils invoquent les pratiques pour revendiquer le titre ou un droit ancestral plus restreint. »

historique dont les pratiques fondent le droit revendiqué¹¹⁵». Parmi les «indices» d'appartenance à une communauté contemporaine détentrice d'un droit ancestral, la Cour suprême mentionne «la preuve de l'existence de liens ancestraux avec une communauté métisse historique¹¹⁶». Ce par quoi il faut entendre «la preuve que les ancêtres du demandeur appartenaient, par naissance, adoption ou autrement, à la communauté métisse historique¹¹⁷». Notons ici qu'il est question d'établir un lien précis entre l'individu contemporain et *ses ancêtres*.

La Cour suprême précise toutefois qu'elle ne prétend pas proposer une définition exhaustive de l'identité métisse et qu'elle s'abstient d'approfondir la question qui n'était pas déterminante dans cette affaire¹¹⁸. Il paraît évident qu'exiger de manière stricte et systématique un lien d'ascendance généalogique entre tous les individus contemporains et des individus spécifiques membres de la communauté historique serait contraire au caractère collectif des droits ancestraux qui reposent sur la continuité d'une collectivité culturelle distinctive et non sur la preuve d'un héritage transmis d'individu à individu au cours des siècles¹¹⁹. Compte tenu de l'inscription répétée du communautarisme au cœur des droits ancestraux par la plus haute juridiction canadienne, il serait faux de penser que cette dernière a tranché en faveur d'un rattachement généalogique parfait ou dominant entre les communautés historique et contemporaine.

Ainsi, un groupe peut avoir vécu, depuis le contact et l'avènement du colonisateur, d'importantes mutations démographiques résultant notamment d'épidémies, des vicissitudes économiques ou autres ayant entraîné le départ ou l'arrivée de grands nombres d'individus. Ces évolutions n'opéreront pas de rupture du lien ancestral dès lors que la culture du groupe actuel comporte certains éléments significatifs de connexion avec le groupe historique, notamment sur le plan du rapport au territoire, de la tradition juridique, de la langue, de la mémoire collective ou du sentiment identitaire, des institutions sociales, culturelles ou politiques.

115. *R. c. Powley*, précité, note 75, par. 32.

116. *Id.*

117. *Id.*, par. 32 et 34.

118. *Id.*, par. 32.

119. Voir également sur ce point, J. GIOKAS et P.L.A.H. CHARTRAND, «Who are the Métis in Section 35? A Review of the Law and Policy Relating to Métis and 'Mixed Blood' People in Canada», dans P.L.A.H. CHARTRAND (dir.), *Who Are Canada's Aboriginal Peoples? Recognition, Definition, and Jurisdiction*, Saskatoon, Purich Publishing, 2002, p. 83, à la page 111; A. HORTON et C. MOHR, «*R. v. Powley*: Dodging Van der Peet to recognize Métis Rights», (2005) 30 *Queen's L.J.* 772, 818-819.

Le problème pourrait être exacerbé en pratique en raison des fragmentations, fusions ou recompositions des groupes de même ascendance culturelle. Il se peut qu'un groupe contemporain soit issu du regroupement de plusieurs entités historiques plus restreintes, ou encore qu'un groupe historique ait été fragmenté pour donner naissance aujourd'hui à une pluralité de groupes différenciés. Ces transformations ne devraient pas opérer la césure de l'attache ancestrale dès lors que le ou les groupes actuels satisfont à l'exigence de continuité culturelle relative avec l'entité ou les entités historiques.

3.1.2 Les critères de détermination du groupe contemporain titulaire du titre

Il faut toutefois insister sur le fait que la question de savoir s'il existe présentement un ou plusieurs groupes distincts aux fins d'une revendication de droits ancestraux sur les terres et ressources représente un enjeu juridique et politique de premier ordre¹²⁰. Tant que cette question ne sera pas résolue, les autochtones et les gouvernements ne pourront savoir avec certitude qui, du côté autochtone, aura la qualité requise pour formuler une revendication, négocier une entente concernant ces droits et participer au processus de consultation et d'accommodement qui devra souvent accompagner les projets d'exploitation ou de gestion du territoire¹²¹.

Comme les droits ancestraux sont indissociables de l'usage et de l'occupation des espaces fonciers, il serait logique de reconnaître à l'heure actuelle ces droits au groupe le plus susceptible de se voir imputer cet usage et cette occupation. Par conséquent, la détermination du groupe contemporain titulaire des droits ancestraux devrait se faire en précisant *in concreto* le groupe actuel qui (1) est en mesure de démontrer un lien de continuité culturelle relative avec un groupe ancestral titulaire des droits ancestraux et qui (2), selon les pratiques autochtones contemporaines, peut se voir attribuer en propre les droits revendiqués sur le territoire en raison de sa capacité à déterminer sur le plan normatif et pratique les activités ou les usages fonciers autochtones à la base de la revendication.

Ainsi, le groupe de référence pourra être, selon la preuve fournie au tribunal quant aux pratiques ou coutumes effectives des communautés à l'égard du territoire revendiqué, la « nation », c'est-à-dire l'entité ethnique supracommunautaire, la bande ou encore un sous-groupe à l'intérieur de cette dernière tel un clan familial. Cette approche permettrait de respecter

120. Voir également S. GRAMMOND, *op. cit.*, note 21, p. 190-192.

121. Voir : *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, précité, note 41 ; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique*, [2004] 3 R.C.S. 550.

le principe d'ancestralité tout en tenant compte des transformations qui ont marqué naturellement l'histoire des populations autochtones. Il se peut que des décennies d'application de la *Loi sur les Indiens* aient, dans certains cas, induit une dislocation des institutions traditionnelles et fait de la bande l'entité la plus à même de revendiquer la capacité *de facto* de forger les pratiques foncières autochtones sur l'espace en cause au point d'en organiser l'occupation communautaire¹²².

Tant que le droit ne sera pas énoncé clairement sur ce point, les gouvernements seront réticents, à juste titre, à négocier avec des sous-groupes restreints dans le contexte des règlements territoriaux et des consultations afférentes aux projets de développement.

3.1.3 Les droits individuels dérivés du titre communautaire

Du communautarisme foncier résulte une logique de personnalisation juridique du groupe qui constitue donc une entité juridiquement distincte de ses membres aux fins de la revendication et de l'exercice du droit ancestral, de même que pour toute opération juridique concernant ce droit. Quel que soit le groupe titulaire, celui-ci se trouvera investi d'une compétence normative sur toute question relative à l'usage de ses terres. En effet, outre l'exigence qu'un individu se réclamant d'un droit ancestral appartienne au groupe titulaire de ce droit¹²³, le statut communautaire de la terre signifie qu'il revient à la collectivité d'organiser le régime d'exercice des droits ancestraux de sorte que l'individu ne pourra jouir de droits que conformément au régime communautaire¹²⁴. Fort de son «droit-compétence»,

122. Les auteurs ont fait valoir les considérations historiques et pratiques qui pourront favoriser l'ancrage des droits ancestraux dans la bande. Voir: A. ÉMOND, «Quels sont les partenaires autochtones avec lesquels la Couronne entretient une relation historique?», (1997) 76 *R. du B. can.* 130; S. GRAMMOND, *op. cit.*, note 21, p. 192.

123. Dans l'affaire *R. c. Powley*, précitée, note 75, par. 29-35, la Cour suprême a dégagé les principaux critères d'appartenance individuelle à une communauté autochtone. Les critères qui, selon la Cour, doivent être satisfaits cumulativement renvoient à la subjectivité individuelle (auto-identification), à la subjectivité collective (reconnaissance de l'individu par le groupe) et à des éléments objectifs de rattachement ancestral de l'individu au groupe.

124. Voir: G. OTIS, *loc. cit.*, note 24, 616-619. *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, par. 93. La question des limites juridiques de l'autorité normative du groupe sur ses membres en matière d'exercice des droits ancestraux est une question difficile; voir notamment: K. MCNEIL, «Aboriginal Governments and the Canadian Charter of Rights and Freedoms», dans K. MCNEIL, *op. cit.*, note 42, 215; G. OTIS, «La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte canadienne?», dans G. OTIS, *op. cit.*, note 4, 127. Cependant, il découle clairement de l'article 35 (4) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, que le groupe ne peut régir l'exercice et la jouissance individuels d'un droit ancestral d'une manière qui établit une inégalité en raison du sexe des personnes.

le groupe pourra d'emblée aménager divers modes d'individualisation intracommunautaire de la jouissance et de l'exercice du droit ancestral en s'inspirant ou non de sa tradition juridique endogène¹²⁵. Une fois reconnus par les règles du groupe, les droits individuels dérivés du titre communautaire seront juridiquement opposables aux tiers. Comme le fait observer le professeur Le Roy en se référant aux systèmes fonciers africains, communautarisme n'est pas synonyme de collectivisme¹²⁶.

La propriété individuelle est depuis longtemps considérée, dans la culture juridique occidentale, comme une condition essentielle du modèle capitaliste de développement. Il reviendra aux autochtones de décider si le communautarisme mis en place par la Cour suprême en matière de droits fonciers autochtones est adapté aux défis actuels que doivent relever leurs communautés pour assurer leur développement social et économique.

3.2 Un titre «insusceptible» d'«exo-transmission»

3.2.1 L'exclusivité autochtone comme fondement de l'interdit d'aliéner

Les droits ancestraux sont indissociables de l'«autochtonité» et ont donc pour pierre angulaire l'exclusivité autochtone plusieurs fois affirmée par la Cour suprême¹²⁷. Un groupe ou un individu non autochtone ne peut tout simplement pas prétendre acquérir un droit ancestral. Cette exclusivité se trouve encore confortée par le principe d'«ancestralité» qui consacre le caractère lignager des droits, c'est-à-dire le fait que ces droits ne sont susceptibles d'exister qu'en faveur d'un groupe contemporain capable de justifier d'un rattachement ethnoculturel à une communauté ancestrale déterminée. Les droits ancestraux étant l'héritage exclusif et spécifique d'un groupe autochtone, il en résulte l'impossibilité de leur transmission en dehors du groupe. Dans l'affaire *Delgamuukw*, la Cour suprême établit une certaine corrélation entre l'inaliénabilité et le patrimoine culturel irréductible d'un groupe autochtone. Postulant que pour les autochtones la terre est plus qu'un simple bien, la Cour suprême appuie l'interdit

125. Pour une analyse plus poussée de l'autonomie normative inhérente aux droits de groupe que sont les droits ancestraux, voir, notamment, G. OTIS, *loc. cit.*, note 24, 611-616.

126. E. LE ROY, «Actualité des droits dits "coutumiers" dans les pratiques et les politiques foncières en Afrique et dans l'Océan Indien à l'orée du XXI^e siècle», dans *Retour au foncier*, coll. Cahiers d'anthropologie du droit, Paris, Karthala, 2002, p. 237, à la page 241.

127. Dans l'affaire *R. c. Van der Peet*, précitée, note 7, la Cour affirme à cet égard (par. 20) que les droits ancestraux sont des «droits détenus par les autochtones parce qu'ils sont des autochtones». Voir aussi *R. c. Nikal*, précité, note 124, par. 93.

d'«*exo-transmission*» sur la valeur culturelle intrinsèque de la terre pour le groupe titulaire du titre :

L'inaliénabilité des terres détenues en vertu du titre aborigène indique que ces terres sont quelque chose de plus qu'un simple bien fongible. Le rapport qu'entretient une collectivité autochtone avec les terres sur lesquelles elle possède un titre aborigène comporte un aspect important de nature non économique. Les terres en elles-mêmes ont une valeur intrinsèque et unique dont jouit la collectivité qui possède le titre aborigène sur celles-ci¹²⁸.

Le titre ancestral du groupe ne peut être marchandisé et vendu à l'extérieur de celui-ci parce qu'il est porteur d'un patrimoine communautaire et culturel unique dont personne d'autre n'est apte à jouir¹²⁹. La doctrine n'a pas, à ce jour, suffisamment perçu que c'est l'exclusivité autochtone qui permet de rendre compte de l'interdit d'«*exo-transmission*» de tous les droits ancestraux, y compris le titre aborigène.

L'impossibilité de céder les droits ancestraux ne fait toutefois pas obstacle à une renonciation à ces droits. En fait, le droit étatique a de tout temps admis la capacité du groupe autochtone de renoncer à son titre¹³⁰. Cette capacité de renonciation foncière a même été la cheville ouvrière de la stratégie coloniale d'expansion territoriale. Cependant, si les autochtones souhaitent renoncer à leur titre en contrepartie d'une compensation financière ou quelque autre avantage, ils devront négocier avec les représentants de l'État puisque seule la Couronne peut bénéficier d'une dissolution de la tenure ancestrale.

Au lieu de renoncer définitivement à son titre, le groupe autochtone pourra convenir avec la Couronne que ses droits fonciers ancestraux sont simplement suspendus, à certaines conditions, pour permettre l'exploitation des terres par les tiers tout en conservant la possibilité d'une réactivation du titre ancestral au terme de la suspension. Bien qu'elle ne soit pas connue sous le vocable de «*suspension*» de droits, cette manière de procéder est

128. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 129.

129. *Id.*, par. 128-129.

130. La possibilité de renoncer aux droits fonciers ancestraux ressort clairement des termes de la *Proclamation royale de 1763*, précitée, note 1, qui confirme les droits des autochtones qui «*not having been ceded to or purchased by us, are reserved to them*». Cet instrument aménage par ailleurs expressément la procédure qui permettra à un groupe autochtone de renoncer à ses droits «*if at any time any of the Said Indians should be inclined to dispose of the said Lands*». Les tribunaux, pour leur part, ont statué que ces dispositions de la Proclamation ne font que codifier la common law : voir *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 112-113. La Cour suprême a donné effet aux dispositions extinctives des droits ancestraux contenues dans les traités ; voir : *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570 ; *R. c. Howard*, [1994] 2 R.C.S. 299.

bien établie sous le régime des terres de réserve régies par la *Loi sur les Indiens* qui permet à une bande de « désigner », par voie d'entente avec la Couronne, les droits et intérêts qu'elle entend, pour une durée déterminée, mettre en veilleuse pour permettre la mise en valeur de ses terres par des tiers sans renoncer définitivement à son titre foncier¹³¹. Dans le contexte des négociations territoriales globales, la technique de suspension partielle et conditionnelle des droits pourrait offrir une solution de rechange à l'extinction de ceux-ci, extinction à laquelle la plupart des peuples autochtones refusent désormais de consentir¹³².

Bien que les droits ancestraux puissent être délaissés ou suspendus par leurs titulaires à la faveur d'une entente avec la Couronne, ils ne peuvent passer dans un patrimoine « exo-communautaire » tout en conservant leur qualité de droit ancestral¹³³. Cela signifie, par exemple, que, lorsque les autochtones renoncent à leurs droits par traité, il n'y a pas à proprement parler de « cession » ni de « transfert » de droit¹³⁴. La Couronne n'acquiert aucun droit ancestral, mais son titre sous-jacent devient libre de toute charge ancestrale, sous réserve des termes du traité¹³⁵. De même, lorsque les autochtones suspendent leurs droits sur les terres et ressources, ils ne

131. *Loi sur les Indiens*, précitée, note 105, art. 38-41.

132. La suspension permettrait en effet à la partie gouvernementale d'obtenir la certitude que seuls les effets ou les modalités des droits non suspendus pourront être exercés tout en assurant aux autochtones que le traité ne supprime pas leur patrimoine ancestral qui pourra être réactivé intégralement au terme du traité, dans le cas d'un traité à durée déterminée, ou conformément aux mécanismes prévus dans le traité, si celui-ci n'a pas de terme. Dans ce dernier cas, les mécanismes de réactivation devront être suffisamment flexibles pour que la suspension ne devienne pas une extinction *de facto*. Pour une étude d'un projet d'entente fondé sur une approche suspensive, voir M. ST-HILAIRE, « La proposition d'entente de principe avec les Innus : vers une nouvelle génération de traités ? », (2003) 44 *C. de D.* 395.

133. Dans l'affaire *Guérin c. La Reine*, précitée, note 7, 381, le juge en chef Dickson, après avoir affirmé que le titre ancestral est de la même nature que le droit de la bande sur une réserve, écrit que « le droit des Indiens sur une réserve est un droit personnel, il ne peut être transféré à un cessionnaire, que ce soit Sa Majesté ou un particulier. La "cession" entraîne l'extinction de ce droit. »

134. La formule traditionnellement employée dans les traités extinctifs des droits ancestraux consiste à stipuler que, par le traité, les autochtones « cèdent, renoncent, abandonnent et transportent par les présentes toutes leurs revendications, droits, titres et intérêts autochtones, quels qu'ils soient » : voir l'article 2.1 de la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois et conventions complémentaires*, Sainte-Foy, Les Publications du Québec, Secrétariat aux affaires autochtones, 1998, p. 6. Seule l'idée de « renonciation » aux droits paraît rendre compte de manière exacte et rigoureuse de la nature juridique de l'opération effectuée.

135. *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen*, (1888), 14 App. Cas. 46 (C.P.); *Guérin c. La Reine*, précité, note 7, 379-380.

font que permettre à la Couronne d'octroyer à des tiers, pour un certain temps, des droits qui n'ont aucun caractère ancestral mais qui découlent plutôt de la législation relative au domaine public.

Les raisons d'être du monopole étatique sur les opérations juridiques relatives au titre aborigène sont de différents ordres. Il y a bien sûr l'ordre constitutionnel puisque, dans la tradition du droit public britannique, la propriété du territoire constitue un attribut essentiel de la souveraineté et revient donc à la Couronne. Dès lors, là où la souveraineté s'affirme, les titres fonciers des particuliers, exception faite du titre ancestral des autochtones, découlent en principe d'une concession de la Couronne ou d'une cessionnaire de celle-ci. Les autochtones ne peuvent donc pas renoncer à leur titre au bénéfice d'un particulier, car ce dernier ne peut accéder à la tenure foncière que par l'intervention de l'État. Le monopole étatique sert ici à sauvegarder l'intégrité des prérogatives régaliennes à la base du système foncier¹³⁶.

La nécessité politique d'assurer des relations harmonieuses avec les autochtones en les prémunissant contre les spoliations aux mains de spéculateurs sans scrupule a aussi, à l'origine, servi de justification à l'interdiction de renoncer au titre lors de transactions avec les particuliers¹³⁷. En outre, du point de vue de l'efficacité de l'entreprise coloniale, le monopole de la Couronne assurait la mainmise des autorités centrales sur un élément clé du développement du territoire, ce qui évitait ainsi que des objectifs nationaux soient compromis par des initiatives individuelles¹³⁸.

Estimant que les fondements traditionnels de l'inaliénabilité du titre ancestral, sauf à la Couronne, sont soit douteux, soit dépassés, le professeur McNeil a mis en avant une justification inédite, à savoir la souveraineté autochtone¹³⁹. Selon lui, si un particulier ne peut acquérir le titre ancestral, c'est que ce dernier est dévolu à un groupe autochtone en tant qu'entité politique. Comme le titre participe de la puissance publique, il ne peut être transmis à un acteur privé, car seule une entité politique, donc la Couronne, peut exercer la souveraineté.

136. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 129.

137. Voir notamment : *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, 133 ; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 129. Cette justification se trouve d'ailleurs expressément énoncée dans la *Proclamation royale de 1763*, précitée, note 1.

138. *Chippewas of Samia c. Canada (Attorney General)*, précité, note 92, 168 ; K. McNEIL, « Self-Government and the Inalienability of Aboriginal Title », (2002) 47 *McGill L.J.* 473, 483.

139. K. McNEIL, *loc. cit.*, note 138, 483.

Peu importe le bien-fondé de la prémisse voulant que le titre soit consubstantiel à une souveraineté autochtone originaire, la notion de souveraineté n'est nullement nécessaire pour rendre compte de l'inaliénabilité puisque le principe d'exclusivité autochtone, que le professeur McNeil passe sous silence, suffit. En effet, comme nous l'avons mentionné précédemment, le non-autochtone se heurtera à son incapacité radicale de posséder un droit ancestral quel qu'il soit. De plus, la renonciation au titre n'opère aucun transfert de droits ancestraux comme tels. Il paraît alors critiquable de qualifier une renonciation au titre d'acte translatif de souveraineté ancestrale au profit d'un quelconque cessionnaire.

En outre, le professeur McNeil, s'appuyant encore ici sur l'idée de souveraineté autochtone, avance que la règle d'inaliénabilité ne devrait pas être opposable aux transactions entre les peuples autochtones qui sont des entités politiques habilitées à négocier entre elles sur les questions de souveraineté¹⁴⁰. Selon ce point de vue, les Musqueams de la Colombie-Britannique pourraient, par exemple, acquérir aujourd'hui un hypothétique titre aborigène détenu par les Mi'kmaq du Québec sur une partie de la Gaspésie sans que joue le monopole étatique. Toutefois, cette approche ne considère absolument pas le fait que le titre aborigène constitue, par définition, un héritage « ancestral » spécifique et exclusif fondé sur le lien de continuité ethnoculturelle qui existe entre un groupe autochtone contemporain et une communauté historique fondatrice du rapport à la terre. Il est tout aussi impossible de céder à un groupe autochtone « étranger » le patrimoine irréductible de la collectivité que de le vendre à une entité non autochtone. En d'autres termes, il n'est guère plausible d'envisager que les Musqueams de la Colombie-Britannique puissent acheter, ou se voir conférer de quelque manière, un rapport ancestral aux terres traditionnelles des Mi'kmaq du Québec.

De plus, il est loin d'être certain que les tribunaux canadiens auraient la latitude voulue pour abandonner le principe fondamental voulant que, après avoir établi sa souveraineté sur le territoire, la Couronne soit la seule à pouvoir conférer des droits fonciers sur les terres n'ayant jamais été concédées. Si le titre aborigène constitue une dérogation au principe de domanialité des terres, c'est qu'il est réputé avoir été acquis *avant* l'affirmation de la souveraineté. Il ne serait pas possible d'en dire autant du titre que prétendraient acquérir les Musqueams aujourd'hui.

140. *Id.*, 501-502. Voir B. SLATTERY, « Understanding Aboriginal Rights », (1987) 66 *R. du B. can.* 727, 742-743.

3.2.2 Les conséquences de l'inaliénabilité du titre

La prohibition d'aliéner le titre aborigène n'impose nullement un zonage ethnique faisant des terres autochtones une enclave étanche où les tiers, c'est-à-dire les personnes n'appartenant pas au groupe titulaire, ne peuvent ni se trouver, ni résider, ni jouir de quelque droit d'accès à la terre et aux ressources. Cela semble admis implicitement par la Cour suprême qui reconnaît que le titre aborigène autorise l'exploitation commerciale et industrielle du domaine ancestral¹⁴¹. Or comment la communauté pourrait-elle favoriser de telles activités de développement sur son territoire d'une manière absolument autarcique ?

En revanche, la Cour, au moment de statuer sur les droits ancestraux de chasse de subsistance n'a-t-elle pas affirmé que seuls les individus appartenant au groupe détenant ces droits pouvaient pratiquer l'activité en question¹⁴² ? Il ne faut surtout pas confondre sur ce point le titre aborigène et les droits ancestraux ayant pour objet une activité spécifique de prélèvement d'une ressource. Le « droit-activité » ne porte pas sur la terre ni n'emporte de maîtrise foncière générale ; il se limite plutôt, selon la Cour suprême, à des activités spécifiques faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe¹⁴³, ce qui exclut en principe la possibilité qu'une personne ne participant pas à cette culture distinctive puisse les exercer¹⁴⁴.

Par conséquent, pour jauger l'incidence de l'inaliénabilité du titre aborigène sur la capacité du groupe d'accorder des droits aux non-membres, il faut considérer que ce titre emporte, contrairement aux simples droit de prélèvement, une maîtrise de la terre elle-même¹⁴⁵ qu'il revient au groupe d'organiser selon son propre régime foncier¹⁴⁶. C'est cette compétence collective lui permettant de contrôler l'usage de son domaine foncier ancestral que le groupe ne peut valablement céder à un tiers. Une transaction avec un promoteur n'appartenant pas au groupe et en vue de lui céder un droit

141. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 116-124. De plus, la Cour estime que le fait d'autoriser les tiers à fréquenter un territoire peut constituer une manière d'exercer le titre aborigène.

142. Dans l'affaire *R. c. Powley*, précitée, note 75, par. 24, la Cour déclare que les droits ancestraux « ne peuvent être exercés que si la personne qui les revendique appartient à la communauté actuelle, sur le fondement de ses origines ancestrales ».

143. Voir notamment : *R. c. Van der Peet*, précité, note 7, par. 46 ; *Mitchell c. M.N.R.*, précité, note 10, par. 12.

144. Cet argument pourrait être moins déterminant dans le cas de droits purement commerciaux qui ne se distinguent finalement pas des activités économiques des opérateurs non autochtones travaillant dans le même secteur.

145. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 111.

146. *Id.*, par. 115 et 166.

de disposition allant jusqu'à soustraire une parcelle de terre au contrôle de la communauté serait frappée de nullité.

Par contre, toute une gamme d'ententes seraient envisageables pour autoriser les tiers à utiliser le territoire et à exploiter les ressources qui s'y trouvent conformément aux règles du groupe en la matière. Sous réserve de la limite intrinsèque qui contraint le titre aborigène lui-même et dont il sera question plus loin, rien ne s'opposerait, par exemple, à ce que le groupe consente aux tiers, par l'entremise de divers véhicules contractuels conformes à son régime normatif, des droits de prospection et de prélèvement des ressources ou bien des droits d'usage de parcelles à des fins commerciales ou résidentielles.

Ces droits ne devraient cependant pas cesser d'être « internalisés » par le groupe, c'est-à-dire d'être tributaires de la prérogative foncière de la communauté, y compris de sa faculté d'affirmer sa mainmise sur les terres visées. En pratique, le succès des autochtones dans la promotion d'investissements substantiels et durables, porteurs de développement économique et social, sera directement proportionné à leur volonté de sécuriser les droits des tiers et de permettre à ces derniers d'obtenir le financement nécessaire à la réalisation de leurs projets¹⁴⁷. Les normes foncières issues du titre aborigène devraient donc prendre en considération le besoin de minimiser le risque d'une dépossession arbitraire des ayants droit exogènes.

L'interprétation de l'inaliénabilité proposée ici se rapproche de celle qui a été avancée par le professeur McNeil qui, pour sa part, se fonde sur le concept de souveraineté autochtone inspiré du droit américain. La Cour suprême des États-Unis a en effet reconnu aux peuples autochtones le statut de *domestic dependent nations* dotées d'une autonomie générale sur leurs affaires internes¹⁴⁸. La plus haute juridiction canadienne n'a pas encore validé ce concept, bien qu'elle fasse découler du statut communautaire du titre ancestral une autorité normative du groupe sur les questions relative à sa maîtrise foncière¹⁴⁹. Cette compétence sectorielle concernant

147. Cette volonté se heurtera peut-être encore pour un certain temps à l'indétermination de la portée de la limite intrinsèque, voir *infra*, section 3.3.4.

148. Voir K. McNEIL, *loc. cit.*, note 138, 497-502.

149. De plus en plus, toutefois, la Cour emploie une terminologie qui est de nature à alimenter l'argumentation favorable à un droit « inhérent » à une forme d'autonomie. Dans l'affaire *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, précitée, note 41, par exemple, la plus haute juridiction canadienne écrit que la Couronne a l'obligation de négocier des traités « qui permettent de concilier la souveraineté autochtone préexistante et la souveraineté proclamée de la Couronne » (par. 20). Elle affirme que l'objet de l'article 35 est de « concilier les revendications de souveraineté respectives » (par. 20).

le foncier communautaire offre un fondement suffisant à l'interprétation de l'inaliénabilité mise en avant ici de telle manière que le sort réservé à la doctrine de la souveraineté interne ne pourra influencer sur sa validité.

Si les «étrangers» peuvent jouir de droits individuels substantiels quant à l'usage de la terre et des ressources communautaires, il est permis alors de se demander ce qui distingue juridiquement le non-autochtone de l'autochtone membre du groupe et titulaire de droits individuels dérivés du titre communautaire. Leur situation juridique se ressemble à plusieurs égards. Ainsi, ni l'un ni l'autre ne peut prétendre détenir un droit ancestral individuel aux fins de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et les deux devront respecter les normes foncières de la communauté. En cas d'atteinte à leur droit émanant des autorités étatiques ou d'un particulier, l'un et l'autre invoqueront le titre de la communauté à l'origine de leur droit, mais ils ne pourront en pratique le faire sans l'appui de la communauté elle-même qui viendra défendre son titre et le régime foncier qui en découle.

À d'autres égards, cependant, les droits des membres et des non-membres diffèrent sensiblement. La personne appartenant au groupe pourra seule participer aux décisions communautaires se rapportant au régime foncier découlant du titre aborigène. Elle pourra aussi fort probablement jouir de droits individuels réservés aux seuls membres sans que cette différence de traitement puisse faire l'objet d'une contestation en vertu de la Charte canadienne¹⁵⁰.

3.3 Un titre porteur d'une maîtrise de l'espace foncier

3.3.1 Une maîtrise exclusive de l'espace foncier

L'exclusivité représente une modalité déterminante du titre ancestral en ce qu'elle rend illicite *a priori* toute utilisation non autorisée de l'espace et des ressources par l'État ou par les tiers. La Cour suprême a dissipé toute équivoque à ce sujet en soulignant que «l'exclusivité, en tant qu'aspect du

Elle décrit également la souveraineté de la Couronne comme étant une autorité *de facto* (par. 32). Or, il semble *a priori* logique de prétendre que, s'il faut aujourd'hui concilier des souverainetés dans le droit étatique, c'est que celle des autochtones n'a pas été complètement évincée dans sa dimension interne par l'avènement de la Couronne. Sinon, il ne resterait rien à «concilier». Il faudra néanmoins voir quelle portée la Cour suprême elle-même donnera à ces propos.

150. L'article 25 de la Charte empêchera en effet d'utiliser cette dernière de manière à déroger à l'exclusivité autochtone qui autorise la communauté à réserver l'usage de la terre et des ressources à ses seuls membres. Voir G. OTIS, «La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte canadienne?», dans G. OTIS, *op. cit.*, note 4, p. 127, aux pages 183-187.

titre aborigène, appartient à la collectivité autochtone qui possède le droit d'exclure autrui des terres détenues en vertu de ce titre¹⁵¹ ». Cet attribut du titre aborigène fait du consentement autochtone, donc du consensualisme, la condition première de tout projet de développement du territoire. C'est là une différence fondamentale par rapport aux autres droits ancestraux qui n'ont pour objet que des activités de prélèvement de ressources à des fins précises et qui, par conséquent, ne sont pas nécessairement incompatibles avec la coexistence, voire la superposition, de droits autochtones et non autochtones à l'égard d'un même espace, ou d'une même ressource.

En dépit de cette exclusivité de principe, il serait erroné de penser que la preuve d'un titre équivaldrait à consacrer sans nuance un monopole autochtone sur l'usage et la gestion de l'espace et des ressources. Il sera loisible à l'État d'entamer l'exclusivité autochtone pour « la poursuite d'un objectif législatif impérieux et réel pour le bien de la société en général¹⁵² ». Ainsi, à défaut d'être habilitées à supprimer purement et simplement le titre aborigène, les autorités pourront, si elles agissent de façon « honorable¹⁵³ », déroger à l'exclusivité autochtone au nom du partage équitable des ressources et du développement économique¹⁵⁴.

L'obligation pour le gouvernement de démontrer le caractère équitable et proportionné d'une action portant atteinte au titre aborigène interdit cependant l'unilatéralisme arbitraire en sorte que ni les autochtones ni les autorités ne pourront faire l'économie du dialogue sur les questions relatives à l'accès au territoire. Compte tenu des interventions multiples de l'État ou de ses ayants droit sur une grande partie du territoire, et considérant que cette présence risque de s'accroître à l'avenir, c'est bien plus un pouvoir de négociation et, sans doute dans certains cas, de blocage que le groupe détenteur d'un titre aborigène possède qu'une véritable maîtrise exclusive de l'espace et des ressources. Nous hésitons néanmoins à affirmer, comme l'ont fait certains, que la reconnaissance d'un titre aborigène ne freinera pas substantiellement l'exploitation du territoire autochtone par la majorité non autochtone ni ne donnera clairement aux autochtones une capacité accrue d'utiliser leurs ressources conformément à leurs valeurs traditionnelles¹⁵⁵.

151. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 155.

152. *Marshall III*, précité, note 1, par. 39.

153. Concrètement, cela exigera notamment une consultation plus ou moins poussée des autochtones, des mesures d'atténuation et une indemnisation au besoin : voir *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 165-169.

154. *Id.*, par. 167.

155. Voir : G. CHRISTIE, « *Delgamuukw and the Protection of Aboriginal Land Interests* », (2000-2001) 32 *Ott. L. R.* 85 ; G. CHRISTIE, « *Aboriginal Resource Rights after Delgamuukw and Marshall* », dans K. WILKINS (dir.), *op. cit.*, note 20, 241.

3.3.2 La maîtrise d'un espace foncier global

Le titre aborigène porte en principe sur un espace foncier global, c'est-à-dire qu'il s'étend aux droits miniers¹⁵⁶ et peut comprendre le lit de cours d'eau et des droits hydriques¹⁵⁷. Ainsi, le titre autochtone diffère, au Québec à tout le moins, de la propriété foncière privée assujettie dans un grand nombre de cas au principe de la domanialité des substances minérales¹⁵⁸. Nous ne pouvons écarter la possibilité que le titre aborigène grève également certains espaces maritimes, bien que, s'agissant de ces derniers, la preuve d'une occupation exclusive au moment de l'affirmation parfois tardive de souveraineté puisse être singulièrement ardue¹⁵⁹.

Une fois de plus, le titre aborigène se distingue ici fondamentalement des simples droits ancestraux de prélèvement de ressources puisque ceux-ci ne donnent de droits sur le fonds de terre — droit de passage, d'occupation et d'aménagement temporaires — qu'en corollaire à une exploitation ciblée de ressources halieutiques, fauniques, végétales, hydriques ou autres.

Si l'État entend limiter, pour des motifs valables, l'accès du groupe titulaire à certains espaces ou ressources, il devra le faire conformément aux critères de justification mentionnés précédemment étant entendu qu'une telle restriction ne saurait être complète ni permanente.

3.3.3 Une maîtrise foncière indifférenciée

Contrairement aux « droits-activités » qui ont pour objet une utilité particulière, le titre aborigène représente une maîtrise qui englobe l'ensemble des exploitations et des jouissances de l'espace foncier. La Cour suprême a en effet refusé de réduire le titre à un simple agrégat d'affectations différenciées dont chacune, appréhendée individuellement, devrait être intégrale à la culture précoloniale du groupe¹⁶⁰. De plus, les usages contemporains de la terre autochtone n'ont pas à correspondre, du point de vue de leur objet, aux affectations connues des ancêtres précoloniaux et peuvent donc comprendre, sous réserve de la « limite intrinsèque » discutée ci-après, les usages agricoles, commerciaux et industriels. Autre-

156. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 122.

157. K. MCNEIL, *op. cit.*, note 42, p. 115.

158. P. LABRECQUE, *op. cit.*, note 18, p. 236-237.

159. Voir notamment : P. QUIG, « Testing the Waters : Aboriginal Title Claims to Water Spaces and Submerged Lands – An Overview », (2004) 45 C. de D. 659 ; C.R. BROWN et J.I. REYNOLDS, « Aboriginal Title to Sea Spaces : A Comparative Study », (2004) 37 U.B.C. L. Rev. 449 ; D.J.R. MOODIE, « Aboriginal Maritime Title in Nova Scotia : An "Extravagant and Absurd" Idea » ?, (2004) 37 U.B.C. L. Rev. 495.

160. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 115-124.

ment dit, là où les anciens s'adonnaient à des activités économiques de subsistance, il sera possible aujourd'hui d'exploiter des infrastructures touristiques ou de récolter le bois pour l'écouler sur les marchés nationaux ou internationaux¹⁶¹.

3.3.4 Une maîtrise contrainte par l'intangibilité des affectations fondatrices : « la limite intrinsèque »

De manière surprenante, la Cour suprême, après avoir pourtant insisté sur la portée générale de la maîtrise foncière associée au titre aborigène, astreint la communauté détentrice de ce titre au respect de ce qu'elle appelle « une limite intrinsèque ». Cette dernière rendrait illicite toute affectation contemporaine de l'espace et des ressources qui serait incompatible avec la pérennité du lien originel et unique que la communauté entretient avec la terre, c'est-à-dire qui ferait irrémédiablement obstacle à l'ensemble des usages, affectations ou activités traditionnelles qui ont fondé le rapport précolonial à la terre¹⁶². C'est comme si un zonage culturel de l'espace foncier était décrété pour honorer une alliance ancestrale avec la terre¹⁶³. De cette intangibilité des affectations fondatrices, il découle que le droit du groupe sur la terre n'est pas purement corporel en ce sens qu'il ne se confond pas avec la terre qui deviendrait une simple marchandise. C'est plutôt un droit de jouir de la terre à titre de dépositaire, avec la charge de transmettre aux générations futures un patrimoine qui comprend le rapport originel au terreau des ancêtres¹⁶⁴.

La limite intrinsèque, qui semble procéder d'une volonté d'affirmer la différence autochtone en matière foncière, n'a aucun équivalent connu en droit comparé, et il ne s'en trouve nulle trace dans l'histoire juridique des relations entre les autochtones et la Couronne au Canada. Elle paraît inspirée d'une conception traditionaliste et stéréotypée du foncier autochtone qui risque malheureusement d'hypothéquer la capacité des autochtones de mettre en valeur leur territoire. Il n'est donc guère étonnant qu'elle

161. *Id.*, par. 132.

162. *Id.*, par. 125-132.

163. Il est intéressant de noter que le mythe d'une alliance fondatrice entre la communauté et la terre – et ses dieux – se trouve, selon les experts, au cœur des cultures foncières traditionnelles d'Afrique : voir J.P. MAGNANT, « Les normes foncières traditionnelles en Afrique noire », dans *La terre, l'eau et le droit en Afrique, à Madagascar et à l'Île Maurice*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 57, aux pages 59-61.

164. C'est à juste titre que des auteurs ont relié la limite intrinsèque au mythe de la « Terre Mère » : voir J.Y. HENDERSON, M.L. BENSON et I.M. FINDLAY, *Aboriginal Tenure in the Constitution of Canada*, Scarborough, Carswell, 2000, p. 363.

se soit heurtée au scepticisme général de la doctrine¹⁶⁵, surtout s'il est considéré qu'à cette limitation interne du titre pourront s'ajouter les limites externes découlant de la loi et dont la Couronne aura pu établir la justification au nom, notamment, de la conservation des ressources.

Il se peut toutefois que cette limite n'ait pas l'effet paralysant appréhendé. Son application sera d'abord tributaire de la nature des usages historiques ayant donné lieu au titre. Si, par exemple, l'occupation traditionnelle du site correspondait principalement à un établissement—village, campement saisonnier, lieu de rencontre—, la construction ultérieure d'infrastructures permanentes d'habitation et de services publics rendues nécessaires par la sédentarisation de la communauté ne devrait pas être jugée contraire à la destination première du titre qui était de fournir un lieu d'habitation et de socialisation aux membres de la communauté. Le problème de la limite intrinsèque se posera en fait lorsque les autochtones voudront utiliser le territoire à des fins qui ne sont pas fonctionnellement équivalentes aux usages historiques.

Les affectations non traditionnelles de l'espace et des ressources devront pouvoir coexister avec celles qui fondent le rapport originel de la communauté avec la terre. C'est dire que la contrainte pour les autochtones d'aujourd'hui sera fonction de la norme que les tribunaux appliqueront pour déterminer s'il y a ou non incompatibilité entre les mobilisations actuelles de la terre et le rapport « originel » du groupe avec l'espace en question. Une norme trop restrictive risquerait d'entraver lourdement la capacité d'innovation de la communauté et donc de l'enfermer dans le mythe romantique de la « terre vierge », alors même que la Cour suprême prétend reconnaître le potentiel économique du titre autochtone¹⁶⁶.

Les exemples donnés par le juge en chef Lamer d'affectations susceptibles d'être problématiques—mine à ciel ouvert, stationnement sur un cimetière ancestral¹⁶⁷—donnent à penser que seuls les usages rendant totalement et durablement impossibles les affectations traditionnelles seront proscrits par la limite intrinsèque. L'analogie proposée par le juge en chef avec la doctrine de l'*equitable waste* dans la common law des biens¹⁶⁸ indiquerait d'ailleurs, selon les spécialistes de la common law, une volonté

165. Voir notamment : K. McNEIL, *op. cit.*, note 42, p. 116-122 ; S. GRAMMOND, *op. cit.*, note 21, p. 198-199 ; R.H. BARTLETT, «The Content of Aboriginal Title and Equality Before the Law», (1998) 61 *Sask. L. Rev.* 377 ; G. OTIS, *loc. cit.*, note 107, 768-769 ; B. OLTUIS, «Defrosting Delgamuukw», (2001) 12 *N.J.C.L.* 385.

166. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 169.

167. *Id.*, par. 128.

168. *Id.*, par. 130.

d'éviter que la limite intrinsèque soit un obstacle très important à l'exploitation moderne de la terre.¹⁶⁹

Les tribunaux exigeront sans doute un degré élevé d'incompatibilité entre les activités contemporaines et les affectations fondatrices. L'incompatibilité devrait être à la fois totale et permanente. Un usage contemporain laissant subsister sur une partie de l'espace foncier la possibilité de pratiquer les activités à l'origine du titre n'outrepassera probablement pas la limite intrinsèque. Certaines formes actuelles d'exploitation pourront être totalement incompatibles avec les activités historiques sur une partie seulement de l'emprise foncière de la communauté. Par exemple, la construction d'un barrage hydroélectrique sur une portion du territoire pourrait empêcher certaines activités sur le site en question, mais elle ne rendra pas nécessairement la totalité des terres autochtones inutilisables à d'autres fins.

Par ailleurs, un usage des terres temporairement incompatible devrait être jugé licite dans la mesure où la régénération de la ressource est possible ou encore si la remise en état des lieux reste raisonnablement envisageable. C'est à juste titre que la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a tenu compte du caractère renouvelable de la ressource forestière et de la portée limitée des opérations de coupe pour conclure que des coupes à blanc n'étaient pas contraires à la limite intrinsèque¹⁷⁰. Si nous reprenons l'exemple de la mine à ciel ouvert, il faudra se demander si les méthodes d'exploitation et la transformation du milieu en résultant créeront une impossibilité permanente de reconstitution au moins partielle de ce milieu.

Enfin, la rupture devrait détruire les affectations fondatrices principales et non les affectations accessoires. Ainsi, un espace foncier utilisé accessoirement à des fins de cueillette, de chasse et de pêche à l'époque précoloniale pourra aujourd'hui faire l'objet d'affectations complètement différentes dans la mesure où ces dernières ne détruisent pas toute possibilité d'utiliser l'espace d'une manière conforme à la principale affectation historique.

Il se peut néanmoins que la limite intrinsèque, même assortie d'une norme élevée d'incompatibilité, soit dépassée. Se posera alors le problème de la sanction. À la lecture de certains passages de l'arrêt *Delgamuukw*,

169. W. FLANAGAN, «Piercing the Veil of Property Law: *Delgamuukw v. British Columbia*», (1998) 24 *Queen's L.J.* 279, 305; N. BANKES, «*Delgamuukw*, Division of Powers and Provincial Land and Resource Laws: Some Implications for Provincial Resource Rights», (1998) 32 *U.B.C. L. R.* 317, 324-325.

170. *R. v. Marshall*, [2004] 1 C.N.L.R. 2211, par. 247-248. La Cour suprême n'a pas traité cette question lors de l'appel puisqu'elle a conclu qu'aucun titre aborigène n'avait été prouvé.

nous pourrions penser que la survie même du titre ancestral serait en cause. Le juge en chef Lamer écrit en effet que, « si les autochtones désirent utiliser leurs terres d'une manière que ne permet pas le titre aborigène, ils doivent alors les céder et les convertir en terres non visées par un titre aborigène¹⁷¹ ». Faut-il conclure qu'à défaut d'avoir renoncé à leur titre les autochtones perdent tous leurs droits fonciers dès qu'ils méconnaissent la limite intrinsèque ? Faute d'avoir observé cette limite, seront-ils réputés avoir délaissé pour toujours leur titre au profit de Sa Majesté parce qu'ils auraient rompu le lien culturel les unissant aux terres des ancêtres ?

Cette solution risquerait de spolier les communautés qui sont de nos jours les héritières d'une mise en valeur ou d'un aménagement du territoire réalisé par d'autres. Les générations successives ont utilisé leurs terres en fonction de l'évolution de leurs besoins et de leurs conditions de vie. Des agglomérations, des routes, des stationnements, des centres commerciaux et des infrastructures de services publics ont été construits là où, sans doute, les anciens ont récolté des ressources naturelles nécessaires à leur subsistance. Se pourrait-il que les autochtones contemporains aient, dans certains cas, perdu tout titre ancestral sur la terre parce que leurs pères, mus par la nécessaire adaptation au changement, ont violé un « tabou » juridico-culturel dont ils ignoraient jusqu'à l'existence ?

Puisque c'est l'impossibilité purement matérielle de réactiver les usages ancestraux qui opérerait la dissolution de la tenure communautaire, il faudrait aussi accepter que l'extinction puisse résulter de l'occupation du territoire par des tiers. La réalisation d'un projet minier sur des terres n'ayant jamais été validement purgées du titre aborigène pourrait détruire automatiquement tout droit ancestral sous-jacent. Or il n'existe pas de raison déterminante, sur le plan de la logique juridique, pour conclure qu'un manquement à la limite intrinsèque emporte la disparition pure et simple de tout titre aborigène. Un tel manquement signifie toutefois que l'usage irrégulier sera *a priori* illicite et pourra faire l'objet de recours par toute partie intéressée pour y mettre fin et obtenir réparation.

L'usage que la communauté pourra faire de la terre après avoir passé outre la limite intrinsèque se trouvera peut-être grandement diminué, mais le droit d'exclure les tiers subsiste de même que l'impossibilité pour la Couronne d'exploiter le territoire sans l'accord des autochtones, ou sans justification suffisante aux termes de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, reste entière.

171. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 131.

Une façon de régulariser un usage *a priori* illicite et de sécuriser les droits de la communauté pour l'avenir sera de convertir, par voie d'accord avec la Couronne, le titre ancestral en propriété de droit commun, ou en titre foncier exclusivement issu d'un traité. Toutefois, ce n'est là qu'une des solutions possibles. Les autochtones peuvent, sans abandonner leurs droits ancestraux sous-jacents, compléter leur maîtrise de la terre en obtenant par voie de traité une liberté de jouir de leur patrimoine que le droit commun du titre ancestral ne leur accorde pas¹⁷². Ces droits complémentaires, allant au-delà de ce que prévoit la limite intrinsèque, seraient issus de traités et non des droits ancestraux. Un tel enrichissement de la maîtrise foncière par voie de traité n'exige nullement l'extinction préalable du substrat de droit ancestral puisque, tel que nous l'avons expliqué précédemment, celui-ci peut survivre juridiquement à une activité incompatible avec la limite intrinsèque.

En l'absence d'un traité ou d'une clarification judiciaire de nature à sécuriser les intéressés, l'incertitude entourant l'effet concret de la limite intrinsèque sur la liberté foncière des communautés autochtones contraindra inmanquablement leur recherche de partenaires économiques non autochtones et hypothéquera la réalisation de projets de mise en valeur.

3.3.5 Une maîtrise uniforme

Les modes d'occupation historique du territoire à la base de la reconnaissance du titre ancestral varieront d'une communauté à l'autre. Toutefois, dès lors que l'existence du titre est établie, la nature générale de la maîtrise foncière qui en résulte sera la même pour toutes les communautés titulaires : un droit communautaire exclusif d'occupation et d'usage de la terre à la discrétion de la communauté sous réserve seulement de la limite intrinsèque¹⁷³. Il est vrai, en revanche, que les contraintes associées à cette limite pourraient en principe varier en fonction de l'histoire et de la culture propres à chaque communauté.

172. C'est d'ailleurs ce qu'ont fait des peuples autochtones parties à des traités modernes récents : voir, par exemple, l'*Accord définitif Nisga'a*, 1999, Canada, Colombie-Britannique et Nation nisga'a, art. 3.1-3.8. Voir aussi : *Accord définitif Tlicho*, art. 9.1.1 et 9.1.2, 2003, [En ligne], [www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/nwts/tliagr2_f.pdf] (23 novembre 2005); *Accord sur des revendications territoriales des Inuit du Labrador*, art. 4.4.1 et 4.4.2, 2005, [En ligne], [www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/labi/labi_f.pdf] (23 novembre 2005).

173. C'est pourquoi le professeur Slattery qualifie le titre aborigène de « droit générique » : voir B. SLATTERY, « Making Sense of Aboriginal and Treaty Rights », (2000) 79 *R. du B. can.* 196.

Conclusion

Notre étude montre que, bien que l'émergence du titre aborigène soit génératrice d'insécurité foncière, nul n'envisage de restituer aux peuples autochtones la maîtrise plénière et exclusive des vastes terres de chasse précoloniales. L'idée maîtresse de conciliation qui irrigue toute la jurisprudence de la Cour suprême exprime bien les limites du projet étatique de reconnaissance des droits ancestraux ; ce projet n'est pas de bouleverser fondamentalement l'ordre des choses.

Il faut aussi savoir que, malgré les doctes dissertations des universitaires et des magistrats, le titre aborigène n'a encore guère de substance concrète dans le quotidien autochtone. C'est qu'en pratique les communautés ne peuvent jouir effectivement de leur patrimoine ancestral qu'au terme d'un processus aléatoire de validation de leur prétention par les institutions étatiques. Un groupe estimant posséder un titre sur ses terres traditionnelles pourrait certes tenter d'exercer unilatéralement tous les droits afférents, y compris le contrôle exclusif de ces terres. Cependant, une telle stratégie mènera inexorablement à un face à face judiciaire ; ni la Couronne ni les tiers à qui cette dernière aura concédé des droits sur les terres ne voudront admettre de bon gré l'existence du titre revendiqué.

Le groupe revendicateur peut encore s'abstenir d'exercer unilatéralement son contrôle du territoire tout en cherchant à faire reconnaître ses droits par la voie judiciaire. Or si les décisions confirmant l'existence de droits ancestraux de prélèvement de ressources à des fins de subsistance sur les terres publiques sont relativement nombreuses, il n'existe à ce jour aucun jugement déclarant un groupe autochtone titulaire d'un titre aborigène sur une partie quelconque du territoire canadien.

Il est tout de même possible de penser que, tôt ou tard, un groupe autochtone parviendra, en dépit des difficultés juridiques, des délais et du coût exorbitant qu'implique la présentation d'une revendication judiciaire, à convaincre un tribunal qu'il détient un titre aborigène sur des terres situées à l'extérieur d'une réserve. Cependant, en raison du pouvoir de la Couronne de porter atteinte, à certaines conditions, aux droits des autochtones, la consécration judiciaire d'un titre sera très loin de mettre fin au contentieux foncier entre les autochtones et la Couronne ou ses ayants droit.

L'obligation faite au gouvernement d'agir de manière honorable au moment de restreindre l'exercice des droits ancestraux induit cependant une logique de dialogue. Celle-ci ne peut qu'être accusée par le droit désormais reconnu aux autochtones d'être consultés et, au besoin, de bénéficier de mesures d'accommodement tenant compte de leurs préoccupations,

avant que puisse être réalisé un projet sur tout territoire à l'égard duquel existe une revendication crédible de titre aborigène¹⁷⁴. Si nous ajoutons à ce portrait l'obligation pour la Couronne de négocier honorablement toute revendication sérieuse de titre aborigène ou de droits ancestraux¹⁷⁵, nous ne pouvons que conclure à l'existence d'une politique judiciaire ayant pour objet de renvoyer dans la sphère politique le règlement des revendications autochtones.

Que les magistrats veuillent quitter l'avant-scène se conçoit aisément puisque le juste partage du pouvoir, de la richesse et de la légitimité historique entre les premiers peuples et la société issue de la colonisation sera ultimement l'affaire des élus. La négociation de traités paraît inévitable, du moins à long terme. Encore faut-il dire que l'incitation judiciaire à la conclusion d'ententes ne pourra probablement porter ses fruits que si les juges restent disponibles pour encadrer, voire superviser, des pourparlers qui, souvent, s'enlisent, font perdurer l'insécurité foncière et exacerbent presque autant les tensions intercommunautaires que les actions unilatérales. En d'autres termes, il se peut que le dialogue passe par quelques allers-retours entre le prétoire et la table de négociation¹⁷⁶.

De la négociation naîtra, un jour ou l'autre, quelque solution de compromis. Assisterons-nous alors enfin à la pérennisation triomphante de cette figure singulière du foncier autochtone esquissée par la Cour suprême ? Rien n'est moins sûr. Dans la foulée de l'affaire *Delgamuukw*, chaque fois qu'un traité moderne a reconnu un titre foncier autochtone, les parties se sont empressées de neutraliser des attributs essentiels de la tenure ancestrale échafaudée par les tribunaux. Cette figure-là du titre aborigène, sitôt sortie des limbes juridiques, pourrait bien y sombrer à nouveau comme une ombre fugace. N'en sous-estimons toutefois pas la résilience puisque les traités modernes, en s'abstenant de l'éteindre, lui préparent peut-être une reviviscence au tournant du siècle prochain...

174. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, précité, note 41 ; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique*, précité, note 121. Il faudra néanmoins que le projet envisagé soit de nature à influencer négativement sur les droits potentiels des autochtones.

175. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, précité, note 41, par. 20 et 25. Voir aussi *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 186.

176. Voir notamment P. DIONNE, « La reconnaissance et la définition contemporaines des droits ancestraux : négocier ou s'adresser aux juges ? », dans G. OTIS (dir.), *op. cit.*, note 4, p. 71, aux pages 78-80. Voir aussi L.I. ROTMAN, « Let's Face it, We are all Here to Stay : but do We Negotiate or Litigate ? », dans K. WILKINS (dir.), *op. cit.*, note 20, 202.