

Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones

Ghislain Otis

Volume 40, Number 3, 1999

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043562ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043562ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Article abstract

The author examines various issues pertaining to the sources of aboriginal rights in Canada. Professor Otis first underlines the persistent uncertainty regarding the source of these rights in Quebec. He then reviews Supreme Court case law in order to ascertain the role played by preexisting aboriginal legal systems for defining the nature and content of a boriginal rights recognized a t common la w and under section 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Based on this analysis, the author takes the view that the Court does not apply the doctrine of continuity by which the state's legal system would serve only to incorporate aboriginal laws derived from pre-colonial aboriginal legal systems. Instead of defining aboriginal rights in terms of aboriginal customs and laws, the Court purports to develop a body of "intersocietal" law depicted as a crossbreeding of western and aboriginal legal cultures. On the other hand, because aboriginal rights are held communally, individual interests regarding access to and exercise of such rights within the community will be derived solely from aboriginal laws. The author argues, however, that the group's normative autonomy is not unlimited since it cannot be used in a way that would infringe upon an aboriginal person's basic rights or freedoms.

Cite this article

Otis, G. (1999). Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones. *Les Cahiers de droit*, 40(3), 591–620. <https://doi.org/10.7202/043562ar>

Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones

Ghislain OTIS*

Dans la présente étude, l'auteur se penche sur différentes questions relatives aux sources des droits ancestraux des peuples autochtones. Il relève d'abord l'incertitude persistante quant à la source de ces droits au Québec. Il étudie ensuite la jurisprudence de la Cour suprême du Canada dans le but de circonscrire le rôle joué par les régimes juridiques autochtones d'origine précoloniale dans la définition des droits ancestraux reconnus par la common law et l'article 35 (1) de la Loi constitutionnelle de 1982. Il ressort de son analyse que, même si la plus haute juridiction canadienne affirme que les droits ancestraux tirent leur origine en partie des régimes autochtones préexistants, elle n'applique pas le principe de continuité selon lequel le droit étatique ne ferait que maintenir en vigueur le droit autochtone précolonial. Ainsi, lorsqu'elle définit le contenu des droits ancestraux et leurs conditions d'existence, la Cour suprême ne donne pas simplement effet aux prescriptions du droit coutumier autochtone, mais elle élabore plutôt un ensemble de règles qu'elle présente comme le produit d'un métissage des cultures juridiques occidentale et autochtone. En revanche, le groupe autochtone étant titulaire lui-même d'un droit ancestral, il lui revient d'en établir les conditions et modalités d'exercice. Le droit autochtone issu de cette autonomie normative constitue la source exclusive des droits individuels des membres de la communauté. Si le groupe exerce ainsi un pouvoir considérable sur l'individu, il ne peut aller à l'encontre des droits fondamentaux de la personne qui sont une dimension essentielle de l'organisation juridique étatique.

* Professeur titulaire, vice-doyen aux programmes d'études de deuxième et troisième cycles et à la recherche, Faculté de droit, Université Laval.

The author examines various issues pertaining to the sources of aboriginal rights in Canada. Professor Otis first underlines the persistent uncertainty regarding the source of these rights in Quebec. He then reviews Supreme Court case law in order to ascertain the role played by preexisting aboriginal legal systems for defining the nature and content of aboriginal rights recognized at common law and under section 35(1) of the Constitution Act, 1982. Based on this analysis, the author takes the view that the Court does not apply the doctrine of continuity by which the state's legal system would serve only to incorporate aboriginal laws derived from pre-colonial aboriginal legal systems. Instead of defining aboriginal rights in terms of aboriginal customs and laws, the Court purports to develop a body of "intersocietal" law depicted as a crossbreeding of western and aboriginal legal cultures. On the other hand, because aboriginal rights are held communally, individual interests regarding access to and exercise of such rights within the community will be derived solely from aboriginal laws. The author argues, however, that the group's normative autonomy is not unlimited since it cannot be used in a way that would infringe upon an aboriginal person's basic rights or freedoms.

	<i>Pages</i>
1. L'énigmatique source des droits ancestraux au Québec	594
2. Les systèmes juridiques autochtones préexistants : source matérielle et non formelle des droits ancestraux	599
2.1 La préexistence des droits ancestraux et la théorie des sources	599
2.2 Le droit relatif aux droits ancestraux : un droit étatique « intersociétal »	600
2.2.1 La jurisprudence relative aux « droits-activités »	603
2.2.2 La jurisprudence relative au titre aborigène	606
2.3 La référence aux régimes autochtones préexistants comme représentations du point de vue autochtone dans l'application du droit étatique	609
3. Le droit autochtone : source formelle d'un régime d'exercice des droits ancestraux	611
3.1 Les droits de groupe et l'autonomie normative	611
3.2 Le droit autochtone : source exclusive des droits individuels « dérivés »	616
Conclusion	619

Les droits ancestraux des peuples autochtones font partie du droit positif canadien. Bien que la Cour suprême du Canada n'ait entrepris que depuis peu d'en définir précisément la portée, nous savons déjà que ces droits peuvent être fort variés : titres fonciers exclusifs, droits d'exploitation des ressources naturelles sur les terres du domaine public, droits culturels et religieux. Faisant écho au discours identitaire autochtone, la plus haute juridiction canadienne affirme que les droits ancestraux « participent de l'essence même de l'« autochtonité » », qu'ils sont l'expression de la préexistence séculaire sur le territoire de sociétés indigènes distinctives¹.

L'inscription de l'« ancestralité » des droits autochtones dans le droit étatique exprime la continuité juridique essentielle entre l'autochtonie contemporaine et les ancêtres des temps précoloniaux. Elle distille aussi toute la problématique des sources des droits ancestraux dans le droit positif. Si les autochtones tiennent leurs droits des ancêtres, c'est que ces droits plongent leurs racines dans un terreau juridique précolonial, ce qu'admet volontiers la Cour suprême en soulignant la « préexistence » des droits ancestraux par rapport au droit étatique². Cette mise en rapport des ordres juridiques autochtones originaires et du droit étatique pose le problème de savoir à quel corpus normatif il convient de puiser aujourd'hui pour définir le contenu, les conditions d'existence et les modalités d'exercice des droits ancestraux inscrits dans la constitution canadienne.

Les références aux régimes juridiques autochtones que l'on retrouve de plus en plus fréquemment dans les décisions de la Cour suprême nous obligent en effet à mesurer l'incidence réelle de ces régimes sur la mise en œuvre des droits ancestraux reconnus par le droit étatique. C'est là l'objectif principal de la présente étude consacrée à l'analyse des sources des droits ancestraux dans la jurisprudence de la Cour suprême.

Notre ambition n'est donc pas d'examiner les régimes autochtones mais bien de mieux comprendre l'interaction du droit étatique et du droit autochtone dans la construction par la plus haute juridiction canadienne du régime des droits ancestraux. Les juristes ont en général peu étudié le droit autochtone précolonial³. De plus, même si d'aucuns affirment, dans

1. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 19 et 26-43.

2. *Id.*, par. 36 ; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 114 ; *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322, 340 ; *Guérin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, 376-379.

3. En ce qui concerne les systèmes politiques et fonciers précoloniaux, voir notamment les études citées dans A. ÉMOND, « Quels sont les partenaires autochtones avec lesquels la Couronne entretient une relation historique ? », (1997) 76 *R. du B. can.* 130, 138-142. Voir également L. LITTLE BEAR, « Aboriginal Rights and the Canadian « Grundnorm » », dans J.R. PONTING (dir.), *Arduous Journey : Canadian Indians and Decolonization*, Toronto, McClelland and Stewart, 1986, p. 243.

l'esprit du pluralisme juridique, que les systèmes normatifs autochtones ont certainement survécu à l'avènement de l'État⁴, il est difficile de jauger l'effectivité actuelle des institutions traditionnelles au sein des collectivités autochtones⁵. Or, comme il ressortira clairement de l'analyse qui suit, la pertinence de ces questions pour l'étude du droit positif ne fait pas de doute et les juristes ne pourront plus s'en désintéresser.

Cependant, avant de nous pencher sur le rapport entre le droit étatique et le droit autochtone, nous traiterons d'un problème de source qui concerne surtout le Québec et qui consiste à mettre en évidence le mode d'ancrage des droits ancestraux dans un droit étatique marqué par l'épisode du Régime colonial français.

1. L'énigmatique source des droits ancestraux au Québec

En reconnaissant et en « confirmant » les droits ancestraux « existants » des peuples autochtones du Canada, l'article 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁶ affirme l'antériorité de ces droits. Comme l'a souligné la Cour suprême, le libellé de la disposition constitutionnelle rend notamment compte du fait que ces droits existaient déjà avant 1982 dans la common law⁷, de sorte qu'« une doctrine juridique préexistante s'est vue conférer un statut constitutionnel »⁸.

La common law des droits ancestraux étant elle-même issue des pratiques et des politiques impériales propres aux colonies de peuplement

4. Les travaux du professeur John Borrows, lui-même d'ascendance autochtone, illustrent bien la pensée d'inspiration pluraliste. Voir, par exemple, J. BORROWS, « With or Without You : First Nations Law (in Canada) », (1996) 41 *R.D. McGill* 629.

5. Pour une étude de cas dont les auteurs se sont intéressés notamment à l'effectivité actuelle des ordres normatifs traditionnels au sein d'une communauté contemporaine, voir A. LAJOIE *et al.*, « Pluralisme juridique à Kahnawake ? », (1998) 39 *C. de D.* 681.

6. *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11). L'article 35 (1) dispose ceci : « Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés. »

7. La reconnaissance du titre ancestral de common law, aussi appelé « titre aborigène » par la Cour suprême, remonte au Canada à la décision *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313. Voir également *Guérin c. La Reine*, précité, note 2.

8. *R. c. Van der Peet*, précité, note 1, par. 29. Dans l'affaire *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précitée, note 2, le juge en chef déclare (par. 133) : « Il ressort de la simple lecture du par. 35(1) que cette disposition n'a pas créé de droits ancestraux, mais qu'elle a plutôt constitutionnalisé ceux qui étaient « existants » en 1982. Cette disposition a, à tout le moins, constitutionnalisé les droits que les peuples autochtones possédaient en common law, étant donné que ces droits existaient au moment de l'entrée en vigueur du par. 35(1). »

britanniques⁹, l'étude des sources des droits ancestraux prend une inflexion singulière dans le cas des territoires, dont une grande partie du Québec actuel (le Québec méridional), initialement colonisés par la France et par la suite intégrés au domaine de la Couronne britannique. Si la reconnaissance des droits ancestraux est tributaire de l'expérience coloniale, ne faut-il pas logiquement interroger le droit colonial français en présence d'une revendication de droits ancestraux sur les terres cédées à la Couronne britannique en 1763 ? Et si le Régime français n'a pas consacré les droits ancestraux des populations autochtones, l'avènement de la souveraineté britannique a-t-il pu avoir pour effet de transposer intégralement dans la nouvelle possession de Sa Majesté une common law impériale protectrice des droits ancestraux¹⁰ ?

Appelée, dans l'affaire *R. c. Côté*¹¹, à statuer sur une revendication de droit ancestral visant des terres situées dans une région du Québec ayant fait partie du territoire de l'ancienne Nouvelle-France, la plus haute juridiction canadienne a estimé qu'il n'y avait pas lieu, pour disposer du litige,

-
9. La Cour suprême accrédite la thèse du professeur Brian Slattey selon laquelle les droits ancestraux sont le résultat des pratiques par lesquelles les autorités britanniques ont réglé leurs relations avec les peuples autochtones dans la phase initiale de l'entreprise coloniale. Voir B. SLATTERY, « Understanding Aboriginal Rights », (1987) 66 *R. du B. can.* 727, cité dans l'affaire *Van der Peet*, précitée, note 1, par. 19, 35 et 42. Voir également 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 ; J. WEBBER, « Relations of Force and Relations of Justice : The Emergence of Normative Community Between Colonists and Aboriginal Peoples », (1995) 33 *Osgoode Hall L.J.* 623. Cependant, il est clair que si la Cour suprême du Canada se réfère à la jurisprudence américaine elle-même inspirée des pratiques coloniales britanniques du XVIII^e siècle, il n'est pas question de calquer purement et simplement la portée contemporaine des droits ancestraux sur ces pratiques : G. OTIS, « Le diptyque Côté-Adams ou la préséance de l'ordre établi dans le droit postcolonial des peuples autochtones », (1997) 8 *Forum constitutionnel* 70, 72-74.
 10. Le débat sur cette question a donné lieu à une riche doctrine. On consultera notamment H. BRUN, « Les droits des Indiens sur le territoire du Québec », dans H. BRUN (dir.), *Le territoire du Québec : six études juridiques*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1974, p. 50 ; P. DIONNE, « Les postulats de la Commission Dorion et le titre aborigène au Québec : vingt ans après », (1991) 51 *R. du B.* 127 ; R. BOIVIN, « Le droit des autochtones sur le territoire québécois et les effets du régime français », (1995) 55 *R. du B.* 135 ; A. ÉMOND, « Existe-t-il un titre indien originaire dans les territoires cédés par la France en 1763 ? », (1995) 41 *R.D.McGill* 59 ; A. LAJOIE et al., *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996 ; M. MORIN, *L'usurpation de la souveraineté autochtone*, Montréal, Boréal, 1997, pp. 63-84.
 11. *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139.

de faire porter le débat sur la reconnaissance en droit colonial français et britannique des droits des autochtones au Québec. Selon la Cour suprême, la protection constitutionnelle offerte par l'article 35 (1) suffit, en l'absence d'une mesure d'abrogation expresse des droits des autochtones antérieure à 1982¹², pour ancrer ces droits dans l'ordre étatique.

Le juge en chef Lamer, exprimant l'avis de la Cour suprême sur ce point, estime qu'il est « préférable d'analyser l'argument de l'intimé en fonction du libellé et de l'objet du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹³ » puisque l'inscription des droits ancestraux dans la Constitution « a modifié la situation des droits ancestraux au Canada¹⁴ ». Ainsi, on ne saurait faire échec à une revendication autochtone conforme à la finalité de la disposition constitutionnelle pour le simple motif que le droit réclamé n'a pas été reconnu légalement par les colonisateurs européens¹⁵. L'article 35 (1) peut donc servir de fondement suffisant à la reconnaissance et à la confirmation des droits ancestraux dans l'ensemble du Québec¹⁶.

Dans l'affaire *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, le juge en chef a réitéré l'idée voulant que, compte tenu de l'objet réparateur de l'article 35 (1), l'existence de droits ancestraux en droit colonial français ou en common law « n'est pas un préalable essentiel pour prouver l'existence d'un droit ancestral reconnu et confirmé par le par. 35 (1)¹⁷ ». Le magistrat ajoute :

12. Avant qu'ils soient constitutionnalisés, les droits ancestraux pouvaient être éteints de manière unilatérale par les autorités étatiques compétentes dans la mesure où la volonté d'abroger les droits autochtones était exprimée de manière claire et manifeste (*clear and plain*). Voir *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, note 7 ; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075 ; *R. c. Van der Peet*, précité, note 1, par. 28. La Cour suprême a statué, dans l'affaire *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précitée, note 2, que depuis 1867 seules les autorités fédérales pouvaient éteindre les droits ancestraux. Avec l'entrée en vigueur de l'article 35 (1), toute restriction unilatérale des droits devra être justifiée par l'objectif important qu'elle sert et par les moyens justes et honorables qui sont déployés dans la mise en œuvre de cet objectif. Ce test de justification fut dégagé dans l'affaire *R. c. Sparrow*, précitée, note 12, et précisé dans la jurisprudence subséquente dont, en particulier, les affaires *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723 et *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précitée, note 2.

13. *R. c. Côté*, précité, note 11, par. 50.

14. *Id.*, par. 51.

15. *Id.*, par. 52. La Cour a réitéré son analyse de cette question dans *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101.

16. Pour une analyse détaillée de la démarche d'autonomisation de l'article 35 (1) comme source formelle des droits ancestraux, voir G. OTIS, *loc. cit.*, note 9, 72-74.

17. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 2, par. 136.

De fait, aucune des décisions qui ont été rendues par notre Cour relativement au par. 35(1) et dans lesquelles l'existence d'un droit ancestral a été démontrée n'a invoqué l'existence de ce droit en common law. L'existence d'un droit ancestral en common law est donc suffisante, mais pas nécessaire, pour la reconnaissance et la confirmation de ce droit par le par. 35 (1)¹⁸.

Même en présupposant que la Constitution fournit depuis 1982 un ancrage suffisant aux droits ancestraux, cette démarche de la Cour fait complètement l'impasse sur la recherche de la source de tels droits avant l'entrée en vigueur de l'article 35 (1). Pareille impasse portera probablement peu à conséquence dans les provinces où la common law offrait déjà une protection en droit positif. En revanche, les tribunaux sont déjà saisis de demandes de réparation provenant des autochtones du Québec relativement à de prétendues violations de leurs droits ancestraux qui se seraient produites à une époque où l'article 35 (1) n'existait pas¹⁹. Comme les droits ancestraux « existent dans les limites du système juridique canadien²⁰ », il faudra bien alors trouver dans ce système une source pour les droits ancestraux au Québec qui soit antérieure à la disposition constitutionnelle.

La Cour suprême n'a, en réalité, manifestement pas voulu dire dans l'affaire *Côté* que les droits ancestraux n'ont pris effet dans le droit canadien applicable au Québec qu'à la faveur de l'édiction de l'article 35 (1). Une telle solution serait irréconciliable non seulement avec le principe d'antériorité des droits ancestraux, mais aussi avec le souci affiché par la Cour suprême d'éviter tout particularisme québécois apparaissant injuste pour les autochtones et d'assurer un régime de protection des droits ancestraux uniforme pour l'ensemble du pays²¹.

La plus haute juridiction canadienne récusera à coup sûr, pour des motifs tenant tant au contexte postcolonial qu'à un souci de conformité historique, toute théorie apparentée à la *terra nullius* selon laquelle l'héritage contemporain du régime français se traduirait au Québec par la négation complète des droits ancestraux avant 1982. La décision de politique judiciaire en faveur des droits ancestraux au Québec étant acquise, seule la voie juridique que choisira la Cour suprême pour concrétiser cette politique reste à tracer. En l'absence d'extinction des droits des autochtones par

18. *Ibid.*

19. Dans le dossier *La nation innu de Betsiamites c. Procureur général du Canada*, C.S. Montréal, n° 500-05-039472-988, 28 avril 1999, j. P.J. Dalphond, une communauté Innu réclame divers redressements pour les manquements à ses droits ancestraux qui résulteraient de l'aménagement, dans les années 70, d'installations hydroélectriques dans une région qu'elle estime être son territoire traditionnel.

20. *R. c. Van der Peet*, précité, note 1, par. 49.

21. *R. c. Côté*, précité, note 11, par. 53.

le Régime français, les tribunaux seront à même de mobiliser les ressources de la common law qui aurait, lors de l'avènement de la souveraineté britannique, reconnu et confirmé ces droits ancestraux²².

La *Proclamation royale de 1763*²³ pourra en outre servir de substitut ou de complément à la common law. Cet instrument législatif fondamental pourrait pallier toute incertitude quant à la transposition de la common law coloniale des droits ancestraux aux terres nouvellement conquises. La Cour suprême pourra assez aisément conclure que, en réservant aux Indiens le droit d'occuper et d'utiliser leurs terres traditionnelles de chasse n'ayant pas été vendues ni cédées à la Couronne, la Proclamation réaffirmait la politique impériale postulant la préexistence des droits autochtones sur ces terres. Ainsi, selon cette lecture de la « grande charte des Indiens », celle-ci ne ferait que confirmer des droits préexistants, préservant ainsi leur « ancestralité ». Il semble par ailleurs peu douteux que, dans l'hypothèse où la Cour suprême estimerait nécessaire d'étayer les droits ancestraux au Québec sur la Proclamation royale, elle écarterait, conformément à la logique d'uniformité pancanadienne, l'interprétation avancée par certains voulant que ce document ait un effet protecteur plus limité à l'intérieur de la colonie de Québec créée par Londres en 1763²⁴.

On aurait toutefois tort de penser que la difficulté de préciser les sources des droits ancestraux se trouve résolue dès lors que leur appartenance au droit positif peut être fondée sur la common law, la Proclamation royale ou l'article 35 (1). Il ressort en effet de la jurisprudence que les droits ancestraux s'insèrent dans un enchaînement de sources du fait que le droit étatique reconnaissant ces droits vient relayer les systèmes juridiques autochtones précoloniaux. Ce rattachement premier des droits ancestraux aux régimes précoloniaux pose la question du rôle de ces régimes dans la définition des droits ancestraux et dans l'organisation de leur exercice.

22. La Cour suprême s'est montrée plutôt favorable à cette hypothèse, voir *R. c. Côté*, précité, note 11, par. 42-49.

23. *Proclamation royale de 1763*, L.R.C. (1985), app. II, n° 1.

24. D'aucuns ont prétendu que, en ce qui concerne les terres sises à l'intérieur de la colonie de Québec en 1763, seules les terres de réserves seraient visées par la Proclamation : voir H. Brun, *op. cit.*, note 10 ; J. BEAULIEU, C. CANTIN et M. RATELLE, « La Proclamation royale de 1763 : le droit refait l'histoire », (1989) 49 *R. du B.* 317. D'autres défendent la thèse voulant que toutes les terres traditionnellement utilisées par les autochtones et n'ayant pas été vendues ni cédées à la Couronne sont visées par la Proclamation : P. Dionne, *loc. cit.*, note 10, 128-161 ; M. Morin, *op. cit.*, note 10, pp. 139-151.

2. Les systèmes juridiques autochtones préexistants : source matérielle et non formelle des droits ancestraux

2.1 La préexistence des droits ancestraux et la théorie des sources

Les droits ancestraux trouvent leur fondement dans la préexistence des peuples autochtones sur le territoire en tant que sociétés organisées²⁵. En qualifiant ces droits de « préexistants²⁶ » et en affirmant que « le titre aborigène existait avant la colonisation par les Britanniques et a continué d'exister après les revendications de souveraineté britanniques²⁷ », la Cour suprême précise que ces droits s'étaient cristallisés *avant* l'avènement du colonisateur européen de sorte qu'ils trouvent leur source juridique originale dans les systèmes autochtones précoloniaux, donc hors de l'ordre étatique²⁸. La plus haute juridiction canadienne avance par ailleurs que le titre aborigène²⁹ confirmé par l'article 35 (1) découle de l'occupation antérieure du territoire par les peuples autochtones et du « rapport entre la common law et les régimes juridiques autochtones préexistants³⁰ ».

Cependant, quelle est la nature précise de l'interaction entre le droit étatique et les régimes autochtones mentionnée par la Cour suprême ? Deux hypothèses peuvent être envisagées en fonction de la distinction classique entre les *sources formelles* et les *sources matérielles* du droit. Les premières sont les procédés par lesquels les normes « s'insèrent dans le droit positif et acquièrent validité », les formes qu'il emprunte pour « prendre le caractère contraignant qui est propre à la règle de droit »³¹. Quant aux secondes, elles sont les « représentations qui influencent effectivement les

25. Pour une intéressante discussion des différents fondements historiques, moraux et juridiques des droits ancestraux, voir P. MACKLEM, « Normative Dimensions of an Aboriginal Right of Self-Government », (1995) 21 *Queen's L.J.* 173.

26. R. c. *Van der Peet*, précité, note 1, par. 36.

27. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 2, par. 114 ; *Roberts c. Canada*, précité, note 2, 340 ; *Guérin c. La Reine*, précité, note 2, 376-379.

28. Comme le note un auteur, « [t]his apparently means that Aboriginal peoples' rights to their traditional lands are not derived from the legal systems which the Europeans imposed on them ». Voir K. McNEIL, « The Meaning of Aboriginal Title », dans M. ASCH (dir.), *Aboriginal and Treaty Rights in Canada: Essays on Law, Equality and Respect for Difference*, Vancouver, UBC Press, 1997, pp. 135 et 136.

29. Rappelons que le titre aborigène est une sous-catégorie des droits ancestraux qui emporte la maîtrise exclusive de l'espace foncier : R. c. *Van der Peet*, précité, note 1, par. 33 ; R. c. *Adams*, précité, note 15, par. 25-29 ; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 2, par. 111.

30. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 2, par. 114 et 145.

31. J. CARBONNIER, *Droit civil*, 8^e éd., Paris, PUF, 1969, p. 15, cité dans M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 133.

fonctions de création et d'application du droit » sans avoir le caractère obligatoire propre aux règles de droit³². Ces sources ont aussi été qualifiées de *substantielles*, car « elles fournissent aux normes leur matière » à partir de considérations historiques, politiques ou autres³³.

Les régimes autochtones pourront être considérés comme une véritable source formelle des droits ancestraux si le rôle du droit étatique se résume à conférer pleine validité à ces régimes dans le droit positif de manière à les rendre obligatoires pour les institutions ayant pour mission d'appliquer ce droit. Comme il y aurait alors réception par renvoi du droit autochtone dans le droit étatique, le tribunal appelé à connaître d'une revendication de droit ancestral serait tenu, pour trancher, de s'en remettre aux prescriptions du régime autochtone préexistant.

L'incidence de ces régimes sera celle d'une source matérielle si les juges s'en servent comme d'une des composantes du contexte qui irrigue le droit positif et en infléchit l'orientation.

2.2 Le droit relatif aux droits ancestraux : un droit étatique « intersociétal »

Pour certains, l'affirmation de la préexistence des droits ancestraux au regard du droit étatique devrait logiquement faire des régimes autochtones précoloniaux une source formelle des droits ancestraux :

For it to exist as a legal right before the Crown acquired sovereignty, it would need to be based on some system of law, which would have to be Aboriginal, as no other law existed in North America prior to European colonization. But if Aboriginal title originates in Aboriginal systems of law, why is proof of those systems of law not necessary to establish the title³⁴? [...] If it is based on Aboriginal laws and customs, one would expect its content to be defined in terms of those laws and customs, which would have to be proved³⁵.

Selon ce point de vue, souvent appelé *principe de continuité*³⁶, la common law ne ferait que maintenir en vigueur en droit canadien le droit autochtone d'origine précoloniale, bien que ce dernier ait pu évoluer au gré

32. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 314.

33. J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1989, pp. 51 et 52.

34. K. McNEIL, *op. cit.*, note 28, p. 137.

35. *Id.*, 141. W. FLANAGAN, « Piercing the Veil of Real Property Law : *Delgamuukw v. British Columbia* », (1998) 24 *Queens L.J.* 279, 305-307 ; D. LAMBERT, « Van Der Peet and *Delgamuukw* : Ten Unresolved Issues », (1998) 32 *U.B.C. L. Rev.* 249, 259-263.

36. K. McNEIL, *Common Law Aboriginal Title*, Oxford, Clarendon Press, 1989, pp. 179-192. L'arrêt invariablement invoqué au soutien de la doctrine de continuité fut rendu dans l'affaire *Tijani v. Secretary, Southern Nigeria*, [1921] 2 A.C. 399, qui porte sur les droits fonciers des indigènes dans les colonies britanniques d'Afrique de l'Est.

des mutations des sociétés autochtones elles-mêmes. Il suffirait dès lors, pour circonscrire la teneur des droits ancestraux, d'interroger les règles issues des régimes préétatiques³⁷. Par exemple, le rôle du tribunal appelé à connaître d'une revendication de titre foncier ancestral consisterait à décider si, au regard du droit autochtone incorporé dans le droit canadien, la partie autochtone peut prétendre à la maîtrise foncière revendiquée. Il s'agirait d'une manifestation de ce que les théoriciens du droit appellent le « pluralisme juridique étatique », c'est-à-dire une situation où le droit autochtone se trouve « adopté et respecté par les institutions étatiques³⁸. »

Les tenants de la continuité formelle des régimes préexistants admettent néanmoins que la réception du droit autochtone serait subordonnée à certains impératifs inhérents aux institutions juridiques du colonisateur. Ainsi, les tribunaux refuseraient d'appliquer les règles du droit autochtone jugées attentatoires à l'ordre public ou à la « justice naturelle³⁹ ». De même, les prérogatives inhérentes à la souveraineté de Sa Majesté auront pour

37. La majorité de la High Court de l'Australie souscrit au principe de continuité dans l'affaire *Mabo v. Queensland [No. 2]*, (1992) 175 C.L.R. 1. Ainsi, le juge Brennan déclare (p. 58) : « Native title has its origin in and is given its content by the traditional laws acknowledged by and the traditional customs observed by the indigenous inhabitants of a territory. The nature and incidents of native title must be ascertained as a matter of fact by reference to those laws and customs. » Voir également les motifs des juges Deane et Gaudron, notamment à la page 88, où l'on peut lire : « Since the title preserves entitlement to use or enjoyment under the traditional law or custom of the relevant territory or locality, the contents of the rights and the identity of those entitled to enjoy them must be ascertained by reference to that traditional law or custom. » Voir également *The Wik Peoples v. Queensland*, (1997) 71 A.L.J.R. 173 (H.C.).

38. G.R. WOODMAN, « Droit comparé général », dans W. CAPELLER *et al.* (dir.), *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 129. Dans l'affaire *Mabo v. Queensland [No. 2]*, précitée, note 37, 70, les juges Deane et Gaudron expliquent ainsi la démarche à laquelle doit s'astreindre le juge en présence d'une revendication foncière autochtone fondée sur les droits préexistants : « What the common law required was that the interest under the local law or custom involve an established entitlement of an identified community, group or (rarely) individual to the occupation and use of particular land and that that entitlement to occupation or use be of sufficient significance to establish a locally recognized special relationship between the particular community, group or individual and that land. »

39. K. McNEIL, *op. cit.*, note 36, pp. 181 et 182 ; D. LAMBERT, *loc. cit.*, note 35, 261. Ainsi, dans l'affaire *Idewu Inasa v. Oshodi*, [1934] A.C. 99, 105, le Comité judiciaire du Conseil privé décidait qu'il fallait donner pleinement effet à la coutume autochtone, exception faite des règles « [so] repugnant to natural justice, equity and good conscience, so that judicial sanctions [...] must be withheld ». Cette position fut adoptée par le juge Brennan dans l'affaire *Mabo v. Queensland [No. 2]*, précitée, note 37, 51.

corollaires l'inaliénabilité des droits ancestraux⁴⁰ et la possibilité qu'ils fassent l'objet d'une extinction unilatérale aux mains des autorités étatiques compétentes⁴¹. En dehors de ces dérogations à la logique de l'incorporation par renvoi, ces auteurs estiment que les tribunaux devraient appliquer les règles de droit issus des régimes autochtones.

Pour que le contenu et les conditions d'existence des droits ancestraux soient véritablement définis par les régimes autochtones préétatiques, il faudrait d'abord que la référence à ces régimes soit tenue pour nécessaire par le tribunal et que ce dernier s'y rapporte de manière explicite et méthodique ; il faudrait en plus que cette référence soit en principe suffisante sous réserve de dérogations exceptionnelles.

Or ce n'est pas ainsi que travaille la Cour suprême qui ne confine nullement l'ordre étatique à un simple rôle de réceptacle passif des systèmes juridiques autochtones. Pour la plus haute juridiction canadienne, le contenu des droits ancestraux ne doit pas être arrêté en fonction des droits existant dans l'ordre juridique autochtone originaire mais à la lumière du but singulier de la reconnaissance des droits ancestraux dans l'ordre étatique, lequel but est défini comme suit par la Cour suprême dans l'affaire *Van der Peet* :

[...] la meilleure façon de décrire les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) est de dire qu'ils sont, premièrement, le moyen par lequel la Constitution reconnaît le fait qu'avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord le

40. Par « inaliénabilité », on désigne l'interdit d'« exo-transmission » qui empêche la cession des droits ancestraux à des tiers sans toutefois exclure la faculté d'abandonner librement ces droits au profit de la Couronne : voir *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 2, par. 113. L'inaliénabilité des droits ancestraux découle en partie de la nécessité de préserver le principe fondamental de l'organisation juridique canadienne voulant que le domaine foncier privé soit nécessairement issu de concessions de la Couronne ; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 2, par. 129.

41. Voir par exemple les motifs des juges Deane et Gaudron dans l'affaire *Mabo v. Queensland [No. 2]*, précitée, note 37, 72-73. Un analyste écrit à ce sujet : « Il est vrai, cependant, que la common law a modifié la tenure autochtone sous plusieurs rapports, notamment en rendant les titres aborigènes inaliénables et en leur greffant des obligations régaliennes. Elle pouvait ainsi concilier la survie des titres ancestraux avec la souveraineté de la Couronne anglaise et ses engagements historiques envers les autochtones. Voilà probablement pourquoi on a jugé dans l'affaire *Delgamuukw* que le titre aborigène prend également sa source dans le « rapport entre la common law et les régimes juridiques autochtones préexistants [sic] ». Il reste que le fondement du titre ancestral repose sur la nature de l'occupation antérieure à la souveraineté européenne, donc sur des régimes fonciers préexistants. » 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, 853-854.

territoire était déjà occupé par des sociétés autochtones distinctives, et, deuxièmement, le moyen de concilier cette occupation antérieure avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur le territoire canadien. Le contenu des droits ancestraux doit viser la réalisation de ces deux objets⁴².

Cette logique de coexistence oblige la Cour suprême à « identifier le fondement du statut particulier des peuples autochtones au sein de l'ensemble de la société canadienne⁴³ ». Une dimension essentielle des droits ancestraux se rapporte à l'organisation des rapports entre l'État — ainsi que l'ordre social et juridique qui l'accompagne — et les autochtones en tant que « segment de la société canadienne⁴⁴ ». Il en résulte non pas la projection dans la société postcoloniale des régimes autochtones préexistants, mais un droit « intersociétal » qui n'est « ni d'origine anglaise, ni d'origine autochtone⁴⁵ » ; un droit que la Cour suprême se plaît à décrire comme le fruit d'une prise en considération simultanée des perspectives autochtone et non autochtone « compatible avec le système juridique non autochtone⁴⁶ ».

On constate d'ailleurs que la Cour suprême a défini les droits ancestraux sans prétendre appliquer, voire sans invoquer, un quelconque système juridique autochtone⁴⁷. Ce constat se fonde sur une observation de la jurisprudence qui traite tant des droits ancestraux ayant pour objet des activités particulières (les « droits-activités ») que des décisions relatives au titre foncier ancestral, c'est-à-dire la maîtrise exclusive du fonds de terre lui-même (le titre aborigène).

2.2.1 La jurisprudence relative aux « droits-activités »

À partir du postulat voulant que la raison d'être du statut constitutionnel singulier des autochtones réside dans la spécificité de leurs sociétés multiséculaires, la Cour suprême conçoit les droits ancestraux comme le moyen de préserver les « caractéristiques déterminantes qui font partie intégrante des sociétés autochtones distinctives⁴⁸ ». Elle exige, comme préalable à la reconnaissance d'un droit, que l'activité visée représente un élément d'une coutume, pratique ou tradition qui faisait partie intégrante

42. *R. c. Van der Peet*, précité, note 1, par. 43.

43. *Id.*, par. 27.

44. *Id.*, par. 20.

45. *Id.*, par. 42.

46. *Id.*, par. 49.

47. Sur la question du titre aborigène, voir W. FLANAGAN, *loc. cit.*, note 35, 305-307 et 318-322.

48. *R. c. Côté*, précité, note 11, par. 52.

de la culture distinctive du groupe autochtone avant le contact avec les Européens⁴⁹. Dans sa logique culturaliste et empreinte de passéisme, le plus haut tribunal canadien s'attache non pas à circonscrire ce qui était et est resté « de droit » dans la société autochtone mais à débusquer les coutumes, pratiques et traditions dont l'importance était telle « que c'était l'une des choses qui véritablement faisait de la société ce qu'elle était⁵⁰ ».

On peut nul doute supputer qu'une activité ou un comportement matérialisant « l'essence même de l'« autochtonité »⁵¹ » correspondra aussi à un « droit » ou une « liberté » dans l'ordre juridique originaire autochtone. Si la Cour suprême cherchait à capter la substance du droit autochtone précolonial en vue de l'appliquer dans le droit étatique, les coutumes, pratiques et traditions constitueraient autant de preuves indirectes d'un droit sous-jacent dans l'ordre juridique autochtone. La démarche de la Cour suprême donnerait donc raison à ceux pour qui « a custom tradition or practice is not itself a right, but only evidence of a right to carry out that custom, tradition or practice⁵² ».

Cependant, force est de constater que ce n'est pas la logique opérationnelle qui caractérise la jurisprudence de la Cour suprême. Le fait que l'attention des juges se trouve tout entière tournée vers l'aspect matériel des pratiques plutôt que vers la recherche d'un « droit » sous-jacent n'est pas sans conséquence :

The lack of emphasis on rights may become important, particularly where the aboriginal social system accorded deep significance to rights to carry out activities that were not carried out frequently enough to be customs, traditions or practices, or were not integral to the distinctive culture but were nonetheless highly valued⁵³.

Les juges pourront, par exemple, tenir une activité pour secondaire dans la culture de la communauté ancestrale, un constat faisant en soi obstacle à la reconnaissance d'un droit sans égard à la question de savoir si le

49. *R. c. Van der Peet*, précité, note 1, par. 46-65.

50. *Id.*, par. 55. La doctrine a pourfendu la logique essentialiste et passéiste de la Cour. Voir, entre autres, J. BORROWS, « The Trickster : Integral to a Distinctive Culture », (1997) 8 *Forum constitutionnel* 27 ; R.L. BARSH et J. YOUNGBLOOD HENDERSON, « The Supreme Court's *Van der Peet* Trilogy : Naive Imperialism and Ropes of Sand », (1997) 42 *R.D.McGill* 993 ; K. MCNEIL, « Reduction by Definition : The Supreme Court's Treatment of Aboriginal Rights in 1996 », *Canada Watch*, vol. 5, 1977, p. 60 ; G. OTIS, « Opposing Aboriginality to Modernity : The Doctrine of Aboriginal Rights in Canada », (1997) 12 *B.J.C.S.* 182 ; L.I. ROTMAN, « Hunting for Answers in a Strange Kettle of Fish : Unilateralism, Paternalism and Fiduciary Rhetoric in *Badger* and *Van der Peet* », (1997) 8 *Forum constitutionnel* 40.

51. *R. c. Van der Peet*, précité, note 1, par. 19.

52. D. LAMBERT, *loc. cit.*, note 35, 260.

53. *Ibid.*

régime juridique ancestral accordait ou non le « droit » de s'adonner à cette activité⁵⁴. En dernière analyse, un comportement pourrait fort bien avoir correspondu à un droit ou une liberté en droit coutumier autochtone sans pour autant constituer un droit ancestral confirmé par le droit étatique.

La Cour suprême appréhende les coutumes, pratiques et traditions comme le fondement possible d'un droit ancestral contemporain de s'adonner à des « activités particulières⁵⁵ ». Par exemple, si une communauté parvient aujourd'hui à démontrer que, au moment du contact avec les Européens ses ancêtres pratiquaient la chasse à des fins alimentaires, rituelles, sociales, ou de troc ponctuel, elle ne pourra se faire reconnaître le droit ancestral d'affecter la ressource à aucune autre fin, notamment au commerce⁵⁶.

Si la plus haute juridiction canadienne se préoccupait de donner effet aux régimes juridiques autochtones préexistants, elle n'aurait pas exclu *a priori* la possibilité que les diverses affectations précoloniales des ressources soient en fait la manifestation de l'existence coutumière d'une maîtrise générale de la ressource, c'est-à-dire un droit ancestral de libre affectation de celle-ci au gré des besoins et des circonstances du moment⁵⁷. Elle aurait à tout le moins ouvert très clairement la porte à ce genre de preuve. La Cour suprême aurait reconnu la nécessité de se demander si le droit coutumier autochtone imposait des limites aux utilisations possibles de la ressource au lieu de décréter d'autorité de telles limites qui correspondent en fait à la finalité identitaire qu'elle assigne aux droits ancestraux.

La Cour suprême ravale à vrai dire les règles de droit traditionnelles au rang de simples faits sociaux exotiques en estimant que ces règles ne sont que des éléments des coutumes, pratiques et traditions des autochtones⁵⁸. Lorsqu'il s'intéresse aux coutumes, pratiques et traditions, le plus haut tribunal canadien ne fait pas porter son analyse sur « la » coutume autochtone entendue au sens du « droit coutumier » mais sur les coutumes comme phénomène ethnologique, c'est-à-dire les comportements à caractère général et répétitif ressortissant à la vie sociale plutôt qu'à la sphère

54. *R. c. Van der Peet*, précité, note 1, par. 85-91. Par exemple, dans l'affaire *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821, la Cour affirme, au paragraphe 28, que bien que la preuve démontre que les Ojibways s'adonnaient effectivement à des jeux de hasard, elle n'établit toutefois pas « que ces jeux avaient une importance fondamentale pour le peuple ».

55. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 2, par. 138 et 139.

56. *R. c. Van der Peet*, précité, note 1, par. 84-92.

57. *Id.*, par. 16-20.

58. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 2, par. 148.

juridique proprement dite⁵⁹. L'amalgame terminologique « coutumes, pratiques et traditions » qui revient tel un leitmotiv dans les décisions atteste bien de l'acception ethnologique que reçoit ici le terme « coutume ».

Somme toute, même si la preuve des règles de droit traditionnelles ne sera certes pas inutile, ces règles seront dénuées de valeur normative formelle ; elles seront reçues par le juge comme de simples indicateurs culturels à ranger parmi d'autres coutumes, pratiques et traditions des peuples autochtones. Cependant, il sera en revanche parfaitement possible de passer complètement sous silence les systèmes juridiques autochtones, ce que démontre le fait que les droits halieutiques des Musqueams⁶⁰, des Sto:los⁶¹ des Heiltsuks⁶², des Algonquins⁶³ et des Mohawks⁶⁴ ont été dégagés sans que les magistrats fassent même mention de l'intérêt possible des systèmes coutumiers préexistants de ces communautés en matière de pêche.

2.2.2 La jurisprudence relative au titre aborigène

La jurisprudence se rapportant au titre foncier aborigène, c'est-à-dire la maîtrise exclusive de l'espace foncier qu'il faut distinguer de simples droits de prélèvement de ressources sur les terres du domaine public⁶⁵, illustre aussi très bien le processus de disjonction formelle des droits ancestraux et des régimes juridiques autochtones préexistants. En effet, la Cour suprême rejette, dans l'affaire *Delgamuukw*, l'idée que la teneur du titre aborigène soit dictée formellement par les règles de droit autochtones :

[...] la nation Gitksan adopte en fait le point de vue que le titre aborigène découle des modes de possession foncière prévus par les règles de droit autochtones et qu'il devrait refléter ces modes de possession. Toutefois, comme je l'ai expliqué précédemment, l'origine du titre aborigène semble reposer tant sur la common law que sur le point de vue des autochtones à l'égard du territoire, point de vue qui tient compte notamment de leurs régimes juridiques⁶⁶.

59. On trouvera une discussion de la coutume au sens juridique et au sens ethnologique dans J. VANDERLINDEN, *Anthropologie juridique*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 56 et 57.

60. R. c. *Sparrow*, précité, note 12.

61. R. c. *Van der Peet*, précité, note 1.

62. R. c. *Gladstone*, précité, note 12.

63. R. c. *Côté*, précité, note 11.

64. R. c. *Adams*, précité, note 15.

65. La Cour suprême a dissocié le statut juridique des ressources de celui de fonds de terre comme tel. Ainsi, une communauté autochtone peut se voir reconnaître le droit ancestral de prélever, à certaines fins particulières, des ressources naturelles sur des terres dont elle n'est pas titulaire du titre foncier : R. c. *Adams*, précité, note 15, par. 26-30 ; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 2, par. 159. Voir G. OTIS, *loc. cit.*, note 9, 74-76

66. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 2, par. 147.

[...]

En outre, j'ai déclaré que le point de vue des autochtones sur l'occupation des terres peut être dégagé en partie, mais pas exclusivement, de leurs règles de droit traditionnelles parce que ces règles étaient des éléments des coutumes, pratiques et traditions de peuples autochtones [...]⁶⁷.

Dans l'affaire *Delgamuukw*, la Cour met en place un régime universel applicable à toute revendication de titre foncier aborigène sans égard à la culture particulière et au système coutumier de la communauté revendicatrice⁶⁸. Pour l'ensemble des peuples autochtones du pays, la maîtrise ancestrale de la terre se distinguera par son caractère collectif, inaliénable et exclusif⁶⁹, ainsi que par le fait que cette maîtrise, bien qu'elle soit susceptible de permettre des usages non traditionnels de la terre, ne peut autoriser des affectations qui empêchent les utilisations traditionnelles fondatrices du rapport originel du groupe à l'espace foncier⁷⁰.

Dans la formulation de ces caractéristiques de base, la Cour suprême n'a étayé son propos sur aucune preuve anthropologique, de tradition orale ou autre établissant les attributs du titre foncier selon les règles propres au régime préexistant d'une quelconque communauté autochtone. Comme le souligne un observateur, « one can only speculate on the extent to which the Court's perception of the content of the pre-existing systems of aboriginal law may have influenced its characterization of aboriginal title⁷¹ ». Il est vrai que lorsqu'il aborde la question des limites inhérentes à la maîtrise foncière autochtone, à savoir l'interdit d'« exo-transmission » et la préservation obligée des affectations traditionnelles, le juge en chef semble s'inspirer vaguement de ce qu'il lui paraît être une conception autochtone du rapport à la terre⁷².

67. *Id.*, par. 148.

68. C'est à juste titre que le professeur Slattery a parlé, dans le cas du titre foncier, d'un *generic right*. Voir B. SLATTERY, « Varieties of Aboriginal Rights », (1998) 6 *Canada Watch* 71. L'auteur écrit : « A generic aboriginal right is a right of a standardized character that attaches to all Aboriginal groups that meet certain criteria. The basic contours of a generic right are determined by general principles of Canadian common and constitutional law rather than historical aboriginal practices, customs, and traditions. »

69. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 2, par. 113, 115-117.

70. *Id.*, par. 118-132.

71. W. FLANAGAN, *loc. cit.*, note 35, 321.

72. Le professeur Flanagan a bien fait ressortir certains parallèles entre la justification de la limite intrinsèque au titre aborigène avancée par le juge en chef Lamer et la compréhension qu'ont certains juristes autochtones des régimes fonciers autochtones précoloniaux ; voir W. FLANAGAN, *loc. cit.*, note 35, 318-321.

Cependant, le juge Lamer ne prétend pas donner effet au droit coutumier autochtone ; au contraire, ne craignant pas d'exhiber un certain paternalisme, il s'arroge la prérogative d'imputer à tous les peuples autochtones une vision traditionnelle « non économique », voire sacralisante, de la terre sans jamais s'intéresser à l'attitude et aux valeurs effectives des groupes visés⁷³.

Le droit autochtone d'origine précoloniale ne constitue dès lors pas une véritable source formelle des droits ancestraux. Il compte en revanche parmi leurs sources matérielles, c'est-à-dire qu'il tient lieu de référence servant à inspirer le droit positif et à en orienter le contenu. Cette conclusion rejoint l'avis d'analystes pour qui les systèmes juridiques autochtones « constitute a principled reference point in the interpretative framework of Aboriginal rights⁷⁴ ». Selon ces auteurs :

[...] First Nations laws are an essential source of appropriate analogies. Drawing analogies from First Nations law as well as from general law more firmly establishes a truly autonomous body of law which « bridges the gulf » between First Nations and European Legal systems and embraces each system without forming part of either⁷⁵.

L'apport matériel des régimes autochtones se concrétisera à la faveur d'un processus de construction d'un régime juridique original qui se présente, du moins au niveau discursif, comme le résultat d'un dialogue interculturel. En d'autres termes, les règles du droit positif gouvernant les droits ancestraux des peuples autochtones s'élaborent dans le droit étatique mais au sein d'un espace normatif que l'on veut bien draper d'une certaine « neutralité » culturelle en le tenant pour irréductible aux traditions juridiques occidentale et autochtone.

La Cour suprême formule ainsi le postulat de l'originalité radicale découlant du métissage des sources matérielles :

[...] on le qualifie [le titre aborigène] également de *sui generis*, dans la mesure où il est impossible d'expliquer entièrement ses caractéristiques en fonction soit des règles du droit des biens en common law soit des règles relatives à la propriété prévues par les régimes juridiques autochtones. Tout comme d'autres droits

73. Le caractère paternaliste et ethnocentriste des limitations « intrinsèques » imposées au titre aborigène a, avec raison, été dénoncé par les analystes. Voir K. McNEIL, *Defining Aboriginal Title in the 90's: Has the Supreme Court Finally Got it Right?*, Toronto, Robarts Centre for Canadian Studies, 1998, pp. 11-13 ; R.H. BARTLETT, « The Content of Aboriginal Title and Equality before the Law », (1998) 61 *Sask.L.Rev.* 377, 386-388.

74. J. BORROWS et L.I. ROTMAN, « The Sui Generis Nature of Aboriginal Rights: Does it Make a Difference ? », (1997) 36 *Alta.L.Rev.* 9, 42 ; J. BORROWS, *loc. cit.*, note 4, 645.

75. J. BORROWS, *loc. cit.*, note 4, 642.

ancestraux, le titre aborigène doit être défini en tenant compte à la fois de la common law et du point de vue des autochtones⁷⁶.

Le point de vue des autochtones trouvera parfois son expression privilégiée dans leurs régimes juridiques préexistants. Il ne s'ensuit pas toutefois que le tribunal appelé à statuer sur une revendication de droit ancestral soit lié par ces régimes.

Si les régimes juridiques autochtones préexistants ne constituent pas la source formelle des droits ancestraux, comment faut-il alors interpréter l'affirmation jurisprudentielle de la « préexistence » des droits ancestraux, de leur antériorité par rapport à l'État colonisateur ? Une telle affirmation semble en fait destinée à rendre compte d'un postulat du droit étatique selon lequel les autochtones tiennent leurs droits des ancêtres et non d'une concession ou d'une délégation du souverain européen. C'est ce qui fait l'« ancestralité » de la tenure autochtone et lui confère toute sa charge historique, identitaire et symbolique.

2.3 La référence aux régimes autochtones préexistants comme représentations du point de vue autochtone dans l'application du droit étatique

Si la jurisprudence laisse la part congrue aux régimes coutumiers autochtones dans la définition du contenu et des conditions d'existence des droits ancestraux, ces régimes pourront néanmoins servir de référence utile dans l'application du droit étatique. Ainsi, pour décider si les autochtones ont démontré l'occupation historique requise en droit étatique pour l'acquisition du titre foncier aborigène, le tribunal devra prendre en considération non seulement l'occupation physique mais aussi les modes d'appropriation de la terre reconnus en droit coutumier précolonial et dont la preuve lui aura été faite⁷⁷.

Dans l'affaire *Delgamuukw*, la Cour reconnaît en outre la valeur potentielle du droit précolonial comme indicateur du point de vue autochtone dont il faut tenir compte dans la preuve de l'occupation exclusive des terres revendiquées :

76. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 2, par. 112.

77. Ainsi, le juge en chef Lamer écrit dans l'affaire *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précitée, note 2, par. 148 : « si, au moment de l'affirmation de la souveraineté, une société autochtone avait des règles de droit concernant le territoire, ces règles seraient pertinentes pour prouver l'occupation des terres visées par la revendication d'un titre aborigène. Les règles de droit pertinentes pourraient notamment inclure un régime de tenure foncière ou des règles régissant l'utilisation des terres. »

À titre d'exemple, le groupe autochtone qui revendique le titre aborigène peut avoir, en matière d'intrusion, des règles de droit qui sont des preuves de l'occupation exclusive, de sorte que la présence d'intrus n'est pas considérée comme une preuve à l'encontre de l'exclusivité. De plus, l'existence de règles de droit autochtones en vertu desquelles d'autres groupes autochtones peuvent être autorisés à utiliser les terres ou même à y résider temporairement étayeraient la conclusion d'occupation exclusive. De fait, si cette permission a fait l'objet de traités entre les nations autochtones concernées, ces traités feraient également partie du point de vue des autochtones⁷⁸.

La preuve du régime foncier autochtone ne sera bien sûr pas déterminante en soi, car le régime devra correspondre à une situation de contrôle effectif sur le terrain⁷⁹.

Il ne s'agit évidemment pas ici de considérer la référence aux régimes autochtones autrement que comme permettant de satisfaire l'exigence du droit étatique selon laquelle il doit y avoir eu occupation suffisante des terres au moment de l'affirmation de la souveraineté. Le droit autochtone tient lieu, dans ce contexte, de fait historique et non de source formelle des règles de droit régissant le contenu et les conditions d'existence du titre ancestral, comme le voudrait la théorie de la continuité⁸⁰.

La référence au droit autochtone s'avérera également opportune pour vérifier si les autochtones ont conservé jusqu'à nos jours « un lien substantiel » avec les terres revendiquées⁸¹. En effet, la preuve du « contrôle » contemporain du territoire par le groupe revendicateur pourra s'appuyer non seulement sur sa présence physique sur l'espace foncier mais également sur l'existence et l'application au sein de la communauté de règles concernant l'usage du territoire.

La preuve d'un quelconque droit coutumier autochtone ne sera cependant pas essentielle puisque la Cour suprême estime que l'occupation physique ou une pratique *de facto* pourrait à elle seule étayer l'existence d'un droit ancestral reconnu en droit étatique⁸².

78. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 2, par. 157.

79. A. ÉMOND, *loc. cit.*, note 41, 861 et 862.

80. Cela semble admis par un tenant de cette théorie qui note, à juste titre, que « while Aboriginal law can be used as evidence of exclusive occupation, the content of Aboriginal title is not determined by that law » : K. McNEIL, « Aboriginal Rights in Canada : From Title to Land to Territorial Sovereignty », (1998) 5 *Tulsa J. of Comp. & Int'l Law* 253, 289.

81. La Cour suprême exige en effet que le groupe autochtone qui revendique un titre foncier aborigène ait conservé un lien substantiel avec la terre : voir *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 2, par. 151, 153 et 154.

82. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précitée, note 2, par. 149 et 159.

3. Le droit autochtone : source formelle d'un régime d'exercice des droits ancestraux

3.1 Les droits de groupe et l'autonomie normative

Si la source formelle des règles relatives au contenu et aux conditions d'existence des droits ancestraux se trouve dans le droit étatique, c'est bien du côté du « droit autochtone » qu'il faut se tourner principalement pour repérer les règles organisant l'*exercice* par un groupe des droits ancestraux qui lui sont reconnus par le droit étatique. Par « droit autochtone », il faut ici entendre l'ensemble des règles produites par une collectivité autochtone particulière en tant que corps normatif différencié au sein de l'État.

La validation d'un régime normatif autochtone en matière d'organisation interne de l'exercice des droits ancestraux constitue le corollaire du caractère « groupal » de ces droits. En effet, au regard du droit étatique, seul le groupe peut être titulaire d'un droit ancestral⁸³. Les droits autochtones se distinguent nettement des droits dont sont titulaires des individus mais qui sont qualifiés de « collectifs » parce qu'ils ne sont susceptibles d'être exercés qu'en groupe ou encore parce qu'il sont reconnus en raison de l'appartenance à une collectivité⁸⁴. L'expression « droits de groupe » reflète peut-être plus fidèlement la singularité des droits autochtones⁸⁵.

Il reviendra dès lors au groupe, à titre de titulaire du droit, d'en déterminer les conditions d'exercice et de jouissance. La Cour suprême n'a pas manqué de relever cette caractéristique inhérente aux droits de groupe :

Une dimension supplémentaire du titre aborigène est le fait qu'il est détenu *collectivement*. Le titre aborigène ne peut pas être détenu par un autochtone en particulier ; il est un droit foncier collectif, détenu par tous les membres d'une nation autochtone. Les décisions relatives aux terres visées sont également prises par cette collectivité⁸⁶.

83. *R. c. Sparrow*, précité, note 12, 1112 ; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 2, par. 115. Le fait que les droits autochtones sont des droits de groupe ressort en outre du libellé même de l'article 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui reconnaît et confirme les droits existants des « peuples » autochtones. Par ailleurs, la Cour suprême a statué que des droits issus de traité afférents à la chasse étaient collectifs : voir *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393, par. 36. Sur le caractère collectif des droits autochtones, on consultera avec profit : A. SARANCHUK, *Aboriginal and Treaty Rights : Collective or Individual Rights ?*, mémoire de maîtrise, Sainte-Foy, Université Laval, 1997.

84. Voir A. SARANCHUK, *op. cit.*, note 83, pp. 13-17.

85. Ce raffinement terminologique ne satisfera toutefois pas ceux qui estiment qu'un « collectif » ou un groupe ne peut juridiquement être titulaire d'un droit : voir F. CHARETTE, « Des usages intempêtes de l'expression « droits collectifs » », (1997) 38 *C. de D.* 691.

86. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 2, par. 115.

Il est depuis longtemps admis que l'abandon par traité des droits ancestraux d'une communauté doit être conforme aux règles et aux usages de cette dernière⁸⁷. Cependant, l'autonomie normative dont il est question ici englobe toute la gamme des décisions concernant tant le cadre institutionnel de l'action normative que le contenu des règles d'exercice du droit ancestral reconnu en droit étatique. Ainsi, dans le cas d'un droit ancestral de pêche aux fins de subsistance, il reviendra au groupe titulaire de déterminer notamment à quel moment pourra avoir lieu le prélèvement de la ressource, les méthodes de prélèvement utilisées, les espèces visées et l'usage de la ressource au sein de la communauté. La liberté d'action du groupe ne pourra être limitée que par une mesure étatique justifiable selon les critères dégagés par la Cour suprême⁸⁸.

Puisqu'il fait partie intégrante du droit ancestral, le droit qu'a le groupe de se donner des règles relativement à ces matières sera susceptible de mise en œuvre judiciaire sous réserve d'une restriction étatique valide. Les tribunaux pourront par conséquent devoir trancher des litiges intracommunautaires conformément au régime d'exercice du droit ancestral mis en place par le droit autochtone.

Les normes qu'élaborera le groupe pourront s'inspirer des régimes d'origine précoloniale, mais aucune continuité matérielle n'est juridiquement requise entre les règles actuellement en vigueur dans la communauté et le droit autochtone traditionnel. Le fondement de la capacité normative du groupe n'est en effet pas la continuité formelle du droit autochtone originaire mais bien le statut de titulaire conféré au groupe par le droit étatique. Il serait faux d'affirmer qu'il y a dépérissement du droit ancestral lorsque les coutumes traditionnelles de la communauté cessent d'être observées si l'on entend par là qu'interdiction est faite au groupe de

87. A. ÉMOND, *loc. cit.*, note 3, 132 et 133.

88. R. c. *Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, par. 88-89 et 104-106. De même, dans l'affaire *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précitée, note 2, par. 166 et 168, la Cour suprême mentionne que le titre ancestral comprend le droit de choisir les utilisations qui peuvent être faites de la terre. Un auteur a aussi donné plusieurs exemples pertinents des matières relevant du groupe eu égard à l'exercice d'un titre aborigène : « to allocate the use of the land to which aboriginal title extends ; to decide on utilization practices ; to determine which resources should be harvested and by whom ; to participate in the process of consultation that would lead to justification for infringement ; to agree to the amount of compensation under infringement and justification ; and to decide upon surrender of the land, if that is the wish of the people ». Voir D. LAMBERT, *loc. cit.*, note 35, 268.

s'affranchir totalement du droit autochtone d'origine précoloniale sur le plan tant de la forme que du contenu des règles⁸⁹.

Le processus normatif choisi pourra être formellement institutionnalisé et privilégier l'écrit par l'élaboration de codes ou de chartes dont la facture sera plus ou moins complexe et technique. Cependant, à défaut d'un tel mode « législatif » de production de normes ou de prise de décision, les tribunaux devront s'en remettre aux pratiques acceptées dans la communauté et dont l'existence aura été démontrée. En d'autres termes, le processus de création des règles organisant l'exercice des droits ancestraux pourra être du type coutumier, même si ce ne sera pas obligatoirement le cas. Le mode coutumier dont il est ici question n'a pas à correspondre à la représentation archaïsante de la coutume comme archétype de l'ancienneté, de l'immutabilité et de la répétitivité. On empruntera à un spécialiste de l'anthropologie juridique la définition qu'il convient de donner de la coutume comme substrat de l'autonomie normative autochtone :

En fait nous pensons qu'il faudrait substituer à la notion de coutume, flétrie par trop d'usages et de représentations abusives, celle de « mode coutumier de production du droit ». En ce sens, la coutume désignerait des modes autonomes d'engendrement du droit, permettant tout autant la reprise, la réinterprétation, la combinaison d'éléments anciens (les *traditions*) avec des éléments nouveaux que leur élimination partielle, ou totale. En bref, la coutume n'est pas pour nous nécessairement contrainte par le passé. Elle se définit par son degré d'autonomie plutôt que par son ancienneté⁹⁰.

Même si l'on peut penser que les communautés autochtones restent profondément attachées à leur héritage culturel et aux façons de faire des ancêtres, il faudra sans doute dans bien des cas prendre acte de « l'impossible résurrection d'un passé révolu⁹¹ » et reconnaître sans

89. Le point de vue selon lequel les droits ancestraux ont pour source formelle la continuité des régimes coutumiers préexistants pose le problème de la survie du droit ancestral en présence de mutations fondamentales survenues dans l'exercice de ce droit. Dans l'affaire *Mabo v. Queensland [No. 2]*, précitée, note 37, le juge Brennan écrit (p. 50) : « The common law can, by reference to the traditional laws and customs of an Indigenous people, identify and protect the Native rights and interests to which they give rise. However, when the tide of history has washed away any real acknowledgement of traditional law and any real observance of traditional customs, the foundation of native title has disappeared. A Native title which has ceased with the abandoning of laws and customs based on tradition cannot be revived for contemporary recognition. » Les juges Deane et Gaudron (p. 88), pour leur part, expriment l'avis qu'un changement important dans le droit coutumier ne remet pas en cause l'existence du titre si le lien avec la terre a été conservé à ce jour.

90. N. ROULAND, S. PIÉRÉ-CAPS et J. POUMARÈDE, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, 1996, p. 467.

91. *Id.*, p. 468.

crispation traditionaliste la liberté de ces communautés de structurer l'exercice de leurs droits à la lumière des valeurs et des circonstances d'aujourd'hui⁹².

Cette faculté reconnue au groupe titulaire d'établir de manière autonome un régime d'exercice des droits ancestraux soulève un grand nombre de questions relativement à la configuration institutionnelle de ce groupe⁹³. Elle pose également le problème de la qualification de l'action normative du groupe au regard de la puissance publique. D'aucuns n'hésitent pas à assimiler le pouvoir collectif de régir l'exercice individuel des droits ancestraux au *self-government*, expression généralement rendue en français par « autonomie gouvernementale ». Selon ce point de vue, le droit ancestral au *self-government* serait en quelque sorte une dimension obligée des droits de groupe :

Indeed, the collective nature of communal rights *necessitates* rule-making bodies and processes for distributing and regulating the rights within the community. There must, for example, be rules and mechanisms for deciding which members of the community can use which lands, and for what purposes. The communal nature of Aboriginal rights therefore presupposes the existence of Aboriginal governments to distribute the benefits that flow from those rights within the community and to regulate how they are exercised⁹⁴.

Seule une étude approfondie de la question permettra d'évaluer le bien-fondé de cette thèse. On se limitera donc ici à quelques pistes de réflexion.

Notons d'abord que la Cour suprême a reconnu dans l'affaire *Delgamuukw* le droit du groupe de régir l'exercice du titre aborigène sans toutefois statuer sur le bien-fondé de la revendication générale de « souveraineté » ou de « compétence » législative mise en avant par les demandeurs autochtones⁹⁵.

92. Les communautés devront toutefois se conformer aux règles du droit étatique concernant la définition du contenu de ces droits. Ainsi, la faculté d'adaptation de la communauté sera évidemment limitée par les contraintes inhérentes à la définition du droit exercé. Par exemple, le régime d'exercice d'un droit de pêche aux fins de subsistance ne pourra pas permettre un usage commercial de la ressource.

93. On peut, par exemple, s'interroger sur la composition du groupe et se demander si ce dernier possède la personnalité morale. Pour une analyse intéressante de cette problématique d'organisation institutionnelle interne, voir A. ÉMOND, *loc. cit.*, note 3.

94. K. McNEIL, *loc. cit.*, note 80, 286. Voir aussi K. McNEIL, *op. cit.*, note 73, pp. 13 et 14 ; D. LAMBERT, *loc. cit.*, note 35, 268 ; D.W. ELLIOTT, « Delgamuukw : Back to Court ? », (1998) 26 *Man. L.J.* 97, p. 125.

95. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 2, par. 170 et 171. Tout comme dans l'affaire *R. c. Pamajewon*, précitée, note 54, la Cour suprême s'abstient de trancher la question de savoir si un droit ancestral inhérent à l'autonomie gouvernementale peut

Par ailleurs, l'institutionnalisation du groupe, c'est-à-dire la nécessité pour celui-ci de disposer d'institutions ou de mécanismes quelconques organisant son action régulatrice ne fait pas de doute. On doit également observer une logique de personnalisation du groupe appréhendé dans son identité collective. Il n'est pas non plus contestable que l'action du groupe jouit d'une réelle protection constitutionnelle qui limite, sans l'exclure complètement, la possibilité pour le droit étatique de supplanter ou de concurrencer le droit autochtone dans la régulation des conditions d'exercice du droit ancestral⁹⁶.

Faut-il pour autant parler d'un *self-government* ? L'expression convient peut-être si son usage a simplement pour objet de rendre compte de manière générale de l'autonomie normative relative du groupe au sein de l'État. Il faudra en revanche se demander si un groupement exerçant un droit constitutionnalisé entre, du simple fait de l'exercice communautaire de ce droit, dans la sphère gouvernementale. En outre, il appert qu'il sera souvent loisible aux membres de la communauté de se soustraire unilatéralement aux règles formulées par celle-ci. Par exemple, les normes communautaires relatives à l'exercice d'un droit ancestral de pêche ne seront juridiquement contraignantes qu'à l'égard des membres de la communauté désireux d'avoir accès au bénéfice du droit ancestral. Aucune obligation ni sanction ne pourra être imposée à l'individu qui optera plutôt pour le régime étatique de pêche⁹⁷. La communauté ne pourra pas davantage contraindre l'individu qui s'autoexclut du droit ancestral à contribuer au financement du régime de pêche mis en place sous l'empire de ce droit. Un tel raisonnement est transposable à l'ensemble des droits ancestraux.

Il faut souligner que, au-delà de leur incidence politique indéniable, ces considérations relatives à la qualification juridique de l'action du groupe

être reconnu et confirmé par l'article 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Voir notamment K. McNEIL, *loc. cit.*, note 80, 278-291 ; B.W. MORSE, « Permafrost Rights : Aboriginal Self-Government and the Supreme Court in *R. v. Pamajewon* », (1997) 42 *R.D.McGill* 1011 ; C. BELL, « New Directions in the Law of Aboriginal Rights », (1998) 77 *R. du B. can.* 36, 53-66.

96. L'État ne peut diminuer substantiellement la portée d'un droit ancestral, ni en restreindre significativement l'exercice, sans devoir justifier du caractère raisonnable d'une telle mesure : voir notamment *R. c. Sparrow*, précité, note 12, et *R. c. Gladstone*, précité, note 12.

97. Un régime étatique de pêche peut coexister avec un droit ancestral s'il n'en résulte aucune atteinte au droit ancestral ou encore si une telle atteinte est justifiée selon les critères dégagés par la Cour suprême. On trouvera des applications particulières de ce test aux droits de pêche dans les affaires suivantes : *R. c. Sparrow*, précitée, note 12 ; *R. c. Gladstone*, précitée, note 12 ; *R. c. Adams*, précitée, note 15 ; *R. c. Côté*, précitée, note 11.

ne sont pas dénuées de portée pratique puisqu'en situant cette action dans le domaine « gouvernemental » on pose notamment le problème de l'assujettissement de la communauté aux prescriptions de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁹⁸. L'application directe de cette dernière aux entités gouvernementales autochtones issues des droits ancestraux représente actuellement un enjeu juridique et politique important qui fait l'objet d'un débat doctrinal complexe⁹⁹.

3.2 Le droit autochtone : source exclusive des droits individuels « dérivés »

Même si dans plusieurs des affaires les plus importantes dont la Cour suprême a été saisie à ce jour le droit ancestral était invoqué par un individu¹⁰⁰, il ressort de la discussion qui précède que l'individualisation de la jouissance des droits ancestraux ne sera possible que *par et dans* le groupe. C'est dire que les droits individuels ne pourront qu'être *dérivés et subsidiaires*, et que ne pourra jouir du statut d'ayant droit que l'individu appartenant au groupe titulaire¹⁰¹. Il s'agit d'un cas clair où les avantages afférents aux droits ancestraux puisent leur source formelle dans un régime juridique autochtone autonome.

Lorsque, par exemple, le droit qu'a le groupe porte sur la terre ou une ressource naturelle, l'accès individuel à la terre ou à la ressource, la transmission des prérogatives individuelles au sein du groupe et l'extinction

98. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, note 6.

99. Le débat porte, entre autres, sur l'interprétation qu'il convient de faire des articles 25 et 32 de la Charte. On trouvera l'argumentation favorable à l'application de la Charte dans : P.W. HOGG et M.E. TURPEL, « Implementing Aboriginal Self-Government : Constitutional and Jurisdictional Issues », (1995) 74 *R. du B. can.* 187 ; B. SLATTERY, « First Nations and the Constitution : A Question of Trust », (1992) 71 *R. du B. can.* 261 ; COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, « Une relation à redéfinir, première partie » dans *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, t. 2, Ottawa, Groupe Communication Canada, 1996, pp. 250-258. Pour l'exposé de la thèse contraire, voir : K. McNEIL, « Aboriginal Governments and the Canadian Charter of Rights and Freedoms », (1996) 34 *Osgoode Hall L.J.* 61 ; K. WILKINS, « ... But We Need the Eggs : The Royal Commission, the Charter of Rights and the Inherent Right of Aboriginal Self-Government », (1999) 39 *U.T.L.J.* 57.

100. *R. c. Sparrow*, précité, note 12 ; *R. c. Van der Peet*, précité, note 1 ; *R. c. Gladstone*, précité, note 12 ; *R. c. Adams*, précité, note 15 ; *R. c. Côté*, précité, note 11.

101. Dans l'affaire *R. c. Nikal*, précitée, note 88, par. 95, la Cour suprême souligne le nécessaire rattachement de l'individu invoquant un droit ancestral à un groupe titulaire de ce droit. Les critères d'appartenance individuelle au groupe restent encore largement indéfinis en droit positif. Dans l'affaire *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, la Cour estime que le fait d'être membre de la bande au sens de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, peut être un rattachement suffisant dans le cas d'un droit issu de traité. Voir aussi A. ÉMOND, *loc. cit.*, note 3, 150-153.

éventuelle de ces prérogatives seront régis par le droit autochtone. On ne peut en principe exclure l'hypothèse où une communauté autochtone s'opposera devant les tribunaux à ce qu'un de ses membres puisse se prévaloir du bénéfice d'un droit ancestral.

La subordination juridique des individus au groupe est considérable, ce qui pose le problème de la limitation du pouvoir communautaire et suscite l'opposition de certains auteurs aux droits de groupe¹⁰². L'accaparement de l'individu par le groupe n'est toutefois pas complet puisque la personne privée par le régime autochtone de l'accès à un droit ancestral disposera parfois d'un recours à l'encontre de la communauté. Une restriction importante aux droits de groupe se trouve formulée explicitement dans l'article 35 (4) de la *Loi constitutionnelle de 1982* aux termes duquel, « indépendamment de toute autre disposition de la présente loi », les droits ancestraux sont « garantis également aux personnes des deux sexes ». Les conditions d'appartenance au groupe et d'accès aux avantages du droit ancestral devront donc être les mêmes pour les hommes et pour les femmes.

Des limites intrinsèques aux droits de groupe découleront par ailleurs vraisemblablement de l'obligation faite aux tribunaux de concilier l'exercice des droits ancestraux « avec l'organisation juridique et constitutionnelle du Canada¹⁰³ ». Or l'intégrité du système juridique canadien repose sur un ensemble de valeurs fondamentales qui définissent l'appartenance à la communauté juridique canadienne et québécoise. Parmi ces valeurs, on retrouve le respect des droits fondamentaux de la personne qu'il faudra mettre en balance avec la nécessaire prise en considération de l'identité culturelle autochtone¹⁰⁴.

102. A. SARANCHUK, *op. cit.*, note 83, pp. 17-20. Pour une argumentation qui illustre bien les objections les plus fréquemment avancées, au nom de la liberté individuelle, à l'encontre des droits de groupe, on consultera G. KOUBI, « Penser les minorités en droit », dans A. FENET *et al.*, *Le droit et les minorités*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 276-279.

103. R. c. *Van der Peet*, précité, note 1, par. 49. Cet objectif de conciliation sera à l'œuvre tant au stade de la définition du contenu des droits ancestraux qu'à l'étape qui consiste à établir si une atteinte à un droit ancestral s'avère justifiée selon le test dégagé par la jurisprudence. Par exemple, l'inaliénabilité des droits ancestraux, qui est une limite intrinsèque, découle en partie de la nécessité de préserver le principe fondamental de l'organisation juridique canadienne voulant que le domaine foncier privé soit nécessairement issu de concessions de la Couronne : voir *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 2, par. 129.

104. Dans l'affaire *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 92, la Cour suprême affirme l'importance systémique des valeurs véhiculées par la *Charte canadienne des droits et libertés* : « La Charte est une réaffirmation des valeurs fondamentales qui guident et façonnent notre société démocratique et notre régime juridique. »

Il est vrai que, comme la Cour suprême l'a elle-même relevé, l'inscription constitutionnelle de droits de groupe en faveur des autochtones ne procède pas de la philosophie universaliste et individualiste des droits de la personne¹⁰⁵. Cependant, la plus haute juridiction canadienne a simplement voulu marquer le « différentialisme » à la base du statut collectif des peuples autochtones par rapport à l'ensemble de la population canadienne. Elle n'a nullement traité de la portée des droits individuels des citoyens autochtones dans leur relation avec les communautés titulaires des droits ancestraux.

L'idée que certains principes cardinaux d'ordre public puissent limiter de manière intrinsèque la portée des droits ancestraux se retrouve d'ailleurs dans la jurisprudence selon laquelle la réception du droit coutumier précolonial ne s'opérera que si « those laws and customs are not so repugnant to natural justice, equity and good conscience that judicial sanctions must be withheld¹⁰⁶ ». Malgré le fait que, comme nous l'avons vu plus haut, le droit canadien n'applique pas vraiment le principe de continuité, la logique de conciliation des droits ancestraux avec l'ordre public étatique qu'exprime cette jurisprudence cadre parfaitement avec la finalité conciliatrice attribuée par la Cour suprême à la common law et à l'article 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁰⁷.

La Cour suprême devrait donc, lorsque l'occasion lui sera donnée, confirmer que le groupe autochtone ne saurait se réclamer des droits ancestraux pour méconnaître des valeurs essentielles comme l'intégrité de la personne humaine, son droit à la dignité et ses libertés fondamentales. Elle pourra en cela s'inspirer des valeurs de la Charte canadienne puisqu'il est établi que « la common law doit être interprétée d'une manière qui soit conforme aux principes de la Charte¹⁰⁸ ». Certes, la Charte énonce explicitement à son article 25 qu'elle « ne porte pas atteinte » aux droits ancestraux des peuples autochtones. Si cette disposition empêche que la Charte puisse servir à remettre en cause l'existence d'un droit ancestral, si elle invite sans doute les juges à respecter la différence autochtone et à éviter l'hégémonisme culturel du droit étatique, elle n'autorise pas à donner pré-

105. *R. c. Van der Peet*, précité, note 1, par. 19.

106. *Mabo v. Queensland [No. 2]*, précité, note 37, 51 ; *Idewu Inasa v. Oshodi*, précité, note 39, 105.

107. La même logique conciliatrice transparaît également de la décision rendue dans l'affaire *Thomas v. Norris*, [1992] 2 C.N.L.R. 139 (C.S.C.-B.). Voir T. ISAAC, « Individual Versus Collective Rights : Aboriginal People and the Significance of *Thomas c. Norris* », (1992) 21 *Man. L.J.* 618.

108. *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, précité, note 104, par. 91.

séance absolue à l'exercice des droits de groupe sur les droits fondamentaux des individus¹⁰⁹.

Somme toute, que les valeurs liées aux droits de la personne fondent une limitation intrinsèque des droits de groupe en common law, ou que l'on applique formellement la Charte canadienne au motif que l'autonomie normative de la communauté est de nature gouvernementale, la plus grande difficulté à laquelle devront faire face les tribunaux sera de tracer la ligne de démarcation entre l'affirmation légitime du particularisme identitaire autochtone et la manifestation d'une emprise abusive du groupe sur l'individu¹¹⁰.

Conclusion

Que ce soit au Québec ou ailleurs au pays, la question de l'incidence des régimes juridiques autochtones sur le processus de définition des droits ancestraux peut être résolue en fonction de la distinction entre les sources formelles et les sources matérielles du droit. L'observation attentive du travail de la Cour suprême infirme la théorie de la continuité selon laquelle la reconnaissance étatique des droits préexistants s'opérerait par un renvoi aux régimes d'origine précoloniale dont les règles seraient formellement contraignantes pour le tribunal chargé d'établir le contenu et les conditions d'existence des droits ancestraux.

Ni le discours du plus haut tribunal canadien ni son action effective ne réduisent le rôle du droit étatique à celui d'un réceptacle de l'ordre juridique autochtone. La Cour suprême affirme au contraire l'autonomie formelle du droit relatif aux droits ancestraux, son originalité essentielle qui

109. Voir COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *op. cit.*, note 99, pp. 256 et 257. Il est en outre intéressant de noter que le principal instrument international de protection des droits des peuples autochtones, à savoir la Convention 169 de l'Organisation internationale du travail, énonce à son article 8 que les peuples autochtones « doivent avoir le droit de conserver leurs coutumes et institutions dès lors qu'elles ne sont pas incompatibles avec les droits fondamentaux définis par le système juridique national et avec les droits de l'homme reconnus au niveau international ». Voir G. OTIS et B. MELKEVIK, *Peuples autochtones et normes internationales*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 70.

110. Pour une ébauche de conciliation des droits autochtones identitaires et des droits individuels, voir G. OTIS, « La tolérance comme fondement et limite des droits identitaires autochtones », dans P. DUMOUCHEL et B. MELKEVIK (dir.), *Tolérance, pluralisme et histoire*, Paris-Montréal, L'Harmattan, 1997, p. 95. Certains pensent qu'il existe une tension irréductible entre ce qu'ils estiment être la tradition collectiviste autochtone et le libéralisme individualiste qui imprègne les chartes des droits. Voir, par exemple, M.E. TURPEL, « Aboriginal Peoples and the Canadian Charter: Interpretative Monopolies, Cultural Differences », (1988-89) 6 *C.H.R.Y.B.* 3.

tient à sa finalité singulière, à savoir l'organisation des rapports entre les autochtones et la société née de l'entreprise coloniale. Si la common law et l'article 35 (1) se développent de manière formellement autonome par rapport aux régimes autochtones précoloniaux, les tribunaux sont par contre conviés à forger le droit étatique à la faveur d'une démarche interculturelle, donc en prenant en considération le point de vue autochtone.

Les régimes autochtones d'origine précoloniale seront dès lors une source matérielle du droit relatif aux droits ancestraux puisqu'ils constituent une des manifestations de la perspective autochtone. Nous avons toutefois été à même de constater que cette perspective n'a pas, à ce jour, fait l'objet d'un examen systématique et détaillé au moment de définir les droits ancestraux. Il ne faut pas non plus perdre de vue le fait que d'autres sources matérielles, dont le droit américain¹¹¹ et les normes internationales en émergence¹¹², pourront alimenter la substance du droit positif canadien.

En revanche, l'autonomie normative consubstantielle aux droits de groupe fait des normes produites par la communauté autochtone la source formelle principale du régime d'exercice des droits ancestraux. Ce droit autochtone n'est pas formellement tributaire des régimes d'origine précoloniale, de sorte qu'il reviendra à chaque communauté de définir le degré de connexité matérielle qui existera entre les règles contemporaines applicables et les régimes traditionnels.

C'est en outre l'ordre juridique autochtone qui organisera l'individualisation de l'exercice des droits de groupe et qui sera, par conséquent, la source exclusive des droits individuels dérivés. Toutefois, qu'on la qualifie de « gouvernementale » ou non, l'emprise du groupe sur les individus ne sera pas sans borne. Les valeurs fondamentales du système juridique étatique lui feront contrepoids dont, au premier chef, les valeurs incarnées dans les instruments de protection des droits et libertés de la personne.

Alors que s'intensifie le contentieux relatif aux droits ancestraux, les tribunaux doivent relever le défi gigantesque d'intégrer les régimes juridiques autochtones au processus d'élaboration du droit relatif aux droits ancestraux. Les autochtones, quant à eux, ont la non moins lourde tâche, dans la conduite de leurs litiges devant les tribunaux, de présenter des éléments de preuve suffisants pour assurer la prise en considération de leur tradition juridique. Il incombera de plus aux collectivités autochtones titulaires de droits ancestraux de maintenir ou de créer un cadre institutionnel capable d'assurer l'exercice de ces droits dans le respect des individus.

111. R. c. *Van der Peet*, précité, note 1, par. 35-37 ; A. ÉMOND, *loc. cit.*, note 41.

112. G. OTIS et B. MELKEVIK, *op. cit.*, note 109, pp. 3-5 ; J. BORROWS, *loc. cit.*, note 4, 632.