Document généré le 14 juil. 2025 09:25

Les Cahiers de droit

L'affaire *Delgamuukw* ou la réactualisation du droit américain au regard des conditions d'existence et d'extinction du titre aborigène au Canada

André Émond

Volume 39, numéro 4, 1998

URI : https://id.erudit.org/iderudit/043514ar
DOI : https://doi.org/10.7202/043514ar

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)
1918-8218 (numérique)

Découvrir la revue

Citer cet article

Émond, A. (1998). L'affaire *Delgamuukw* ou la réactualisation du droit américain au regard des conditions d'existence et d'extinction du titre aborigène au Canada. *Les Cahiers de droit*, *39*(4), 849–880. https://doi.org/10.7202/043514ar

Résumé de l'article

Vingt-quatre années après l'arrêt *Calder*, où elle a reconnu la présence d'un titre aborigène originaire, ou titre ancestral, la Cour suprême du Canada a enfin posé les fondements conceptuels de ce droit foncier dans sa décision *Delgamuukw* ; exclusivité et continuité d'occupation en sont deux caractéristiques importantes, des traits qu'il partage avec le titre des autochtones résidant aux États-Unis. L'affaire *Delgamuukw* renouvelait donc l'intérêt du droit comparé. Il semblait alors important d'exposer les principales règles du droit américain concernant la formation et l'extinction du titre aborigène originaire, car elles sont appelées à jouer un rôle dans le débat judiciaire qui s'engage au Canada. C'est le principal objectif que s'est donné ici l'auteur. Au cours de son exposé, celui-ci a toutefois invoqué les particularismes du droit canadien ou de l'histoire des relations anglo-indiennes pour écarter l'application de certaines règles américaines.

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1998

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

https://www.erudit.org/fr/

L'affaire *Delgamuukw* ou la réactualisation du droit américain au regard des conditions d'existence et d'extinction du titre aborigène au Canada

André ÉMOND*

Vingt-quatre années après l'arrêt Calder, *où elle a reconnu la présence d'un titre aborigène originaire, ou titre ancestral, la Cour suprême du Canada a enfin posé les fondements conceptuels de ce droit foncier dans sa décision* Delgamuukw *: exclusivité et continuité d'occupation en sont deux caractéristiques importantes, des traits qu'il partage avec le titre des autochtones résidant aux États-Unis. L'affaire* Delgamuukw *renouvelait donc l'intérêt du droit comparé. Il semblait alors important d'exposer les principales règles du droit américain concernant la formation et l'extinction du titre aborigène originaire, car elles sont appelées à jouer un rôle dans le débat judiciaire qui s'engage au Canada. C'est le principal objectif que s'est donné ici l'auteur. Au cours de son exposé, celui-ci a toutefois invoqué les particularismes du droit canadien ou de l'histoire des relations anglo-indiennes pour écarter l'application de certaines règles américaines.*

Twenty-four years after the Calder *judgment that recognized the presence of a founding aboriginal title or ancestral title, the Supreme Court of Canada in the* Delgamuukw *decision has finally laid down the conceptual basis for this basic right, of which exclusivity and continuous occupation are two important characteristics, yet a right bearing traits shared with that of native peoples living in the United States. The* Delgamuukw *decision has thereby rekindled interest in comparative law. As such, it seemed important to review the main rules in American law regarding the formation and*

* Professeur adjoint, Département de droit et justice, Université Laurentienne.

Les Cahiers de Droit, vol. 39, n° 4, décembre 1998, pp. 849–880

extinction of a fundamental aboriginal title, since they will be called upon to play a role in the upcoming legal debate in Canada. This is the goal pursued by this author. However, in this presentation, he specifically emphasizes particularities of Canadian law or the history of Anglo-Amerindian relations to avoid the application of several American rules.

Pages

1. Les caractéristiques générales du titre aborigène originaire 853
1.1 Le titre aborigène originaire au Canada 853
1.2 Le titre aborigène originaire aux États-Unis 855
2. La preuve d'un titre aborigène originaire 858
2.1 La domestication du territoire durant la période de référence 858
2.2 L'exigence d'une occupation exclusive 860
2.2.1 Le principe général : le contrôle physique ou dominion exercé à l'égard d'une terre 860
2.2.2 Les modalités d'occupation partagée conciliables avec la survie d'un titre 860
2.2.2.1 L'utilisation avec permission du propriétaire 861
2.2.2.2 La présence d'un groupe dominant 863
2.2.2.3 L'occupation partagée à l'amiable 864
3. L'extinction d'un titre aborigène originaire 867
3.1 L'extinction au moyen d'un acte extinctif des autorités 867
3.1.1 L'autorité compétente pour éteindre le titre 867
3.1.2 L'extinction du titre par l'exercice d'un pouvoir délégué ou issu de la prérogative 868
3.2 L'extinction par abandon des propriétaires autochtones 872
3.2.1 L'évacuation du territoire 872
3.2.2 L'empiétement par des tiers autochtones 873
3.2.3 L'abandon de la revendication foncière elle-même 875
3.2.3.1 L'abandon dans le cadre d'un traité 875
3.2.3.2 L'abandon implicite à la suite de la mise sur pied d'un mécanisme visant à reconnaître les titres fonciers 876
3.2.3.3 L'abandon implicite à la suite de la création de réserves 878
Conclusion 879

Ce n'est qu'en 1973, lors de l'affaire Calder[1], que la Cour suprême du Canada a reconnu la présence d'un titre aborigène originaire, ce titre de common law dont l'existence ne dépend d'aucune reconnaissance expresse des nouveaux souverains européens[2]. La Cour s'était alors reposée largement sur le droit américain en citant d'abondance ses grands classiques : *Johnson* v. *M'Intosh*[3] ; *Worcester* v. *Georgia*[4] ; *United States* v. *Santa Fe Pacific R. Co.*[5] ; *United States* v. *Alcea Band of Tillamooks*[6] ; et *TeeHitTon Indians* v. *United States*[7]. Avec un tel début, on aurait pu penser que la pratique du droit comparé au Canada avait un bel avenir, en somme qu'il suffirait de se référer mécaniquement à la jurisprudence des voisins américains. L'évolution subséquente du droit positif canadien devait démontrer à quel point ce sentiment était prématuré.

En effet, alors qu'aux États-Unis on considère les réserves indiennes comme des enclaves en grande partie immunisées contre les lois d'application générale étatiques[8], ou même fédérales[9], les autochtones canadiens habitant des réserves ne jouissent en principe d'aucune immunité ; ils sont donc soumis à toutes les lois fédérales[10], et à la grande partie des lois provinciales d'application générale[11]. Le rejet de la doctrine de l'enclave annonçait aussi celui du concept de souveraineté résiduaire, le domaine législatif où s'exerce aux États-Unis le droit inhérent des autochtones à

1. *Calder* c. *Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313 (ci-après cité « *Calder* »).
2. *Id.*, 390.
3. *Johnson* v. *M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat) 543 (1823) (ci-après cité « *M'Intosh* »).
4. *Worcester* v. *Georgia*, 31 U.S. (6 Pet) 515 (1832).
5. *United States* v. *Santa Fe Pacific R. Co.*, 314 U.S. 339 (1941) (ci-après cité « *Santa Fe Pacific R. Co.* »).
6. *United States* v. *Alcea Band of Tillamooks*, 329 U.S. 40 (1946), 341 U.S. 48 (1951).
7. *Tee-Hit Ton Indians* v. *United States*, 348 U.S. 272 (1955) (ci-après cité « *TeeHitTon Indians* »).
8. Voir, notamment, *White Mountain Apache Tribe* v. *Bracker*, 448 U.S. 136, 142 et 143 (1980). Cette immunité a toutefois été amoindrie ; ainsi, les tribunaux ont jugé que les lois fiscales des États s'appliquaient à l'intérieur des réserves lorsque les autochtones vendent des biens et services à des non-autochtones (*Washington* v. *Confederated Tribes of the Colville Reservation*, 447 U.S. 134 (1980) et *Gila River Indian Community* v. *Wadell (Director of the Department of Revenue of the State of Arizona)*, 91 F.3d 1232 (9th Cir., 1996)).
9. « General acts of congress did not apply to Indians, unless so expressed as to clearly manifest an intention to include them » : *Elk* v. *Wilkins*, 112 U.S. 94, 100 (1884). Voir au même effet *Ex Parte Crow Dog*, 109 U.S. 556, 572 (1883).
10. *Francis* c. *La Reine*, [1956] R.C.S. 618, 631.
11. *Cardinal* c. *Procureur général de l'Alberta*, [1974] R.C.S. 695, 703, et *Dick* c. *La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309, 326 et 327, sont les arrêts où l'on a définitivement rejeté la doctrine de l'enclave.

l'autonomie gouvernementale, car ces deux notions sont étroitement liées. Là-bas, le gouvernement autochtone exerce tous les pouvoirs étatiques, sauf ceux qui lui ont été retirés par les traités et les lois du Congrès, ou qui ont été perdus par déduction nécessaire en raison de son statut de gouvernement subordonné[12]. Au Canada, par contre, la sphère d'autonomie de la collectivité autochtone se résume aux droits ancestraux dont elle peut faire la preuve[13]. Et nous ignorons encore si l'autonomie en question a plus à voir avec un droit de gouvernement ou avec la capacité de toute collectivité de s'autoréguler[14].

Quant aux droits fonciers, notre sujet d'intérêt, la jurisprudence américaine connaît un seul droit originaire : le titre aborigène. Les usages qui lui sont normalement associés, droits de chasse, de pêche et de cueillette, ne peuvent exister en tant que droits originaires indépendants d'un titre[15]. On a écarté cette approche du tout ou rien au Canada en dissociant le titre aborigène de ses démembrements. Le titre des autochtones y est vu comme une modalité d'une catégorie plus globale de droits appelés « ancestraux », dont font aussi partie les usages que sont la chasse, la pêche et la cueillette[16]. Une collectivité autochtone incapable d'établir le bien-fondé de la revendication d'un titre aborigène originaire, un titre ancestral, peut toujours tenter de se faire reconnaître des droits d'usage indépendants.

---

12. *United States* v. *Wheeler*, 435 U.S. 313, 326 (1978).
13. *R.* c. *Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821 (ci-après cité « *Pamajewon* »).
14. Ce point a été ignoré par la Cour suprême du Canada dans ses arrêts *Pamajewon*, précité, note 13, 832 et *Delgamuukw* c. *British Columbia*, [1997] 3 R.C.S. 1010, 1062 et 1063 (ci-après cité « *Delgamuukw* »). Cependant, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en a fait l'un de ses motifs dans cette dernière affaire (voir (1993) 5 W.W.R. 97, 150-151 et 394-396). Selon la doctrine positiviste, le pouvoir de gouvernement est un pouvoir de contrainte, celui d'imposer le respect de ses lois sur son territoire, au besoin par la force. L'autorégulation est plutôt la capacité que possède une collectivité, quelle qu'elle soit, de déterminer les règles qui régiront l'exercice de ses droits collectifs (droits fonciers, sociaux ou culturels dans le cas des autochtones). Ce groupe ne peut contraindre ses membres par la force. Il peut par contre les inciter à respecter ses règles en leur procurant des bénéfices en échange. Donc, si un autochtone adhère à une société tribale et obéit à ses règles, il le fait librement, simplement comme condition des avantages qu'il retire de sa participation.
15. Les droits d'usage foncier ne peuvent exister en tant que droits originaires indépendants d'un titre à moins, bien sûr, que les usages aient été réservés par traité, auquel cas, de toutes façons, on ne peut plus parler de droits originaires (*Wahkiakum Band of Chinook Indians* v. *Bateman*, 655 F.2d 176, 180 (9th Cir., 1981) ; *Confederated Tribes of Chehalis Indian Reservation* v. *Shoalwater Bay Indian Tribe*, 1996 WL 502094, 6 (9th Cir.) (ci-après cité « *Confederated Tribes of Chehalis Indian Reservation* »).
16. *R.* c. *Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, 117-119 (ci-après cité « *Adams* ») ; *R.* c. *Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, 165-167 (ci-après cité « *Côté* »).

Pareils écarts n'ont pas rendu l'étude du droit américain totalement obsolète pour les Canadiens. Encore faut-il le replacer dans sa juste perspective en n'oubliant pas que notre histoire, notre régime constitutionnel et l'état de notre droit positif justifient souvent de s'en écarter. C'est ce que nous tenterons de faire à l'égard des conditions d'existence et d'extinction du titre aborigène originaire au Canada. La récente décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Delgamuukw*[17], par ses énoncés majeurs concernant le titre ancestral des autochtones, en fournit l'occasion et le prétexte. Notre entreprise demeurera modeste ; il s'agira seulement de rappeler les concepts les plus importants du droit américain avant d'examiner leur applicabilité au Canada.

1. Les caractéristiques générales du titre aborigène originaire

Commençons d'abord par détailler les principales caractéristiques du titre aborigène au Canada et aux États-Unis afin de préciser les points de rencontre et de divergence entre les deux systèmes juridiques.

1.1 Le titre aborigène originaire au Canada

Au Canada, les titres aborigènes originaires prennent source dans les divers régimes fonciers autochtones qui régissaient le territoire avant l'avènement de la souveraineté britannique[18] ou française[19]. Ce qui revient à dire que la common law a reconnu plutôt que créé ces droits originaires. Conséquemment, aucun titre ancestral n'a pu naître après sa réception. 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[20]. 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*[21] que le titre aborigène prend également source dans le « rapport entre la *common law* et les régimes

17. *Delgamuukw*, précité, note 14.
18. *Id.*, 1096-1098.
19. De la même façon que la période pertinente pour définir les droits ancestraux est celle d'avant le contact avec les Européens, qu'ils soient Anglais ou Français (*Adams* et *Côté*, précités, note 16), il est probable que les tribunaux continueront d'appliquer un traitement similaire à cette autre catégorie de droits ancestraux que sont les titres aborigènes, en ne distinguant pas entre l'avènement de la souveraineté britannique et celui de la souveraineté française.
20. Voir *Guerin* c. *La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, 377, 378 et 382 (ci-après cité « *Guerin* »). L'arrêt *Guerin* suggère également que l'obligation de fiduciaire de la Couronne, sans constituer en soi un droit ancestral, participe à la définition des droits ancestraux. Il en serait un attribut comme l'est leur caractère inaliénable.
21. *Delgamuukw*, précité, note 14.

juridiques autochtones préxistants[22] ». Il reste que le fondement du titre ancestral repose sur la nature de l'occupation autochtone antérieure à la souveraineté européenne, donc sur des régimes fonciers préexistants[23].

Un titre aborigène implique le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive une terre[24]. L'exclusivité est cette faculté qu'a une collectivité de pouvoir exclure autrui des terres grevées par le titre[25].

En outre, à l'instar des autres droits ancestraux, un titre aborigène appartient toujours à une collectivité, jamais à un individu particulier[26]. Partant, les décisions portant sur les terres grevées par le titre doivent provenir de cette collectivité, du groupe lui-même en tant qu'organisation[27]. Et elles doivent être prises conformément à ses coutumes, pratiques et traditions[28], car toute action entreprise en violation du droit tribal risque de ne pas être reconnue par le droit anglais[29]. Il s'ensuit également que la

22. *Id.*, 1082.
23. Ainsi, la Cour suprême du Canada a jugé qu'une collectivité autochtone ne pouvait user de son titre d'une manière qui détruirait le rapport historique qu'elle entretient avec sa terre (*Delgamuukw*, précité, note 14, 1089). Elle a aussi jugé que l'on pourrait invoquer les règles du régime foncier ancestral afin d'établir l'exigence d'exclusivité d'occupation nécessaire pour fonder un titre (*id.*, 1105). Par ailleurs, dans le jugement *The Wik Peoples* v. *Queensland*, [1997] 71 A.L.J.R. 173, 192 (ci-après cité « *The Wik Peoples* »), le juge en chef Brennan, de la Haute Cour de l'Australie, a rappelé que le titre indien « is derived solely from the traditional laws and customs of the indigenous peoples ».
24. *Delgamuukw*, précité, note 14, 1083.
25. *Id.*, 1104.
26. *Id.*, 1082 et 1083.
27. *Ibid.*
28. Il semble qu'au Canada on a voulu respecté le droit procédural autochtone (non pas qu'on l'a toujours fait). C'est du moins ce qui ressort de la directive du gouverneur lord Dorchester pour régir les cessions de terre indiennes. « All purchases are to be made in public Council with great Solemnity and Ceremony according to the Ancient Usages and Customs of the Indians » : Lord DORCHESTER, « Additional Instructions, Indian Department », 26 décembre 1794, dans E.A. CRUISKSHANK (dir.), *The Correspondence of Lieut. Governor John Graves Simcoe, with Allied Documents Relating to his Administration of the Government of Upper Canada*, t. 3 (1794-1795), Toronto, Ontario Historical Society, 1925, p. 241.
29. R.L. BARSH et J.Y. HENDERSON, *The Road: Indian Tribes and Political Liberty*, Los Angeles, University of California Press, 1980, p. 36. Cela signifie qu'une cession de terre indienne doit être négociée avec les représentants dûment mandatés par la collectivité titulaire du titre et non directement avec ses membres (« Lettre de l'*attorney general* de New York John Tabor Kempe au surintendant William Johnson », 12 août 1765, dans M. W. HAMILTON (dir.), *The Papers of Sir William Johnson*, t. 11, Albany, The University of the State of New York, 1953, pp. 886-889), et que les autochtones qui veulent intenter une action judiciaire au nom de cette collectivité doivent être en mesure d'établir leur autorité selon les usages et coutumes de leur société (*Wewayakum Indian Band* c. *Canada*, (1991) 42 F.T.R. 40, 47 (1re inst.)).

mesure des droits exercés par chaque autochtone, dans la jouissance du bien collectif, dépend uniquement de la volonté du groupe telle qu'elle est exprimée par l'entremise de sa réglementation interne[30].

Une communauté autochtone du Canada qui voudrait se faire reconnaître un titre originaire devrait alors être en mesure de démontrer au moins trois faits : qu'elle a possédé exclusivement la terre visée par la revendication[31] ; que cette occupation exclusive existait au moment où les puissances européennes ont affirmé leur souveraineté sur ce territoire et qu'elle était fermement établie (domestication du territoire)[32] ; et que l'occupation s'est poursuivie jusqu'à aujourd'hui[33]. Une fois démontrée l'existence d'un droit ancestral, il revient à celui qui prétend qu'il a été éteint de le prouver[34]. Ce fardeau est lourd ; on exige une preuve claire et expresse (*clear and plain*) de l'extinction[35].

1.2 Le titre aborigène originaire aux États-Unis

La common law américaine relative au titre aborigène originaire n'est pas fondée sur un principe de respect des droits acquis à la suite de l'avènement de la souveraineté européenne. Elle reconnaît plutôt l'effectivité de l'occupation autochtone avant l'arrivée des Blancs. La période de référence, où peuvent naître des droits originaires, est donc la période qui

30. W. RAWSON, J. DAVIDSON et W. HEPBURN, « Report on Indian Land Tenure », 1844, dans C.M. JOHNSTON (dir.), *The Valley of the Six Nations ; A Collection of Documents on the Indian Lands of the Grand River*, Toronto, The Champlain Society, 1964, p. 304. Un titre originaire constitué en réserve serait toutefois soumis à la réglementation de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5, dans la mesure où les restrictions qu'elle impose répondent aux exigences de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, L.R.C. 1985, App. n° 44.
31. *Delgamuukw*, précité, note 14, 1104-1106.
32. *Id.*, 1097-1102.
33. *Id.*, 1102 et 1103, où la Cour mentionne la continuité d'occupation comme un moyen de prouver son ancienneté, jusqu'au moment de l'avènement de la souveraineté de la Couronne. Toutefois, à la lumière des arrêts *R.* c. *Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1095 (ci-après cité « *Sparrow* »), et *Ontario (procureur général)* c. *Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570, 574 et 575, il semble qu'il s'agisse aussi d'une exigence pour établir un droit ancestral. Certains propos tenus dans l'arrêt *Delgamuukw*, précité, note 14, 1103, pourraient également être interprétés en ce sens. Nous verrons plus loin que des circonstances peuvent atténuer cette exigence.
34. *Sparrow*, précité, note 33, 1099. Et cette fois par analogie avec les droits issus d'un traité, voir *R.* c. *Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, 1061 (ci-après cité « *Sioui* »).
35. *Sparrow*, précité, note 34 ; *Calder*, précité, note 1, 404 ; *Delgamuukw*, précité, note 14, 1120 ; *C.P.* c. *Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654, 678 et 679 ; *R.* c. *Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, 748 et 749 (ci-après cité « *Gladstone* »).

précède la colonisation par des non-autochtones, et non celle qui précède l'affirmation de la souveraineté européenne[36] ou américaine[37]. Puisque aux États-Unis la common law se préoccupe uniquement de l'effectivité de l'occupation autochtone, le titre aborigène y serait une pure création du droit colonial[38].

Pour le reste, le titre aborigène, ou « titre indien originaire » comme il est souvent appelé, ne se distingue pas fondamentalement de sa contrepartie canadienne. Un tel titre implique en effet l'utilisation et l'occupation exclusive d'une terre[39]. Il appartient également à une collectivité[40], qui le répartit entre ses membres selon son entendement, autrement dit en fonction de ses coutumes, pratiques et traditions[41]. Et si la collectivité décide, conformément à ses règles, d'abroger les privilèges de l'un de siens pour en disposer autrement, mais toujours à l'intérieur du groupe, un tribunal ne saurait s'y opposer[42].

On comprendra alors que le critère applicable pour prouver un titre aborigène originaire pourrait être sensiblement le même au Canada qu'aux États-Unis. Exclusivité et continuité d'occupation en sont deux des trois aspects. « Aboriginal title must rest on actual, continuous and exclusive use

36. *Strong* v. *United States*, 518 F.2d 556, 572 (Ct.Cl.), cert. denied 423 U.S. 1015, 96 S.Ct. 448 (1975) (ci-après cité « *Strong* »); *Alabama-Coushatta Tribe of Texas* v. *United States*, 1996 WL 409086, 2 et 36 (F.Cl.) (ci-après cité « *Alabama-Coushatta Tribe of Texas* »). Dans cette dernière affaire, un tribunal inférieur avait d'ailleurs rappelé que « Spain's assumption of sovereignty over these lands does not bar the tribe from establishing aboriginal title to these same lands » (rapporté à 28 F.Cl. 95, 114, note infrapaginale 28 (1993)).
37. *Sac and Fox Tribe* v. *United States*, 383 F.2d 991, 999 (Ct.Cl. 1967) (ci-après cité « *Sac and Fox Tribe* »); *Turtle Mountain Band of Chippewas Indians* v. *United States*, 490 F.2d 935, 941 (Ct.Cl. 1974) (ci-après cité « *Turtle Mountain Band of Chippewas Indians* »).
38. « This right [le titre indien originaire] is not an ownership right, but is rather a right of occupancy granted by the conquering sovereign [...] The right is therefore necessarily a creature of the conquering sovereign's law » : *Chunnie* v. *Ringrose*, 788 F.2d 638, 642 (9th Cir., 1985), cert. denied 479 U.S. 1009 (ci-après cité « *Chunnie* »).
39. *County of Oneida, New York et al.* v. *Oneida Indian Nation of New York State*, 470 U.S. 226, 234 (1985).
40. Par exception, on a reconnu qu'un individu autochtone peut aussi prescrire un titre aborigène en raison d'une politique des États-Unis visant à favoriser sa sédentarisation : *Cramer* v. *United States*, 261 U.S. 219 (1923).
41. Dans *Sac and Fox Tribe*, précité, note 37, 997, on peut lire : « Land owned by Indian title is owned by the tribe and not by an individual Indian. It must be used within the tribe and subject to its laws and customs ».
42. *M'Intosh*, précité, note 3, 592 et 593.

and occupancy », selon la formulation jurisprudentielle consacrée chez nos voisins du Sud[43]. Seule la période de référence à laquelle doit remonter l'existence du titre originaire diffère d'un pays à l'autre ; aux États-Unis, on a retenu le début de la colonisation par des non-autochtones[44], tandis qu'au Canada il s'agit de l'affirmation de la souveraineté européenne[45]. Quant au fardeau de preuve exigé pour établir l'existence ou la disparition d'un titre aborigène originaire, il est réparti également de part et d'autre de la frontière[46]. Donc ce fardeau ne constitue pas un empêchement à une approche comparative des droits américain et canadien sur le titre aborigène originaire[47]. Les seuls empêchements qui restent, ceux qui feraient obstacle à une transposition au Canada des solutions retenues par la jurisprudence américaine, proviendraient de l'histoire des relations anglo-indiennes ou de l'état actuel du droit positif canadien.

Avant d'aller plus loin, rappelons toutefois cette règle élémentaire à savoir que les arguments tirés du droit comparé sont des arguments de persuasion. Son apport au droit canadien ne dépasse pas celui des principes qu'il inspire[48].

---

43. *Sac and Fox Tribe of Indians of Oklahoma* v. *U.S.*, 315 F.2d 896, 903 (1963), cert. denied 375 U.S. 921 (ci-après cité « *Sac and Fox Tribe of Indians of Oklahoma* »). Voir aussi : *Strong*, précité, note 36, 560 ; *Confederated Tribes of the Warm Spring Reservation of Oregon* v. *United States*, 1966 WL 8893, 5 (Ct.Cl.) (ci-après cité « *Confederated Tribes of the Warm Spring Reservation of Oregon* ») ; *United States* v. *Pueblo of San Ildefonso*, 513 F.2d 1383, 1394 (Ct.Cl. 1975) (ci-après cité « *Pueblo of San Ildefonso* ») ; *Yankton Sioux Tribe of Indians* v. *South Dakota*, 796 F.2d 241, 243 et 244 (8th Cir.), cert. denied 483 U.S. 1005 (1986) ; *Cayuga Indian Nation* v. *Cuomo*, 758 F.Supp. 107, 110 (D.Ct. N.Y. 1991) (ci-après cité « *Cayuga Indian Nation* ») ; *Uintah Ute Indians of Utah* v. *United States*, 28 Fed.Cl. 768, 784 (1993) (ci-après cité « *Uintah Ute Indians of Utah* »).
44. *Supra*, notes 36 et 37.
45. *Supra*, notes 18 et 19.
46. Une fois établie l'existence du titre indien, il revient à celui qui soutient qu'il a été éteint de prouver son extinction (*Lipan Apache Tribe* v. *United States*, 180 Ct.Cl. 487, 492 (1967) (ci-après cité « *Lipan Apache Tribe* ») et *Alabama-Coushatta Tribe of Texas*, précité, note 36, 40). Et la preuve de l'extinction doit être claire et sans ambiguïté *(plain and unambiguous)* (*Lipan Appache Tribe*, précité, et *Santa Fe Pacific R. Co.*, précité, note 5, 251). Au Canada, voir *supra*, notes 34 et 35. Les tribunaux australiens appliquent eux aussi le même fardeau de preuve (*Mabo* v. *Queensland*, (1992) 66 A.L.J.R. 408, 432).
47. Cela ne devrait pas surprendre étant donné que les tribunaux canadiens se sont inspirés du droit américain pour déterminer le fardeau de preuve de l'extinction d'un titre aborigène. Voir *Calder*, précité, note 1, 404, où le juge Hall cite l'affaire *Lipan Apache Tribe*, précitée, note 47.
48. *R.* c. *Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, 538 et 539 (ci-après cité « *Van der Peet* »). Voir aussi *infra*, notes 87 et 88.

2. La preuve d'un titre aborigène originaire

Nous nous pencherons d'abord sur les conditions de formation du titre : domestication du territoire durant la période de référence et exclusivité de l'occupation avant la fin de cette période. L'autre condition concernant la continuité de l'occupation ne demande pas un traitement particulier, car une preuve très sommaire indiquant des contacts intermittents ou saisonniers semble suffire, à tout le moins pour établir son existence *prima facie*[49]. Il incombe dès lors à celui qui soutient qu'il a eu extinction de prouver un acte d'extinction du souverain ou encore un abandon des autochtones, au moyen notamment d'une interruption de l'occupation exclusive[50]. En résumé, la continuité de l'occupation exclusive serait autant une condition de survie du titre qu'une condition de son apparition. Voilà pourquoi nous traiterons de l'aspect « continuité de l'occupation » dans la section 3 portant sur l'extinction du titre.

2.1 La domestication du territoire durant la période de référence

Pour étayer sa revendication d'un titre aborigène originaire, une communauté autochtone du Canada doit démontrer que le rapport qu'elle entretient avec la terre visée est d'une importance fondamentale pour sa culture distinctive[51]. Normalement cette exigence ne devrait pas pouvoir empêcher la revendication d'un titre, parce que la preuve d'une occupation exclusive et continue témoigne déjà suffisamment de cette importance[52]. Toutefois, comme l'acquisition du titre originaire doit avoir été faite durant la période de référence, soit avant l'affirmation de la souveraineté européenne, elle suppose que les autochtones avaient déjà fermement établi leur présence durant cette époque[53].

Il fallait effectivement plus qu'une occupation accidentelle pour fonder un titre aborigène originaire. Par exemple, un raid militaire chez un ennemi n'a pu conférer de droit sur son territoire, pas plus que le fait de s'en être

---

49. Pour le Canada, voir les passages auxquels réfère la jurisprudence, *supra*, note 31. Pour les États-Unis, voir *Confederated Tribes of the Warm Spring Reservation of Oregon*, précité, note 43, 5, *Alabama-Coushatta Tribe of Texas*, précité, note 36, 34 et *United States* v. *Seminole Indians*, 180 Ct.Cl. 375, 385 (1967) (ci-après cité « *Seminole Indians* »).
50. *Alabama-Coushatta Tribe of Texas*, précité, note 49, 40 ; *Lipan Apache Tribe*, précité, note 46, 492.
51. *Delgamuukw*, précité, note 14, 1101.
52. *Id.*, 1101 et 1102.
53. La Cour suprême du Canada n'a tout simplement pas examiné cette éventualité dans l'arrêt *Delgamuukw*, précité, note 14. Aux États-Unis, comme la période de référence prend fin avec l'implantation d'établissements non autochtones, ces derniers empêchent l'acquisition d'un titre originaire (*Strong*, précité, note 36, 571).

servi comme chemin entre deux migrations. Ces occupations n'étaient que temporaires. Qu'elles soient survenues juste au moment de l'affirmation de la souveraineté européenne n'y change rien ! Même lorsqu'une occupation s'est avérée durable, il a dû s'écouler un certain temps avant que l'on puisse conclure qu'une terre a acquis une importance fondamentale pour une société autochtone. C'est ce que la jurisprudence américaine a appelé la « domestication du territoire » : « [A]boriginal title must have time to take root, transforming a conquered province into domestic territory[54]. » La domestication du territoire devait en conséquence avoir été achevée avant l'avènement de la souveraineté européenne, la période de référence applicable.

On ne peut *a priori* fixer de délai pour que la domestication se soit concrétisée. Il faut néanmoins qu'il ait été assez long, considérant le mode de vie des autochtones, pour que ceux-ci aient pu explorer à fond leur territoire, en évaluer les ressources et mettre en place les infrastructures, si rudimentaires soient-elles, nécessaires à son exploitation. Plusieurs indices devront être examinés allant de la construction de villages ou la culture des champs à l'exploitation d'un réseau de pistes aux fins de chasse et de trappage[55]. Combien de temps en pratique cela nécessite-t-il ? Après avoir considéré des délais de plusieurs générations, les tribunaux américains ont jugé qu'un délai aussi court que 30 années pouvait parfois suffire[56]. L'analogie avec la durée normale pour prescrire un titre de propriété semble avoir eu quelque influence ; dans de nombreux États ayant adopté la common law anglaise, a remarqué un juge, des périodes de moins de 30 ans d'une possession ouverte, notoire et ininterrompue suffisent pour acquérir un titre par usucapion (*adverse possession*)[57].

54. *Alabama-Coushatta Tribe of Texas*, précité, note 36, 32 et 33. Voir également *Sac and Fox Tribe of Indians of Oklahoma*, précité, note 43, 905 ; *Confederated Tribes of the Warm Spring Reservation of Oregon*, précité, note 43, 5 ; *Uintah Ute Indians of Utah*, précité, note 43, 785.
55. Sur les indices prouvant l'occupation, voir *Delgamuukw*, précité, note 14, 1101.
56. *Alabama-Coushatta Tribe of Texas*, précité, note 36, 36. Dans *Sac and Fox Tribe*, précité, note 37, 999, on a même suggéré qu'un délai de vingt ans répondrait à l'exigence légale. Un tel délai a aussi été considéré comme suffisant par le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Van der Peet*, précité, note 48, 601 et 602, qui cependant s'est montrée en désaccord avec la majorité de la Cour suprême du Canada quant à la période de référence où cette appropriation a dû se faire.
57. *Alabama-Coushatta Tribe of Texas* v. *United States*, 28 F.Cl. 95, 115, note infrapaginale 29 (1993).

2.2 L'exigence d'une occupation exclusive

2.2.1 Le principe général : le contrôle physique ou dominion exercé à l'égard d'une terre

Une occupation exclusive est une autre condition pour acquérir un titre aborigène originaire. La raison donnée tient du syllogisme : puisque le titre fonde une occupation exclusive, « la preuve du titre doit, à cet égard, refléter le contenu du droit[58] ». En principe, l'utilisation partagée d'une terre par plusieurs collectivités autochtones empêche donc la revendication d'un titre[59].

Cependant, aussitôt posée, cette exigence a été nuancée par la jurisprudence, tant aux États-Unis qu'au Canada. En effet, ce n'est pas tant l'exclusivité de l'occupation qui importe mais plutôt la présence d'un contrôle physique ou dominion sur les terres revendiquées[60], dont la manifestation la plus visible serait la capacité d'en exclure autrui[61]. En d'autres termes, l'acquisition et le maintien du titre originaire n'auraient pas été compromis par l'absence d'exclusivité de l'occupation, dans la mesure où la collectivité qui le revendique avait le pouvoir de l'imposer.

2.2.2 Les modalités d'occupation partagée conciliables avec la survie d'un titre

La jurisprudence américaine a décrit trois modalités d'occupation partagée qui peuvent être conciliées avec l'existence d'un titre aborigène originaire, c'est-à-dire avec le pouvoir d'exclusion appartenant au propriétaire autochtone : l'utilisation avec permission du propriétaire (*the permissive use*) ; la présence d'un groupe dominant (*the dominant use*) ; et l'occupation partagée à l'amiable (*the joint and amicable possession*)[62]. On

58. *Delgamuukw*, précité, note 14, 1104.
59. *Id.*, 1106 ; *Strong*, précité, note 36, 561 ; *Pueblo of San Ildefonso*, précité, note 43, 1394 ; *Uintah Ute Indians of Utah*, précité, note 43, 785 ; *Quapaw Tribe* v. *United States*, 120 F.Supp. 283, 286 (Ct.Cl. 1954), infirmé pour d'autres considérations dans *United States* v. *Kiowa, Comanche & Apache Tribes*, 166 F.Supp. 143, cert. denied 359 U.S. 934 (ci-après cité « *Quapaw Tribe* ») ; *Wichita Indian Tribe* v. *United States*, 696 F.2d 1378, 1385 (F.Cir. 1983) (ci-après cité « *Wichita Indian Tribe* »).
60. *Alabama-Coushatta Tribe of Texas*, précité, note 36, 10, 12 et 35 ; *Seminole Indians*, précité, note 49, 386. Voir aussi K. McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 204.
61. *Delgamuukw*, précité, note 14, 1004 ; *Strong*, précité, note 36, 561.
62. L'exposé jurisprudentiel le plus complet et le plus récent sur les différentes modalités d'occupation partagée se trouve dans l'arrêt *Alabama-Coushatta Tribe of Texas*, précité, note 36. Nous avons adopté sa terminologie.

nous pardonnera la redondance, car ces situations se recoupent quelque peu.

2.2.2.1 L'utilisation avec permission du propriétaire

Des tiers peuvent fréquenter un territoire après avoir demandé et obtenu l'autorisation de la communauté autochtone titulaire du titre. Loin de la contredire, pareil comportement renforce au contraire la conclusion d'exclusivité[63]. Ces étrangers qui viennent avec permission ne seraient en fait que des invités du groupe propriétaire[64].

La question que l'on doit se poser porte sur l'intention des tiers : croyaient-ils venir en invités ou encore prétendaient-ils exercer un droit sur la terre en litige[65] ? La revendication sera nécessairement compromise si ces tiers entendaient exercer un droit[66]. Dans le cas contraire, elle pourra être reçue[67]. La preuve de l'intention pourrait soulever quelque difficulté parce que les documents d'archives ne vont pas toujours autant dans le détail. Il faudra alors s'en remettre à une analyse du contexte entourant l'utilisation des terres revendiquées[68]. Ainsi, lorsqu'un groupe entre sur un territoire pour commercer, on sait qu'il doit s'agir d'invités[69]. On présumera également que ce sont des invités quand leurs incursions se font de manière sporadique et non régulière[70]. *A contrario*, la fréquentation constante d'une terre par des tiers, sans justification commerciale, empêchera normalement le titre aborigène de se cristalliser[71].

Doit-on considérer uniquement l'intention des tiers, comme nous l'avons fait ? Qu'en est-il de l'intention de la communauté qui revendique le titre ? Dans l'affaire *Delgamuukw*[72], la Cour suprême du Canada a souligné

63. *Delgamuukw*, précité, note 14, 1104 et 1105.
64. *Wichita Indian Tribe*, précité, note 59, 1385 ; *Alabama-Coushatta Tribe of Texas*, précité, note 36, 12 ; *Spokane Tribe of Indians* v. *United States*, 163 Ct.Cl. 58, 68 et 69 (1963).
65. *Alabama-Coushatta Tribe of Texas*, précité, note 36, 13 ; *Spokane Tribe of Indians*, précité, note 64, 68 et 69.
66. *Ibid.*
67. *Ibid.*
68. *Strong*, précité, note 36, 572.
69. *Wichita Indian Tribe*, précité, note 59, 1385 ; *Alabama-Coushatta Tribe of Texas*, précité, note 36, 16.
70. *Strong*, précité, note 36, 565. On pourrait aussi en déduire que des incursions sporadiques n'empêchent pas un groupe d'occuper une position dominante (voir aussi *infra*, notes 79-86 et le texte correspondant).
71. Le titre originaire ne pourra se cristalliser à moins de prouver qu'il y a eu occupation partagée à l'amiable ou présence d'un groupe dominant (voir *infra*, notes 79-106 et le texte correspondant).
72. *Delgamuukw*, précité, note 14.

l'intérêt que présente le régime juridique du groupe revendicateur. Ce régime, a dit la Cour, peut comporter des règles « en vertu desquelles d'autres groupes autochtones peuvent être autorisés à utiliser les terres ou même à y résider temporairement[73] ». Pour qu'il soit pertinent au débat, le régime juridique du groupe revendicateur doit cependant avoir été connu et accepté par les tiers comme régissant les terres en litige, sinon on aboutit à un paradoxe. En effet, supposons que des intrus pénètrent dans un territoire et l'utilisent en prétendant exercer un droit, leur droit, sans se préoccuper des actuels occupants, pendant que le groupe qui le revendique permet systématiquement que l'on empiète sur son domaine sans besoin d'autorisation préalable. Ce groupe ne peut donc prétendre aujourd'hui à l'exclusivité d'occupation, que suppose l'existence du titre, sans contredire le droit qu'ont toujours cru exercer les tiers.

Le débat n'est pas aussi théorique qu'il y paraît. Par exemple, chez les peuples algonquiens du nord-est du Canada, Cris, Chippewas, Ojibwas, Naskapis, Attikameks, Montagnais et Algonquins, où la bande constitue l'organisation politique autonome[74], tous devaient être libres d'utiliser les ressources de la terre[75]. Certains expliquent ce fait par l'éthique de partage commune aux bandes de chasseurs-pêcheurs-cueilleurs, éthique qui feraient partie de leur régime foncier[76]. D'autres ont avancé une explication plus prosaïque fondée sur l'écologie : une société ignorait l'appropriation exclusive d'une terre lorsque les ressources alimentaires étaient clairsemées ou très mobiles, parce que les efforts qu'aurait nécessités la défense du territoire auraient excédé les bénéfices escomptés[77]. En somme le territoire était plus un moyen servant à reconnaître les membres d'une collectivité qu'une affaire d'exploitation économique[78].

---

73. *Id.*, 1105.
74. Voir A. ÉMOND, « Quels sont les partenaires autochtones avec lesquels la Couronne entretient une relation historique ? », (1997) 76 *R. du B. can.* 130, 138-142.
75. E.S. ROGERS et E. LEACOCK, « Montagnais-Naskapis », dans W.C. STURTEVANT (dir.), *Handbook of North American Indians*, t. 6 (Subartic), Washington, Smithsonian Institution, 1981, 169, à la page 181 ; E. LEACOCK, *The Montagnais « Hunting Territory » and the Fur Trade*, Menasha, Wisconsin American Anthropological Association, mémoire n° 78, 1954, pp. 8 et 9 ; R.B. LEE, A.R. PILLING et L.R. HIATT, « Territorial Boundaries », dans R.B. LEE et I. DEVORE (dir.), *Man the Hunter*, Chicago, Aldine Publishing, 1968, 156, aux pages 156 et 157 ; J.-P. LACASSE, « Le territoire dans l'univers innu d'aujourd'hui », *Cahiers de géographie du Québec*, vol. 40, 1996, pp. 185, 187 et 189.
76. Parmi d'autres, voir J.-P. LACASSE, *loc. cit.*, note 75, et J.Y. HENDERSON, « Mikmaw Tenure in Atlantic Canada », (1995) 18 *Dalhousie L.J.* 196.
77. R. DYSON-HUDSON et E.A. SMITH, « Human Territoriality : An Ecological Reassessment », *American Anthropologist*, vol. 80, 1978, pp. 21-40.
78. ELMAN ROGERS SERVICE, *Primitive Social Organisation, An Evolutionary Perspective*, New York, Random House, 1971, p. 60.

2.2.2.2 La présence d'un groupe dominant

Une autre modalité d'occupation partagée compatible avec le titre aborigène originaire est la présence d'un groupe dominant. Non pas que la simple dominance en soi suffise, car lorsque la terre est partagée entre plusieurs communautés, il y aura toujours un groupe numériquement ou militairement plus fort qu'un autre. Cependant, il arrive parfois que la position d'une communauté soit si écrasante par rapport à ses compétitrices potentielles qu'il faut conclure qu'elle pourrait les exclure, bien qu'elle choisisse de ne pas le faire[79]. Établir la dominance d'un groupe par rapport aux autres n'est qu'une manière de prouver son contrôle du territoire sur lequel il prétend posséder un titre. Rappelons que la capacité d'exercer ce contrôle reste le critère déterminant, le seul en fait[80].

Plusieurs indices tendent à démontrer la domination d'une communauté. Il y a d'abord la taille de sa population en comparaison avec celle des autres groupes. Un tribunal a estimé qu'une communauté immigrante vingt fois moins nombreuse que la population locale n'est pas en mesure de contester son titre[81]. Lorsqu'en plus elle est dispersée sur le territoire, que ses incursions sont sporadiques, cela diminue encore d'autant son importance[82]. Évidemment, plus les nombres absolus sont faibles compte tenu de la superficie du territoire revendiqué, plus l'importance du rapport de populations diminue. Deux familles sont peut-être en meilleure position qu'une seule pour contrôler les accès à un vaste territoire, mais la différence n'est pas qualitativement significative ; en réalité, aucun des groupes ne peut prétendre exercer de véritable contrôle[83]. Dans la même veine, on a jugé que l'absence d'établissement, quoique non indispensable à l'acquisition d'un titre, peut néanmoins être prise en considération pour juger de la prédominance d'une communauté dans une région donnée[84].

Outre la disproportion des populations respectives des communautés, un autre indice de la domination d'une communauté est son pouvoir d'assimilation. De fait, un groupe dominé a fréquemment tendance à se fondre dans le groupe dominant, notamment par des mariages[85]. L'assimilation

79. *Seminole Indians*, précité, note 49, 383.
80. *Supra*, notes 60 et 61 et le texte correspondant.
81. *Alabama-Coushatta Tribe of Texas*, précité, note 36, 26.
82. *Seminole Indians*, précité, note 49, 383 ; *Battise* v. *United States*, 12 Ct.Cl. 426, 430 (1987).
83. Voir aussi *infra*, note 91 et le texte correspondant.
84. *Alabama-Coushatta Tribe of Texas* v. *United States*, précité, note 57, 109, note infrapaginale 22. Cette détermination n'a pas été infirmée en appel (voir *Alabama-Coushatta Tribe of Texas*, précité, note 36).
85. *Alabama-Coushatta Tribe of Texas*, précité, note 36, 12 ; *Seminole Indians*, précité, note 49, 383.

conduit éventuellement à la disparition du groupe dominé, à la fin de son existence en tant que communauté distincte[86]. Vue sous cet angle, la présence d'un groupe dominant se rapproche d'une autre modalité d'occupation compatible avec l'acquisition et le maintien d'un titre aborigène originaire : l'occupation partagée à l'amiable.

2.2.2.3 L'occupation partagée à l'amiable

L'occupation partagée « donne le droit d'exclure autrui, à l'exception des personnes avec qui la possession est partagée », a expliqué la Cour suprême du Canada lors de l'affaire *Delgamuukw*[87]. Dans le même élan, elle a jugé que l'exigence d'exclusivité pour acquérir un titre est respectée par ce moyen et a cité en exemple le droit américain[88]. Or, selon la jurisprudence américaine, une occupation partagée à l'amiable peut se démontrer de deux façons : en prouvant que deux ou plusieurs communautés se considèrent réellement et objectivement comme des copropriétaires[89], ou encore que ces communautés sont si proches, socialement et politiquement, qu'elles constituent en fait une seule entité[90]. Une occupation partagée pacifiquement ne prouve rien ; l'absence de guerre peut être l'indice qu'une région était trop vaste et inexploitée, par rapport à sa population, pour que des actes de guerre s'avèrent nécessaires[91]. Il demeure donc indispensable que les communautés prouvent leur capacité de contrôler, ensemble plutôt que séparément, le territoire visé par la revendication[92]. Notre précédente discussion sur l'utilisation de la terre avec permission du propriétaire reste donc pertinente en faisant les adaptations appropriées[93].

La première hypothèse concerne la croyance entretenue par plusieurs communautés qu'elles possèdent une terre en copropriété. Utiliser les mêmes terres tout en entretenant des rapports d'amitié ou d'alliance ne suffit pas[94]. On exige plus, soit « a substantial objective basis for the Indians'

86. *Alabama-Coushatta Tribe of Texas*, précité, note 36, 26 ; *Seminole Indians*, précité, note 49, 383.
87. *Delgamuukw*, précité, note 14, 1105 et 1106.
88. *Ibid.*
89. *Pueblo of San Ildefonso*, précité, note 43, 1395 et 1396 ; *Alabama-Coushatta Tribe of Texas*, précité, note 36, 11, 12 et 26, note infrapaginale 30.
90. *Alabama-Coushatta Tribe of Texas*, précité, note 36 ; *Strong*, précité, note 36, 561 et 562 ; *Sac and Fox Tribe*, précité, note 37, 995.
91. *Strong*, précité, note 36, 562.
92. Voir *supra*, notes 60 et 61 et le texte correspondant.
93. Voir *supra*, notes 65-78 et le texte correspondant.
94. *Alabama-Coushatta Tribe of Texas*, précité, note 36, 26, note infrapaginale 30.

belief that they jointly owned the disputed land[95] ». Une preuve d'occupation commune à laquelle s'ajouterait celle de la maîtrise du territoire, comme l'exclusion des étrangers ou le contrôle de leurs allées et venues, serait probablement concluante. À notre connaissance, un seul précédent a fait de la croyance à une copropriété sa *ratio decidendi*. Il s'agissait d'un exemple clair où l'ancien souverain espagnol avait reconnu, par un seul acte, le titre aborigène originaire de deux communautés. Celles-ci se sont toujours comportées par la suite comme si le titre leur appartenait de façon commune, allant jusqu'à présenter ensemble une requête pour que les États-Unis, le nouveau souverain, reconnaissent également leur droit[96].

Des communautés autochtones peuvent également se voir reconnaître un titre aborigène commun lorsqu'elles sont si proches, socialement et politiquement, qu'elles constituent dans les faits une seule entité. Encore ici, il faut plus qu'une simple coopération fondée sur l'amitié ou une alliance conjoncturelle[97]. S'il n'est pas requis de ces communautés qu'elles aient été politiquement unifiées jusqu'à en perdre leur identité respective, elles doivent néanmoins entretenir des liens très étroits ; « close and intimate alliance », répètent les tribunaux américains[98]. Étroits au point que les communautés se voient comme une seule entité et sont traitées comme telle par les autres[99]. On donne l'exemple d'une confédération[100].

Il existe aussi un courant jurisprudentiel favorisant l'indemnisation de communautés qui prétendent posséder en commun un titre originaire, et qui auraient été dépossédées de leurs terres, bien qu'elles ne constituent pas une

95. *Pueblo of San Ildelfonso*, précité, note 43, 1396.
96. *Id.*, 1395 : « Both pueblos [tribes] believed for a very long time that they owned the disputed area in joint tenancy under a 1770 land grant fron the Spanish Crown. They asked the Court of Private Land Claims in 1898 to confirm that grant over the entire area in both of them jointly... The factuel picture which has emerged here adds up to significantly more than the mere use and occupancy of a particular area by two or more tribes at the same time. »
97. *Strong*, précité, note 36, 562 ; *Alabama-Coushatta Tribe of Texas*, précité, note 36, 12.
98. *Strong*, précité, note 36, 562 ; *Alabama-Coushatta Tribe of Texas*, précité, note 36, 11 ; *Menominee Indian Tribe of Wisconsin* v. *Thompson*, 922 F.Supp. 184, 215 (D.Ct. Wisc. 1996).
99. *Strong*, précité, note 36 ; *Alabama-Coushatta Tribe of Texas*, précité, note 36 ; et *Iowa Tribe of the Iowa Reservation in Kansas and Nebraska* v. *United States*, 1971 WL 17827 (Ct.Cl.). Dans l'arrêt *Sac and Fox Tribe*, précité, note 37, 995, on peut lire : « Originally the Sac and Fox Nation consisted of two separate and identifiable tribes of Indians belonging to the Algonquin stock. Around 1735, due to their mutual hostility and conflict with the French, they formed a close and intimate alliance, politically and socially, so that from thence forward they have been dealt with and referred to as a single nation both in their relationship with the other Indian tribes and in treaty negotiations and other matters with the United States. »
100. *Strong*, précité, note 36 ; *Alabama-Coushatta Tribe of Texas*, précité, note 36, 12.

entité politique[101]. On y insiste sur leurs caractéristiques communes : culture, langue et activités économiques. Bref ces communautés formeraient un peuple au sens sociologique du terme[102]. Des objections pourraient toutefois être soulevées contre l'élargissement de cette doctrine au Canada. D'une part, les tribunaux américains ont motivé leurs décisions par une interprétation de la loi du Congrès qui fonde le recours en indemnisation, et non par une modification de la common law[103]. D'autre part, cela ne dispense pas les communautés en cause d'avoir à prouver leur contrôle du territoire, fût-ce ensemble plutôt que séparément, comme pour tout titre aborigène originaire[104].

Un dernier argument nous semble péremptoire. Depuis la conquête du Canada par les Britanniques en 1763, les autorités coloniales ont presque toujours négocié avec des bandes, jamais avec des nations au sens sociologique, parce qu'elles estimaient que les titres aborigènes appartenaient aux bandes. Et le gouvernement du Canada a continué cette pratique jusqu'à maintenant[105]. Non seulement les autorités gouvernementales ont considéré les bandes comme les titulaires des droits originaires, mais les autochtones en ont fait autant[106]. Prétendre aujourd'hui le contraire, soit que le titre appartient en réalité à la nation entière, reviendrait alors à invalider les accords conclus avec les seules bandes, car il ne peut exister simultanément deux titulaires du titre autorisés à l'aliéner.

---

101. Voir *Confederated Tribes of the Warm Spring Reservation of Oregon*, précité, note 43, 13-15 ; *Upper Chehalis Tribe* v. *United States*, 155 F.Supp. 226, 228 et 229 (Ct.Cl. 1957) (ci-après cité « *Upper Chehalis Tribe* »), et les arrêts qui y sont cités.
102. « Assuming for the moment that the Hualapai were not a tribe in a political sense, we have a people who all ethnologists agree, spoke the same language, had a common culture, intermarried, made common use of the lands away from their settlements, shared their own territories, engaged in common economic activities and considered themselves one people. Such factors make the Hualapai an identifiable group and a land-owning unit » : *Hualapai Tribe* v. *United States*, 11 Ind. Cl. Comm. 458, 474, cité avec approbation dans *Confederated Tribes of the Warm Spring Reservation of Oregon*, précité, note 43, 14 ; *supra*, note 22.
103. *Muckleshoot Tribe of Indians ex rel. Ross* v. *United States*, 3 Ind. Cl. Comm. 658, 675, cité avec approbation dans les arrêts *Confederated Tribes of the Warm Spring Reservation of Oregon*, précité, note 43, 13 et 14, et *Upper Chehalis Tribe*, précité, note 101, 228 et 229.
104. *Supra*, notes 60 et 61.
105. A. ÉMOND, *loc. cit.*, note 74, 138-148.
106. D'après l'arrêt *Strong*, précité, note 36, 562, quand les Indiens autant que les représentants gouvernementaux croient que chaque tribu possède son domaine, que l'on a toujours négocié avec elles en tant qu'entités distinctes, il ne saurait exister de titre commun entre ces tribus. Lire aussi l'extrait de l'arrêt *Sac and Fox Tribe*, précité, note 99, comme argument *a contrario*.

3. L'extinction d'un titre aborigène originaire

Tant aux États-Unis qu'au Canada, celui qui prétend qu'un titre aborigène originaire a été éteint, une fois son existence établie, doit présenter une preuve claire et expresse de son extinction[107]. Cela ne signifie pas que l'intention d'abroger le droit des autochtones doit avoir été exprimée littéralement, simplement qu'elle doit être sans ambiguïté[108]. Dans le doute, il convient d'interpréter les gestes et paroles des autochtones et de leurs interlocuteurs gouvernementaux de façon à maintenir le titre ancestral[109]. Cependant, à la différence des États-Unis[110], l'extinction du titre au Canada n'implique pas la disparition de tous les autres droits qu'il comprend, dans la mesure où l'acte extinctif le permet[111].

Nous verrons deux modalités d'extinction du titre aborigène originaire : l'extinction au moyen d'un acte extinctif des autorités publiques et l'extinction par abandon des propriétaires autochtones.

3.1 L'extinction au moyen d'un acte extinctif des autorités

3.1.1 L'autorité compétente pour éteindre le titre

Aux États-Unis, la compétence exclusive pour éteindre le titre aborigène originaire revient au Congrès[112]. Au Canada, ce pouvoir a été exercé successivement par le Parlement de Grande-Bretagne et du Royaume-Uni, avant de passer à la législature du Canada-Uni en 1860, puis au Parlement du Canada en 1867[113].

Le Congrès des États-Unis, le législateur, peut déléguer son pouvoir d'éteindre le titre aborigène en manifestant une intention « claire » à cet effet, ont répété les tribunaux américains[114]. Précisons que la recherche de

---

107. *Supra*, notes 34, 35, 46 et 47.
108. D'ailleurs, aux États-Unis l'expression employée pour illustrer le fardeau de preuve de l'extinction est celui d'une preuve « claire et sans ambiguïté » (*supra*, note 46). Nous avons eu la confirmation qu'une abrogation implicite était possible au Canada dans l'affaire *Gladstone*, précitée, note 35, 750 et 751.
109. Nous avons paraphrasé la méthode d'interprétation libérale telle qu'elle a été énoncée par le juge La Forest dans *Mitchell* c. *Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, 143.
110. Voir *supra*, note 15.
111. La Cour suprême du Canada a évoqué cette hypothèse dans l'affaire *Adams*, précitée, note 16, 129 et 130.
112. *Santa Fe Pacific R. Co.*, précité, note 5, 347.
113. *St. Catherine's Milling* c. *The Queen*, (1887) 13 S.C.R. 577, 614 ; *Easterbrook* c. *The King*, [1931] R.C.S. 210, 214 ; *Miller* c. *The King*, [1950] R.C.S. 168, 180 et 181.
114. « An executive action taken pursuant to congressional authority may extinguish aboriginal title only if Congress clearly intended to permit extinguishment by that means » : *United States* v. *Pend Oreille County Public Utility District No. 1*, 585 F.Supp. 606, 610

l'intention se fait non seulement à partir du texte de la loi, mais par toute preuve extrinsèque, y compris les documents parlementaires préparatoires[115]. Or une telle pratique est interdite au Canada[116]. L'analyse comparative des droits américain et canadien est donc faussée dès le départ. En outre, le droit canadien n'exige pas que le législateur exprime lui-même l'intention d'éteindre le titre quand l'atteinte se produit au moment de l'exercice du pouvoir délégué. Il revient alors au délégataire, normalement le gouvernement, de concrétiser cette intention[117]. Nous verrons plus loin que le gouvernement est aussi en mesure d'éteindre un titre originaire en exerçant ses pouvoirs autonomes issus de la prérogative, dans la mesure où ils ont survécu, comme son ancien pouvoir de concéder les terres de la Couronne.

3.1.2 L'extinction du titre par l'exercice d'un pouvoir délégué ou issu de la prérogative

La jurisprudence américaine a toujours refusé d'accepter que le pouvoir général du gouvernement de concéder des terres puisse éteindre un titre aborigène, parce que le Congrès, d'où provient ce pouvoir, n'a jamais manifesté une intention claire à cet effet[118]. L'octroi d'une concession à un individu lui transfère un titre nu qui ne lui permet pas d'entraver la possession des autochtones[119].

(Wash. D.Ct. 1984) (ci-après cité « *Pend Oreille County Public Utility District No. 1* »). Voir également *United States* v. *Southern Pac. Transp. Co.*, 543 F.2d 676, 689 (1976), *United States* v. *Dann*, 706 F.2d 919, 928 et 929 (9th Cir., 1983), infirmé pour d'autres considérations dans 470 U.S. 39 (ci-après cité « *Dann* »).

115. En droit applicable aux autochtones, voir *Santa Fe Pacific R. Co.*, précité, note 5, 353.

116. *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, 721 ; *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297, 319.

117. Dans l'arrêt *Sparrow*, précité, note 33, 1097, la Cour suprême du Canada semble avoir accepté l'argument du gouvernement selon lequel « le souverain pouvait réaliser son intention non seulement par une loi mais aussi par un règlement valide ». C'est du moins ce qui ressort de ses motifs reproduits plus loin (p. 1099), où elle écrit : « La *Loi* [...] *ou* ses règlements d'application détaillés ne font état d'aucune intention claire et expresse de mettre fin au droit ancestral des Indiens de pêcher [l'italique est de nous]. » Dans l'arrêt *Gladstone*, précité, note 35, 750, la Cour a repris ceci : « Il est impossible d'affirmer que, individuellement ou collectivement, ces diverses dispositions réglementaires expriment une intention claire et expresse d'éteindre les droits ancestraux de la bande des Heiltsuk. »

118. *Clark* v. *Smith*, 38 U.S. (13 Pet.) 195, 201 (1839) ; *Beecher* v. *Wheterby*, 95 U.S. (5 Otto) 517, 525 (1877) ; et *Santa Fe Pacific R. Co.*, précité, note 5, 345.

119. Voir *Tee-Hit-Ton Indians*, précité, note 7, 280 et 281, où l'on cite l'affaire *Beecher* v. *Wetherby*, 95 U.S. 517 (1877). Pour un arrêt récent, voir *Alabama-Coushatta Tribe of Texas*, précité, note 36, 9.

À condition de démontrer l'intention du Congrès de le permettre, non seulement un droit de propriété, mais tout acte de l'exécutif incompatible avec la continuation de l'occupation exclusive des autochtones abroge leur titre. On a ainsi jugé que l'ouverture d'un territoire à la colonisation avait éteint le titre originaire qui le grevait[120]. Et que la construction d'un fort militaire au milieu d'un territoire avait constitué l'exercice d'un dominion incompatible avec l'exclusivité d'occupation nécessaire à la survie du titre[121]. *A fortiori*, une expulsion forcée a conduit au même résultat[122]. Le titre aborigène a aussi été éteint quand le Congrès a autorisé l'établissement d'une réserve forestière[123] ou d'un parc national[124].

Au Canada, le pouvoir du souverain d'éteindre le titre aborigène originaire pourrait apparemment s'exprimer au niveau exécutif par l'exercice d'un pouvoir délégué ou issu de la prérogative. Outre les autorités déjà citées[125], l'histoire des relations anglo-indiennes conforte notre opinion.

En effet, au moment même de la Conquête de 1760, on réaffirmait le pouvoir du gouverneur anglais de concéder des terres, quoique les terres en question n'aient pas encore été cédées par leurs occupants indigènes[126]. L'opération faisait plus que transférer un titre nu. À plusieurs reprises, Londres a d'ailleurs exigé de ses colonies qu'elles adoptent une loi pour annuler ces concessions[127], injonction qui s'accompagnait d'une menace :

---

120. *Confederated Tribes of Chehalis Indian Reservation*, précité, note 15, 7.
121. *Uintah Ute Indians of Utah*, précité, note 43, 787.
122. *United States* v. *Gemmil*, 535 F.2d 1145, 1148 (9th Cir., 1976), cert. denied 429 U.S. 982.
123. *Pueblo of San Ildefonso*, précité, note 43, 1391.
124. *Pai'Ohana* v. *United States*, 875 F.Supp. 680, 696 (D.Ct. 1995).
125. Voir *supra*, note 117 et le texte correspondant. Il est vrai toutefois que les extraits d'arrêts cités ne sont que des *obiters* et que cette question n'a pas encore été tranchée en droit canadien.
126. Dans sa lettre à William Johnson du 12 août 1765, le procureur général John Tabor KEMPE, *loc. cit.*, note 29, 888, affirmait : « it is the Policy of our Constitution that wheresoever the kings Dominions extend, he is the Fountain of all Property in Lands, and to deny that Right in the Crown in any Place is in Effet denying his Right to rule there — Hence it follows that [...] the King can grant Lands within his Dominions here [en Nouvelle-Angleterre], as well without a previous Conveyance from the Indians as with ». La règle voulant que la Couronne ne puisse empiéter sur des propriétés privées sans habilitation législative ne s'applique pas en l'espèce, car elle ne vise que les droits concédés par la Couronne et le titre des autochtones ne découle pas d'une concession de la Couronne. C'est l'explication donnée par la Haute Cour de l'Australie dans l'affaire *Mabo*, précitée, note 46, 432, qui a conclu dans le même sens que le procureur général Kempe. Voir aussi les motifs de la Haute Cour dans *The Wik Peoples*, précité, note 23.
127. « Lettre des lords du commerce au gouverneur Hardy », 19 mars 1756 et « Lettre des lords du commerce au lieutenant gouverneur Colden », 10 juillet 1764, dans E.B. O'CALLAGHAN (dir.), *Documents Relative to the Colonial History of the State of New York*, t. 7, Albany, Weed Parsons, 1856, pp. 77-78 et 633.

celle que le roi en appellerait à son parlement si l'assemblée législative de la colonie ne s'exécutait pas[128]. C'est une démarche dont la métropole se serait passée si les concessions n'avaient eu aucun effet sur le titre des autochtones.

La Grande-Bretagne a aussi promis aux habitants français de sa nouvelle colonie de Québec la protection de leurs titres acquis sous le précédent régime[129], malgré qu'elle savait que les Français n'avaient jamais acheté une acre de terre indienne[130]. La promesse anglaise aurait été vide de sens si le titre concédé n'avait été qu'un titre nu. Et il n'aurait pas été nécessaire d'agrandir le territoire de la colonie, en 1774, afin d'y inclure le territoire indien qui bordait ses frontières, pour la raison que des colons européens l'habitaient déjà en vertu de concessions faites avant la Conquête du Canada[131]. Par ailleurs, la décision du Comité judiciaire du Conseil privé dans *Corinthe* c. *Seminary of St. Sulpice*[132] a confirmé l'effet d'extinction des concessions du régime seigneurial français[133]. Cette décision s'harmonisait avec un avis rendu par les membres des tribunaux supérieurs de la Province du Bas-Canada lors de l'abolition de la tenure seigneuriale dans cette colonie : les juges ont alors conclu qu'une concession seigneuriale emportait un droit de propriété plein et entier (le *dominium plenum*), le domaine direct (le droit de gouverner) et le domaine utile (la possession du bien-fonds) étant réunis[134].

Les colonies des Haut- et Bas-Canada ont également connu des expropriations de terres indiennes au tournant du XIXe siècle. Lorsque les auto-

128. « Lettre des lords du commerce au lieutenant gouverneur Colden », 10 juillet 1764, *loc. cit.*, note 127.

129. « Instructions au gouverneur Murray », 7 décembre 1763, art. 42, dans A. SHORTT et A.G. DOUGHTY (dir.), *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, 2e éd., Ottawa, Imprimeur du roi, 1921, 155, à la page 168.

130. Ce sont là les paroles des Indiens de la région de l'Ohio rapportées dans le journal de Croghan, le 30 août 1765, et reproduites dans C.W. ALVORD et C.E. CARTER (dir.), *The New Regime, 1765-1767*, Springfield, Illinois State Historical Library, 1916, p. 47. Voir aussi « Lettre de Thomas Gage à William Johnson », dans M.W. HAMILTON (dir.), *op. cit.*, note 29, t. 4, p. 291.

131. « Extension projetée des limites de la Province », dans A. SHORTT et A.G. DOUGHTY (dir.), *op. cit.*, note 129, p. 527.

132. *Corinthe* c. *Seminary of St. Sulpice*, [1912] A.C. 872.

133. Pour la Cour (*id.*, 878), l'existence d'une concession seigneuriale empêchait toute revendication d'un titre originaire. Bien que la concession en cause eût été confirmée par une loi, l'objet de celle-ci se limitait à écarter toute incertitude quant à la capacité d'une corporation religieuse d'être propriétaire d'une seigneurie ; la loi ne modifiait pas la portée de la concession originale sur les droits des autochtones.

134. S.M. LELIÈVRE et F.R. ANGERS, *Décisions des tribunaux du Bas-Canada ; Questions seigneuriales*, 1856, t. 1-A, Lower Canada Rep., 51a, 62a et 63a (opinion des onze juges sur les douze que comptaient ensemble la Cour du banc de la Reine et la Cour supérieure).

rités gouvernementales se sont posé la question des droits des autochtones, elles n'ont jamais suggéré de leur redonner leurs anciennes terres pour le motif que la confiscation aurait été illégale. Bien au contraire, elles ont nié que les autochtones puissent toujours posséder un titre, et l'unique droit qu'on leur a reconnu est celui d'être indemnisé pour sa perte[135].

Il semble donc que la concession d'un titre de propriété sous quelque régime, common law, coutume de Paris ou droit civil, éteint le titre des autochtones. Comme tous donnent droit à une occupation exclusive, tout ce à quoi pourraient peut-être prétendre les autochtones serait de continuer leurs activités traditionnelles tant que le propriétaire n'a pas besoin de sa terre pour un usage incompatible[136].

Leurs chances seraient beaucoup meilleures quand le droit concédé est moindre qu'un titre de propriété. Aux États-Unis, le titre avec tous ses usages s'éteignent dès que l'on met fin à l'exclusivité de l'occupation autochtone[137]. Au Canada, par contre, la fin du titre n'emporte pas nécessairement l'extinction de tous les droits ancestraux qui lui sont associés. Dans l'affaire *Adams*[138], on a ainsi jugé que la cession d'une terre de réserve pour l'inonder et permettre la construction d'une voie maritime n'entraînait pas l'extinction du droit ancestral de pêcher[139]. Il faut considérer l'objet de l'acte d'extinction pour voir dans quelle mesure sa réalisation empêche la continuation des activités traditionnelles des autochtones[140].

---

135. « Report of a Committee of the Executive Council, present to the Honorable Mr. Smith, Mr. De Lacey, Mr. Stewart, and Mr. Croghan, on your Excellency's Reference of the 7th October 1836, respecting the Indian Department », dans *Copies or Extracts of Correspondence Since 1st April 1835, Between the Secretary of State for the Colonies and the Governors of the British North American Provinces, Respecting the Indians in those Provinces*, London, House of Commons, 1839, 27, à la page 32. Un an plus tard, le 17 juin 1839, un comité du Conseil exécutif du Haut-Canada s'est fondé sur ce rapport pour refuser à son tour de reconnaître le titre d'une communauté autochtone, tout en acceptant la responsabilité du gouvernement de les indemniser. Voir J. STEWART, « Report of a Committe of the Executive Council », dans CANADA, *Indian Treaties and Surrenders*, t. 2, Saskatoon, Fifth House Publishers, 1993, pp. 14-16.
136. *Delgamuukw* c. *British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97, 165 (C.A. C.-B.), infirmé en partie pour d'autres considérations dans *Delgamuukw*, précité, note 14, et, par analogie, dans *Sioui*, précité, note 32, 1073 et *R.* c. *Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, 807 et 808 (ci-après cité « *Badger* »). *Contra* : *The Wik Peoples*, précité, note 23, 276 et 277 (opinion du seul juge McHugh pour qui tous les droits autochtones seraient éteints).
137. Voir *supra*, notes 120-124 et le texte correspondant.
138. *Supra*, note 16.
139. *Id.*, 132.
140. Nous n'étudierons pas l'extinction par réglementation. Ce sujet a été bien traité dans l'arrêt *Gladstone*, précité, note 35.

3.2 L'extinction par abandon des propriétaires autochtones

3.2.1 L'évacuation du territoire

Une discontinuité dans l'occupation d'une terre grevée d'un titre originaire peut parfois occasionner l'extinction du titre[141]. L'abandon est l'une de ces situations, trouve-t-on dans la jurisprudence américaine[142]. Par abandon, on entend l'action de quitter une terre, de l'évacuer complètement. Elle peut être volontaire ou forcée. L'abandon volontaire est en soi une renonciation à un bien, un droit ou une prétention juridique[143]. On peut toutefois supposer qu'il s'agit d'un événement plutôt rare, surtout quand le bien est de grande valeur. Pour les peuples autochtones du Canada, la plupart des communautés de chasseurs-pêcheurs-cueilleurs, la terre a non seulement une grande valeur, mais elle constitue le substrat de leur identité, ce qui rend le délaissement volontaire encore moins vraisemblable. Le plus souvent, l'abandon a donc été forcé. Les maladies et les guerres en ont été les principales causes.

Une communauté affligée par la maladie ou la guerre a pu voir sa population décliner. Si ce mauvais sort l'a amenée à abandonner totalement une fraction de son territoire, elle y a perdu son titre[144]. Toutefois, conclure à l'extinction ne se fait pas à la légère[145]. On doit tenir compte du mode de vie de la communauté réclamant le bien-fonds. Ainsi, pour un peuple nomade, le fait de déménager le site de son village tous les sept ou huit ans selon un cycle d'occupation n'est pas le signe d'un abandon[146]. Par conséquent, l'examen des faits devrait au moins englober cette durée. Une période plus longue serait même indiquée, car les cycles d'occupation ont pu se prolonger au-delà de leur durée normale à la suite de la dépopulation[147], à moins que le déclin des effectifs d'une communauté ne se soit traduit par une baisse de fréquentation du territoire. Peu importe ! En

141. Voir *supra*, notes 49 et 50 et le texte correspondant.
142. *Yankton Sioux Tribe of Indians*, précité, note 43, 1152 et 1153 ; *Wichita Indian Tribe*, précité, note 59, 1381-1383 ; *Mitchell* v. *United States*, 34 U.S. (9 Pet) 711, 746 (1835) (ci-après cité « *Mitchell* ») ; *Quapaw Tribe*, précité, note 59, 286 ; *Cayuga Indian Nation* v. *Cuomo*, 758 F.Supp. 107, 117 (D.Ct. N.Y. 1991) (ci-après cité « *Cayuga Indian Nation* »).
143. J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Nouveau Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1995, p. 2.
144. *Quapaw Tribe*, précité, note 59, 286 ; *Wichita Indian Tribe*, précité, note 59, 1383.
145. Voir *supra*, notes 107-109.
146. *Omaha Tribes of Nebraska* v. *United States*, 4-B Ind. Cl. Comm. 627 (1957), cité avec approbation dans *Wichita Indian Tribe*, précité, note 59, 1381.
147. Sans s'expliquer avec autant de détails, un tribunal a jugé que la suffisance de l'occupation devait être déterminée sur une certaine période et non à un moment précis (voir *Seminole Indians*, précité, note 49, 386).

principe, l'intensité de l'occupation n'a pas d'impact sur la survie du titre aborigène originaire[148]. Encore faut-il que l'occupation ait conservé quelque substance, a noté la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Delgamuukw*[149] ; en deçà d'un certain seuil, l'idée qu'une communauté puisse prétendre exercer le contrôle d'un territoire deviendrait effectivement indéfendable.

Outre l'impact sur ses effectifs, les guerres intertribales ont pu inciter une communauté à abandonner son territoire ancestral. On doit alors se demander si l'abandon est définitif, sans projet de retour, ou s'il n'est qu'un recul stratégique. Le délaissement temporaire d'un territoire n'a aucun impact sur le titre de ses habitants. Par contre, si l'ennemi autochtone profite de ce recul pour s'installer à demeure, il éteindra, après un certain temps[150], le titre de l'ancien propriétaire[151]. Alors qu'aux États-Unis le nouvel occupant est en mesure de prescrire un nouveau titre avant que commence la colonisation non autochtone, celui qui envahit le territoire de son voisin au Canada a perdu cette faculté dès l'affirmation de la souveraineté européenne[152].

Enfin, on ne doit pas écarter la possibilité d'un abandon volontaire de la terre, notamment en raison d'un changement profond de mode de vie, d'un processus d'acculturation qui a modifié le lien qu'entretenait une population avec son domaine ancestral.

3.2.2 L'empiétement par des tiers autochtones

Sans aller jusqu'à l'abandon total, une communauté renonce parfois à occuper de manière exclusive son territoire ou encore se montre tout simplement incapable de l'assurer devant des concurrents autochtones[153].

---

148. Comme l'a remarqué ironiquement un tribunal, on n'a jamais demandé aux autochtones de prouver leur droit au moyen de recensements (voir *Wichita Indian Tribe*, précité, note 59, 1383).
149. Voir *Delgamuukw*, précité, note 14, 1103, où la Cour a jugé qu'il doit y avoir maintien substantiel du lien entre la communauté et le territoire revendiqué. Quant au droit américain, on n'y trouve aucune indication sur la nécessité d'un seuil d'occupation.
150. Il s'agit du temps nécessaire pour domestiquer le territoire, autrement dit pour assurer la solidité de l'emprise du nouvel arrivant.
151. *Wichita Indian Tribe*, précité, note 59, 1381-1384.
152. La différence de traitement tient aux périodes de référence respectives où une communauté autochtone peut acquérir un titre aborigène originaire. Voir *supra*, notes 32, 36, 37, 44 et 45 et le texte correspondant.
153. L'empiétement par des non-autochtones ne peut éteindre le titre aborigène originaire (*Alabama-Coushatta Tribe of Texas*, précité, note 36, 71 ; *Pueblo of San Ildefonso*, précité, note 43, 1390). Sous ce rapport, le titre concédé bénéficie de la même protection (*C.P.* c. *Paul*, précité, note 35, 673). Donc, si des non-autochtones ont pénétré sur un

L'effet sur le titre demeure cependant le même, soit l'extinction[154], encore qu'au Canada des droits d'usage puissent lui avoir survécu[155]. Il y a perte d'exclusivité dès qu'il y a occupation partagée avec des tiers autochtones, à moins que celle-ci ne puisse être justifiée autrement : l'utilisation avec permission du propriétaire, la présence d'un groupe dominant et l'occupation partagée à l'amiable sont les justifications acceptées par la jurisprudence américaine[156].

Par exemple, il n'est pas indispensable, pour maintenir le titre originaire, que l'exclusivité soit exercée à tout moment dans tous les coins du territoire revendiqué. De fait, une communauté peut entretenir des contacts périodiques avec une région tout en y conservant une position dominante[157]. On ne peut quand même pas exiger de communautés de chasseurs-pêcheurs-cueilleurs qu'elles postent des gardes-frontière tout autour de leur territoire à la manière des États modernes. Ce serait refuser de tenir compte du contexte des sociétés autochtones[158]. Des incursions sporadiques d'étrangers autochtones sur leur domaine sont donc possibles, voire inévitables, sans que cela fragilise pour autant leur titre ancestral[159]. D'un autre côté, il n'est pas nécessaire pour invalider le titre de prouver qu'ils détiennent des établissements permanents[160]. Une présence étrangère significative, régulière, ouverte et notoire, sans la permission de la communauté locale, devrait démontrer éloquemment l'absence d'exclusivité[161].

---

territoire grevé d'un titre aborigène originaire, ce n'est que par négligence ou ignorance des autorités, et le titre indien n'en est pas affecté (*Delgamuukw*, précité, note 14, 1103 ; *Pueblo of San Ildefonso*, précité, note 43, 1390).

154. « [W]hen an Indian tribe ceases for any reason, by reduction of population or otherwise, to actually and exclusively occupy and use an area of land clearly established by clear and adequate proof, such land becomes the exclusive property of the United States as public lands, and the Indians lose their right to claim and assert full beneficial interest and ownership to such land » : *Quapaw Tribe*, précité, note 59, 286, cité avec approbation dans *Uintah Ute Indians of Utah*, précité, note 43, 787.

155. *Delgamuukw*, précité, note 14, 1106.

156. Voir *supra*, notes 62 et 106 et le texte correspondant.

157. *Seminole Indians*, précité, note 49, 385-386 ; *Alabama-Coushatta Tribe of Texas*, précité, note 36, 12. La jurisprudence est unanime sur le fait que l'on peut répondre à l'exigence d'exclusivité par des contacts périodiques. Voir notamment *Confederated Tribes of the Warm Spring Reservation of Oregon*, précité, note 43, 5, et *Alabama-Coushatta Tribe of Texas*, précité, note 36, 34.

158. La preuve de l'exclusivité doit tenir compte du point de vue autochtone, a jugé la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Delgamuukw*, précitée, note 14, 1104 et 1105.

159. *Strong*, précité, note 36, 565.

160. *Wichita Indian Tribe*, précité, note 59, 1385.

161. Dans l'extrait de l'arrêt *Quapaw Tribe*, précité, note 154, on répète l'exigence d'une preuve claire avant de conclure à la perte de l'exclusivité *(clearly established by clear and adequate proof)*.

3.2.3 L'abandon de la revendication foncière elle-même

L'évacuation d'un territoire ou la renonciation à l'occuper de manière exclusive sont des manifestations physiques, la plupart du temps non voulues, de l'abandon d'un titre. On suppose néanmoins que le titre aurait été prouvé s'il n'y avait eu ces mouvements de populations. Au lieu d'abandonner un titre, d'autres actions mènent plutôt à l'abandon de la revendication elle-même ; une communauté renonce à faire valoir les droits qu'elle prétend avoir sur une région donnée. Plusieurs hypothèses seront envisagées, en commençant par le traité.

3.2.3.1 L'abandon dans le cadre d'un traité

Un traité est un contrat de droit public[162]. Comme les autres contrats de common law, il implique l'intention de créer des obligations et la présence d'obligations mutuellement exécutoires[163]. On a bien mentionné qu'un certain élément de solennité caractérisait les traités indiens[164], comme l'échange de *wampums* ou de ceintures entre les signataires, avant d'ajouter que ces formalités avaient, somme toute, une importance secondaire[165] ; elles ne seraient pas une condition de leur existence[166]. Finalement, ce qui distingue les traités indiens des simples contrats, c'est la volonté d'établir des relations stables et durables entre la collectivité autochtone signataire et la société allochtone majoritaire[167].

Les traités négociés avec les autochtones ont eu pour objet la conclusion d'une paix ou la cession d'une terre. Seule la seconde espèce nous intéresse : les traités de cession. En soi un traité de cession, malgré son nom, ne constitue pas la preuve irréfutable qu'un titre originaire grevait le bien-fonds relaté dans l'accord[168]. En effet, même si les gouvernements acceptaient apparemment la revendication originale des communautés autochtones, cela ne les engageait d'aucune façon puisque les traités prévoyaient simultanément l'extinction de tous leurs droits fonciers, à l'exception de

162. *Badger*, précité, note 136, 812. Sur les traités en général, voir l'excellente monographie de S. GRAMMOND, *Les traités entre l'État canadien et les peuples autochtones*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995.
163. *Sioui*, précité, note 34, 1044.
164. *Ibid.*
165. *Id.*, 1045.
166. *Id.*, 1060.
167. Cette condition peut se déduire implicitement des arguments du gouvernement dans l'arrêt *Sioui*, précité, note 34, 1047, et de la réponse de la Cour suprême du Canada à ces arguments, (*id.*, 1048).
168. Voir l'arrêt *Confederated Tribes of the Warm Spring Reservation of Oregon*, précité, note 43, 5, où l'on cite comme autorité *Red Lake, Pembina, and White Earth Bands* v. *United States*, 164 Ct.Cl. 389 (1964).

modestes réserves et de quelques droits d'usage sur le reste[169]. En supposant qu'un traité n'a cédé qu'une partie des droits fonciers compris dans le titre, il faudrait encore prouver l'assiette territoriale des droits résiduaires. L'utilité des traités, du point de vue gouvernemental, était de mettre fin aux controverses avec les premiers habitants pour que la colonisation procède de manière pacifique et ordonnée. Strictement parlant, les traités de cession marquaient donc autant l'abandon d'une revendication que l'extinction d'un titre originaire.

Lorsque les autochtones abandonnent par traité une revendication ou un titre, ils le font habituellement au moyen d'un acte explicite : leur acceptation donnée verbalement ou par écrit pour ratifier le texte de l'accord. Cependant, il est arrivé que des communautés adhèrent tacitement aux conditions d'un traité, par exemple en demandant de jouir des bénéfices qui y étaient prévus. La Cour suprême du Canada a avalisé cette manière de faire dans l'arrêt *Ontario (P.G.)* c. *Bear Island Foundation*[170], indiquant par là que l'extinction d'un titre originaire n'exigeait pas le respect d'une procédure fixée d'avance. Elle donnait ainsi ouverture à l'application de la jurisprudence américaine portant sur l'abandon implicite d'une revendication foncière autochtone. Les deux occasions où cela peut arriver sont la mise sur pied d'un mécanisme de reconnaissance des titres fonciers et la création de réserves.

3.2.3.2 L'abandon implicite à la suite de la mise sur pied d'un mécanisme visant à reconnaître les titres fonciers

Lorsque les États-Unis ont mis sur pied un mécanisme visant à reconnaître les droits fonciers acquis sous un souverain précédent, en l'occurrence le régime espagnol, et que les autochtones ont omis de s'en prévaloir dans le délai prescrit, ils ont perdu leurs titres ou la possibilité de les faire valoir.

Cette règle a d'abord été appliquée aux Indiens des missions, des autochtones habitant les terres concédées par les Espagnols pour les con-

---

169. Voir les traités Robinson-Huron et les traités numérotés concernant l'Ontario et l'Ouest canadien reproduits dans CANADA, *op. cit.*, note 135, t. 1, pp. 147-151, 282-284, 291-293, 303-306, 313-316 ; t. 2, pp. 16-20, 35-39, 56-59 ; t. 3, pp. 290-293. On a continué cette pratique pour les traités modernes comme dans les cas suivants : *Convention de la Baie-James et du Nord québécois (1975)*, Québec, Les Publications du Québec, 1991, et *L'accord entre les Inuit de la région du Nunavut et Sa Majesté la Reine du chef du Canada*, Ottawa, Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et la société Tungavik, 1993.

170. *Ontario (P.G.)* c. *Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570.

vertir à la foi catholique[171]. Puis elle a été étendue aux autochtones qui revendiquaient un titre aborigène originaire, même si le mécanisme de reconnaissance des titres par enregistrement n'envisageait pas expressément cette éventualité[172]. Les tribunaux disent avoir été influencés par leur lecture de la loi instaurant le mécanisme d'enregistrement ; mais le seul élément qu'ils ont retenu est son objectif d'assurer la certitude juridique en matière foncière[173]. Que les droits originaires aient été ou non reconnus par l'ancien souverain n'a pas semblé pertinent[174] ! En ce cas, avant de conclure à l'extinction par l'établissement d'un mécanisme d'enregistrement, il faudrait au moins que les autochtones aient été mis au courant du changement de politique pour adapter leur comportement en conséquence, sinon ils auraient été victimes d'une imposture.

On a peut-être connu une situation comparable dans la Province de Québec de 1763. Les instructions du gouverneur Murray prévoyaient en effet que les « habitants français » de la Province devaient enregistrer leurs concessions, actes ou autres titres en vertu desquels ils possédaient des terres[175]. L'expression « habitants français » pouvait-elle aussi désigner les autochtones ? Officiellement du moins, tous les Amérindiens christianisés du Canada avaient été sujets du roi de France, c'est-à-dire des habitants français[176]. Il faut cependant lire les instructions dans leur totalité comme un ensemble logique et cohérent[177]. On y trouvera un régime juridique propre aux communautés autochtones[178]. L'existence d'un tel régime nous

171. *Barker* v. *Harvey*, 181 U.S. 481, 491 et 492 (1901) ; *United States* v. *Title Insurance and Trust Co.*, 265 U.S. 472, 485 et 486 (1924).
172. *Chunnie*, précité, note 38, 644-646 ; *Super* v. *Work*, 3 F.2d 90, 91 (D.C.Cir., 1925), aff'd *per curiam*, 271 U.S. 643.
173. Dans l'arrêt *Chunnie*, précité, note 38, 646, on peut lire : « This result comports with the overriding purpose of the Act of 1851 to place the titles to land in California upon a stable foundation [...] in a manner and form that will prevent future controversy. »
174. La reconnaissance d'un titre aborigène originaire en droit américain ne dépend aucunement de la politique autochtone adoptée par l'ancien souverain, selon l'arrêt *Santa Fe Pacific R. Co.*, précité, note 5, 345-346.
175. « Instructions au gouverneur Murray », art. 42, dans A. SHORTT et A.G. DOUGHTY (dir.), *op. cit.*, note 129, à la page 168.
176. Le principe en est énoncé dans l'*Acte d'établissement de la compagnie des Cent-Associés* (1627) et l'*Acte des Indes occidentales* (1664) et repris dans les commissions, édits et ordonnances du roi, des gouverneurs et des intendants.
177. Cette interprétation est conforme à la méthode d'interprétation systématique et logique, d'après P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 288.
178. « Instructions au gouverneur Murray », dans A. SHORTT et A.G. DOUGHTY (dir.) *op. cit.*, note 129, pp. 174 et 175, art. 60-62.

fait douter que leurs titres originaires aient été soumis au mécanisme d'enregistrement[179].

3.2.3.3 L'abandon implicite à la suite de la création de réserves

Plus sérieuse est la possibilité que des autochtones aient abandonné volontairement leur titre aborigène originaire contre la création d'une ou plusieurs réserves. Les réserves constitueraient le paiement, le *quid pro quo*[180]. Il s'agit bien d'un échange voulu par les deux parties, à la manière d'un contrat, mais sans le formalisme qui accompagne généralement les traités[181]. Pour qu'il y ait *quid pro quo*, on doit être en mesure de prouver l'intention des autochtones d'effectuer l'échange « création de réserves contre abandon du titre ». L'interprétation de leurs gestes et paroles se fait alors en fonction du contexte factuel existant au moment de l'établissement des réserves[182].

Dans l'arrêt de principe sur le sujet, *Santa Fe Pacific R. Co.*[183], les terres ancestrales de la communauté autochtone se peuplaient rapidement de colons européens. Le climat entre autochtones et colons était tendu, violent même[184]. Avant qu'il soit trop tard, avant qu'un dommage irrémédiable se soit produit, les autochtones ont demandé la création d'une réserve. Cela semblait le meilleur moyen pour calmer les tensions entre colons et autochtones, un moyen que le gouvernement avait préconisé depuis longtemps. Celui-ci s'est donc exécuté en établissant une réserve qui a été agréée par la communauté autochtone. D'après la Cour suprême des États-Unis, auteure du jugement, on devait conclure à l'extinction du titre

179. Une enquête serait nécessaire pour voir si les dirigeants anglais ont demandé aux autochtones qu'ils enregistrent leurs droits originaires. À notre connaissance, aucune démarche du genre n'a été faite.

180. *Turtle Mountain Band of Chippewas Indians*, précité, note 37, 947.

181. Encore que l'échange « création d'une réserve contre abandon d'une revendication » puisse aussi se faire par traité (*Sokaogon Chippewa Community* v. *Exxon Corp.*, 805 F.Supp. 680, 701 et 702 (D.Ct. 1992)).

182. « [T]here is no Procrustean rule that the creation of a reservation rigidly stamps out aboriginal rights », a écrit la Court of Claim dans l'arrêt *Gila River PimaMaricopa Indian Community* v. *United States*, 494 F.2d 1386, 1390 (1974) (ci-après cité « *Gila River PimaMaricopa Indian Community* »). Elle a précisé dans l'arrêt *United States* v. *Bouchard, United States* v. *Ben Rubi and Sons*, 464 F.Supp. 1316, à la page 1351 (1978) (ci-après cité « *Bouchard* »): « The particular facts and circumstances surrounding the establishment of a reservation in a given historical context may be such that that event will be deemed to have constituted a relinquishment of tribal claims to lands outside the reservation. »

183. *Supra*, note 5.

184. Toutefois, la violence des conflits avant la création des réserves ne serait pas un fait déterminant selon l'arrêt *Bouchard*, précité, note 182, 1351.

hors réserve ; autrement, la création de la réserve n'aurait rien réglé au problème dont elle se voulait la solution, soit les conflits entre autochtones et colons résultant de l'empiétement par ces derniers sur les terres indiennes[185]. Notons au passage que la problématique canadienne n'était guère différente au XIXe siècle[186].

Le résultat de l'arrêt *Santa Fe* aurait pu être différent si la communauté autochtone n'avait pas proposé la création d'une réserve[187]. Non pas que l'initiative doive venir absolument des autochtones, mais cela démontre qu'eux-mêmes concevaient la réserve comme faisant partie de la solution d'un problème les touchant. Et si la résolution complète du problème exige ou se trouve grandement facilitée par l'extinction du titre hors réserve, alors c'est l'inférence qu'il faut en tirer, semble dire la jurisprudence américaine. Nous supposons par ailleurs que les autochtones se sont montrés satisfaits de la réserve créée, puisque c'est l'une des conditions de la transaction[188].

Conclusion

Au départ, nous avons postulé l'application possible au Canada des règles posées par le droit américain concernant le titre aborigène originaire, ne l'écartant que lorsqu'elles heurtent notre histoire ou nos institutions politiques et juridiques. Le postulat se justifiait parce que les régimes juridiques canadien et américain du titre partagent plusieurs caractéristiques fondamentales, notamment l'exigence d'exclusivité et de continuité de l'occupation autochtone[189]. Même les fardeaux de preuve requis pour fonder un titre ou prouver son extinction sont identiques[190]. Il est vrai que

185. « In view of this historical setting, it cannot now be fairly implied that tribal rights of the Walapais in lands outside the reservation were preserved. That would make the creation of the 1883 reservation, as an attempted solution of the violent problems created when two civilizations met in this area, illusory indeed » : *Santa Fe Pacific R. Co.*, précité, note 5, 358. Pour une interprétation de la portée de l'arrêt *Santa Fe Pacific R. Co.*, voir *Bouchard*, précité, note 182, 151.

186. En effet, au Canada aussi les gouvernements, vu la pauvreté de leurs moyens, se sont montrés incapables d'assurer la protection de toutes les terres grevées d'un titre ancestral. Elles étaient trop vastes, se plaignaient les autorités politiques. Comme solution, on a voulu réduire la superficie de ce domaine. On a alors cherché à convaincre les autochtones qu'en prenant leurs terres les gouvernements n'avaient d'autre intention que celle de leur « mieux garantir la jouissance du reste ». Voir C. BAGOT, « Rapport sur les affaires des Sauvages en Canada », sections 1 et 3, *Journaux de l'Assemblée législative de la Province du Canada*, 8 Vict. 1844-1845, app. E.E.E., 11 Vict. 1847, app. T [non paginé].

187. *Dann*, précité, note 114, 931.

188. *Turtle Mountain Band of Chippewas Indians*, précité, note 37, 946.

189. *Supra*, notes 18 à 47.

190. *Supra*, notes 49 et 50.

la période de référence où le titre peut prendre forme diffère d'un pays à l'autre ; il suffisait toutefois d'en faire abstraction, de ne pas considérer cet aspect du droit américain. Nous avons donc été en mesure d'envisager l'application de ses principales règles concernant la naissance et l'extinction du titre : la domestication du territoire, l'exclusivité d'occupation selon ses diverses modalités, la continuité de l'occupation et son corollaire, l'abandon du titre ou de la revendication foncière.

Nous avons écarté la jurisprudence américaine quand elle a motivé ses jugements par une loi du Congrès des États-Unis ; son élargissement de la doctrine de l'occupation partagée à des nations au sens sociologique, parce que c'était la volonté du législateur de les indemniser pour la perte de leurs terres, est le meilleur exemple d'une règle qui devrait être inapplicable au Canada. Encore qu'il existât d'autres raisons, fondées sur les pratiques coloniales, que nous avons mentionnées[191]. Il nous est aussi apparu que la présomption d'abandon d'une revendication suivant la création d'un mécanisme de reconnaissance des titres fonciers, dont les autochtones n'auraient pas fait usage, ne s'appliquait pas au Canada. De fait, le contexte historique et la rédaction des textes juridiques ne s'y prêtaient pas[192]. Là où l'écart avec le droit américain paraît marquant, c'est en matière d'extinction : alors qu'aux États-Unis seul le législateur peut manifester une intention claire et expresse d'éteindre un titre aborigène originaire, le droit canadien semble permettre à la Couronne, en vertu de ses pouvoirs autonomes ou délégués, d'en faire autant[193]. L'attrait du droit américain en ressort ici dévalué.

191. *Supra*, notes 105 et 106.
192. *Supra*, notes 175 à 179.
193. *Supra*, notes 118 à 140.