

LE DIPTYQUE CÔTÉ-ADAMS OU LA PRÉSÉANCE DE L'ORDRE ÉTABLI DANS LE DROIT POSTCOLONIAL DES PEUPLES AUTOCHTONES

Ghislain Otis

Introduction

La concrétisation des droits ancestraux des peuples autochtones exige que l'on compose avec certaines données propres au contexte postcolonial. Parmi ces données mentionnons: l'implantation d'un État euro-canadien prééminent, l'imbrication permanente des populations autochtones et allochtones, la mobilisation toujours plus lourde des terres et des ressources au service de l'économie de marché, le triomphe de l'individualisme libéral, la marginalisation économique et culturelle de l'autochtonie et, enfin, la montée du courant identitaire autochtone.

L'ampleur du défi lancé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* est proprement sidérante et les jugements rendus par la Cour suprême du Canada dans les affaires *R. c. Côté*¹ et *R. c. Adams*² sont venus clore une année qui aura fait ressortir le refus du pouvoir judiciaire de bouleverser, au nom des droits historiques des peuples autochtones, l'ordre social et économique hérité de la colonisation européenne du Canada.

Je m'attacherai donc à démontrer que l'intérêt de cette jurisprudence intervenant dans la foulée de l'affaire *R. c. Van Der Peet*³ va bien au-delà des questions principales que la Cour était appelée à trancher, savoir, les retombées du régime français sur les droits ancestraux des autochtones au Québec (*Côté*) et la nature du rapport entre les droits ancestraux et le titre foncier autochtone (*Adams*).

1. *R. c. Côté*: La mort du droit colonial et l'enterrement du régime français

La question de l'impact du régime colonial français sur l'application de l'art. 35 au territoire de l'ancienne Nouvelle-France a soulevé une vigoureuse controverse parmi les historiens et les juristes.⁴ La position défendue par certains voulant que le droit colonial français ait tenu l'Amérique pour *terra nullius* n'a en outre pas manqué d'avoir des répercussions négatives sur les débats publics au Québec. Elle ne pouvait que déconsidérer l'héritage français aux yeux des autochtones du Québec et du Canada. La Cour d'appel du Québec, dans l'affaire *Côté*, s'était néanmoins montrée favorable à cette thèse selon laquelle aucun droit ancestral n'avait survécu à la souveraineté française.⁵

D'une très grande importance symbolique, politique et juridique pour le Québec, le problème n'était pas sans intérêt immédiat pour le reste du pays puisque la Nouvelle-France s'étendait bien au-delà des frontières actuelles du Québec.

On n'aura guère été surpris de voir, dans *Côté*, la Cour suprême récuser péremptoirement une logique

¹ [1996] 3 R.C.S. 139.

² [1996] 3 R.C.S. 101.

³ [1996] 2 R.C.S. 507.

⁴ Voir notamment H. Brun, «Les droits des Indiens sur le territoire du Québec» dans H. Brun, dir., *Le territoire du Québec: six études juridiques*, Québec, Les presses de l'Université Laval, 1974, à la p. 50; P. Dionne, «Les postulats de la Commission Dorion et le titre aborigène au Québec: vingt ans après» (1991) 51 *R. du B.* 127; R. Boivin, «Le droit des autochtones sur le territoire québécois et les effets du régime français» (1995) 55 *R. du B.* 135; A. Émond, «Existe-t-il un titre originare dans les territoires cédés par la France en 1763?» (1995) 41 *R.D. McGill/McGill L.J.* 59; A. Lajoie, J.M. Brisson, S. Normand et A. Bissonnette, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville, Y. Blais, 1996.

⁵ *Côté c. La Reine*, [1993] R.J.Q. 1350, aux pp. 1363-1365.

menant à nier aujourd'hui toute incidence constitutionnelle, pour ce qui concerne les droits ancestraux, à la préexistence multiséculaire des autochtones sur une partie substantielle du territoire canadien. L'application d'un régime constitutionnel unique pour l'ensemble du pays s'imposait, non pas au nom d'un quelconque droit positif préétabli, mais plutôt par le jeu d'impératifs politiques tels la justice intercommunautaire et la cohésion nationale.

Si le résultat n'a donc rien d'étonnant, le procédé par lequel la Cour y parvient bouscule par contre les orthodoxies doctrinales quant à la mise en rapport du droit colonial et de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le raisonnement adopté dans *Côté* pour régler le dilemme de l'incidence contemporaine du régime français marginalise et banalise la référence au droit colonial alors que tant les universitaires que les avocats tenaient cette référence pour nécessaire et déterminante.

Le plus haut tribunal du pays opère l'autonomisation de l'article 35 en refusant de manière univoque que la protection des droits constitutionnels soit aujourd'hui "fonction des particularités historiques de la colonisation dans les diverses régions."⁶ La Cour dénonce ceux qui voudraient voir les juges porter un regard "statique et rétrospectif" sur les droits ancestraux; elle plaide pour un régime de protection constitutionnelle "prospectif" et uniforme au Canada.⁷

Je propose de prendre la mesure du caractère novateur de cette position en rappelant d'abord l'importance donnée jusque là au "réfèrent colonial" et, ensuite, en rendant compte du processus par lequel la plus haute juridiction se donne la latitude pour construire un droit constitutionnel conforme à ce qu'elle juge être les grands enjeux contemporains de la question autochtone.

1.1. Le réfèrent colonial comme fondement du retour aux rapports originels

Le rapport entre le droit colonial relatif aux droits ancestraux et l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'a pas paru problématique aux analystes. Cette disposition ne faisant que reconnaître et *confirmer* des droits ancestraux *existants*, on n'a en général pas douté que la référence aux "droits ancestraux" renvoyait à une doctrine de common law bien connue issue de

l'époque coloniale⁸ et dont l'effectivité au Canada avait d'ailleurs été affirmée dans les affaires *Calder c. Colombie Britannique*⁹ et *Guérin c. La Reine*.¹⁰

La décision de la Cour suprême dans *Sparrow c. La Reine*¹¹ sembla d'ailleurs confirmer que l'effet principal de l'inscription constitutionnelle des droits ancestraux était, non pas de créer un corpus juridique autonome, mais plutôt de prémunir contre toute action étatique unilatérale et arbitraire des droits, acquis dans l'ordre positif, mais fragilisés parce que ne jouissant jusque là que d'une reconnaissance infraconstitutionnelle.

C'est ainsi qu'on s'attacha à cerner le sens et la portée des droits désormais protégés constitutionnellement en procédant à l'analyse de la common law relative au "titre" ancestral des peuples autochtones. Cette common law étant elle-même le fruit de la juridicisation de pratiques historiques érigées en politique impériale officielle vers le milieu du XVIII^e siècle, les auteurs ont accordé une grande importance aux origines et aux modalités des pratiques coloniales relatives aux droits ancestraux des autochtones. La détermination des droits constitutionnels des peuples autochtones devenait de la sorte largement une question de droit colonial.¹²

Dans le cas des terres comprises dans le territoire de l'ancienne Nouvelle-France, il fallait procéder à l'analyse des pratiques des autorités coloniales françaises et du droit colonial français. On se devait aussi d'examiner les conséquences, en droit colonial britannique, de la transition vers la souveraineté de la Grande-Bretagne.¹³

Cette approche a suscité l'engouement de la doctrine puisqu'elle permettait de prétendre que les droits ancestraux contemporains, dont la portée reste encore largement indéterminée en droit positif, doivent refléter les rapports initialement établis entre la puissance colonisatrice et les premiers occupants. Le

⁶ *Supra* note 1, par. 53, à la p. 175.

⁷ *Ibid.*

⁸ Voir notamment B. Slattery, "Understanding Aboriginal Rights" (1987) 66 R. du B. Can. 727; M. Asch, *Home and Native Land: Aboriginal Rights and the Canadian Constitution*, Vancouver, UBC Press, 1984.

⁹ [1973] R.C.S. 313.

¹⁰ [1984] 2 R.C.S. 335.

¹¹ [1990] 1 R.C.S. 1075.

¹² L'influence des travaux de Brian Slattery sur cette question fut sans doute déterminante, voir notamment son article "Understanding Aboriginal Rights," *supra* note 8.

¹³ Voir les auteurs cités, *supra* note 4.

débat autour des droits ancestraux devenait ainsi un débat historique où chacun invite la société, et surtout les juges, à retenir son interprétation de l'histoire quant aux droits des autochtones.

À partir d'une "relecture" pluraliste du contexte historique et des pratiques coloniales ayant caractérisé la période initiale de l'expansion européenne en Amérique, on a présenté les droits ancestraux comme le résultat d'une alliance ou encore d'un *modus vivendi* interculturel qui se serait imposé aux colonisateurs à la faveur d'un rapport de force moins déséquilibré entre les Européens et les autochtones.¹⁴

L'article 35 devient alors un instrument privilégié de revitalisation d'une relation originelle jugée plus respectueuse et égalitaire, relation que la société dominante, une fois assurée de son hégémonie, aurait trahie. Par ce retour à l'esprit et aux modalités des rapports anciens empreints de plus de coopération et d'interdépendance, on espère fonder dans l'ordre juridique étatique postcolonial la légitimité d'un corpus autochtoniste "plus proche du sens que lui donnait l'époque qui l'a produit."¹⁵

Cette vision, empreinte d'un certain romantisme, n'exige pas une remise en cause fondamentale de l'ordre étatique mais plutôt qu'on lui insuffle une positivité métissée grâce à une réactualisation d'un passé pluraliste que l'archéologie des interactions premières permet aujourd'hui de mettre au jour.

La Cour suprême s'est toutefois abstenue dans l'affaire *Côté*, même après avoir longuement exposé les données du débat, d'arbitrer les lectures antagonistes de l'histoire et du dualisme colonial canadien. Elle a plutôt choisi de se ménager l'espace nécessaire à la réalisation de son propre programme de mise en équilibre des intérêts autochtones et allochtones. Cette quête d'un nouveau *modus vivendi* ne visera pas la projection dans le présent de relations intercommunautaires caractéristiques du passé. Elle sera plutôt ancrée dans la

perception que se font les juges des enjeux actuels de la question autochtone.

1.2. La banalisation du régime français par la consécration d'un droit constitutionnel autonome et prospectif

L'affaire *Côté* ne peut être bien comprise que comme l'aboutissement d'une dynamique enclenchée par la décision de la majorité dans l'affaire *R. c. Van Der Peet*. En effet, la Cour suprême avait déjà dans cette affaire démontré une volonté de détacher l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* des réalités et pratiques propres aux débuts de la colonisation.

a) *Van Der Peet*: l'occultation du référent colonial

Tout en reconnaissant que les droits ancestraux puisaient leurs racines dans la common law coloniale,¹⁶ le juge en chef a retenu dans *Van Der Peet* une interprétation réductrice de ce droit colonial en lui attribuant pour fondement la volonté de préserver, en harmonie avec la souveraineté revendiquée par la Couronne, les pratiques, coutumes ou traditions faisant partie intégrante de la culture précoloniale des autochtones.¹⁷

Dans son interprétation téléologique de l'article 35, le juge en chef Lamer se laisse guider, bien qu'il s'en défende expressément,¹⁸ non pas d'abord par les rapports historiques à l'origine de la doctrine coloniale des droits ancestraux mais plutôt par sa compréhension du contexte contemporain dans lequel l'article 35 concrétise l'avènement du "statut constitutionnel unique des peuples autochtones du Canada."¹⁹

C'est la réalité sociale et politique contemporaine qui amène le juge en chef, dès le départ, à penser le régime de l'article 35 en fonction de "la nécessaire spécificité qui résulte de la protection constitutionnelle spéciale accordée à un segment de la société canadienne."²⁰ C'est sous l'emprise du présent, par l'observation du Canada d'aujourd'hui travaillé par les courants identitaires, qu'il postule une distinction nette entre, d'une part, la logique différentialiste dans

¹⁴ Voir par exemple J. Webber, "Relations of Force and Relations of Justice: The Emergence of Normative Community Between Colonists and Aboriginal Peoples" (1995) 33 Osgoode Hall L.J. 623; Commission royale sur les peuples autochtones, *Une relation à définir: deuxième partie*, vol. 2, Ottawa, Groupe communications Canada, 1996, aux pp. 514-515. Voir aussi A. Lajoie *et al.*, *supra* note 4.

¹⁵ Lajoie *et al.*, *supra* note 4, à la p. 3. Voir aussi Webber, *ibid.*, à la p. 658-660.

¹⁶ *Supra* note 3, par. 28-29, à la p. 538.

¹⁷ *Supra* note 3, par. 55-67, aux pp. 553-558.

¹⁸ *Supra* note 3, par. 29, à la p. 538.

¹⁹ *Supra* note 3, par. 3, à la p. 527.

²⁰ *Supra* note 3, par. 20, à la p. 535.

laquelle il inscrit l'article 35 et, d'autre part, la philosophie universaliste à la base des droits individuels consacrés dans la *Charte canadienne des droits et libertés*.²¹

Ainsi mûe par l'idéologie du "droit à la différence," la majorité de la Cour verse dans l'essentialisme autoritaire et folklorisant en limitant l'objectif de l'article 35 à la préservation de l'héritage autochtone précolonial.²² Ce faisant, elle escamote les enseignements du contexte historique ayant donné lieu à l'émergence des droits ancestraux en droit colonial. Elle occulte le fait que la politique coloniale de non-empiètement sur les terres traditionnellement occupées et exploitées par les autochtones procédait de la nécessité de préserver de bons rapports avec les autochtones aux plans politique et commercial. Cette politique intervenait dans le contexte d'un désir, tant chez les autochtones que chez les Européens, de favoriser la commercialisation à grande échelle des ressources prélevées par les autochtones à même leurs terres traditionnelles.²³

Bien qu'ils aient pu imposer aux colonisateurs le respect de leurs droits de premiers occupants, les autochtones tenaient pour inévitable voire même souhaitable leur ouverture à l'économie de marché. La reconnaissance du droit des autochtones de continuer à occuper et à utiliser leurs terres ancestrales ne visait donc nullement à enfermer ces communautés dans les pratiques de subsistance et les coutumes vivrières précolombiennes. Or le référent précolonial, qui devient dans *Van Der Peet* la clef analytique du processus de détermination des droits ancestraux, fait complètement l'impasse sur la dynamique d'adaptation culturelle qui se trouve au coeur même du rapport intersociétal ayant généré la politique de reconnaissance des droits ancestraux.

En définitive, bien qu'elle réfère à l'ancienne jurisprudence inspirée des pratiques coloniales, la Cour se soucie primordialement d'imprimer à l'article 35 sa logique identitaire propre. Ce procédé fut mené à son terme dans l'affaire *Côté*.

b) *Côté*: la mise au rancart du régime français et du référent colonial

Si la Cour s'en était tenue aux représentations des procureurs, le sort réservé au droit colonial aurait été tout autre. En effet, aucune des parties ne remettait en cause la nécessité de chercher dans les règles du droit colonial la réponse à la question de l'existence ou non de droits ancestraux aux fins de l'article 35. Le débat portait dès lors sur le contenu du droit colonial français et sur les conséquences, en droit colonial britannique, de la cession de la Nouvelle-France à la Grande-Bretagne.

Ainsi, d'un côté on faisait valoir que le régime colonial français n'avait donné lieu à aucune reconnaissance de droits ancestraux, situation qui, en raison du principe de continuité appliqué aux colonies conquises en droit colonial britannique, ne pouvait avoir été modifiée par l'avènement de la souveraineté britannique.

De l'autre côté, on avançait qu'au contraire le droit colonial français était parfaitement compatible avec la persistance de droits autochtones afférents aux terres et aux ressources et que, de toute façon, s'il tel n'était pas l'état du droit sous le régime français, l'avènement de la couronne britannique avait en quelque sorte fait table rase du régime antérieur quant aux autochtones et opéré la transposition de la doctrine des droits ancestraux aux terres nouvellement acquises.

La Cour refuse toutefois de rendre la reconnaissance constitutionnelle des droits ancestraux tributaire d'un simple renvoi au droit colonial français ou britannique. Elle récuse l'approche qui subordonne le droit constitutionnel contemporain à l'examen plus ou moins pointilleux des pratiques coloniales et des rapports précis qui existaient entre les autochtones et les premiers colons européens. Elle estime plutôt que la question de la reconnaissance de droits ancestraux devra être résolue "en fonction du libellé et de l'objet du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*."²⁴

Le juge en chef précise sa pensée en décrivant dans les termes suivants l'impact de l'inscription constitutionnelle des droits ancestraux en 1982:

²¹ *Supra* note 3, par. 18, à la p. 534.

²² Voir J. Burrows, "The Trickster: Integral to a Distinctive Culture" (1997) 8 *Constitutional forum* constitutionnel 27.

²³ Voir entre autres Slattery, *supra* note 8, à la p. 747.

²⁴ *Supra* note 1, par. 50, à la p. 174.

L'inscription des droits ancestraux et des droits issus de traité au par.35(1) a modifié la situation des droits ancestraux au Canada. Comme il a été expliqué dans la trilogie Van Der Peet, le par.35(1) visait à étendre la protection de la Constitution aux coutumes, pratiques et traditions fondamentales de la culture distinctive des sociétés autochtones qui existaient avant le contact avec les Européens²⁵ (soulignement ajouté).

Se trouve ainsi affirmée l'autonomie de l'art. 35 qui peut dès lors fonder un régime autochtoniste obéissant à une logique contemporaine singulière parce qu'affranchie de l'hypothèque des pratiques coloniales:²⁶

Le noble objet visé par le par.35(1), savoir la préservation des caractéristiques déterminantes qui font partie intégrante des sociétés autochtones distinctives, ne saurait être réalisé s'il ne protégeait que les caractéristiques déterminantes dont le sort a bien voulu qu'elles soient reconnues légalement par les colonisateurs européens.

L'autonomisation de l'article 35 permet en outre de conférer un caractère pancanadien au droit des autochtones et, par voie de conséquence, de conjurer le spectre d'un particularisme québécois peu propice à la réconciliation parce que négateur des droits autochtones. La Cour peut donc configurer un droit "national" unitaire, libéré de tout déterminisme historique lié au dualisme colonial. Le juge en chef exprime ainsi ses convictions unitaristes:²⁷

Si elle était retenue, la thèse de l'intimité entraînerait la création, à la grandeur du pays, d'un ensemble de mesures disparates de protection constitutionnelle des droits ancestraux, mesures qui seraient fonction des particularités historiques de la colonisation dans les diverses régions. À mon humble avis, une telle interprétation statique et rétrospective du par.35(1) ne peut être conciliée avec l'objectif noble et prospectif de l'inscription des droits ancestraux et des droits issus de traité dans la *Loi constitutionnelle de 1982*.

L'émergence d'un "nouveau" droit prospectif des autochtones, fortement imprégné d'une vision culturaliste de l'autochtonie, devient possible. La dogmatisation de l'identité autochtone annoncée à l'occasion de l'affaire *Van Der Peet* peut de la sorte se déployer sans encombre. La voie est dégagée pour la construction d'un droit constitutionnel qui n'aura nullement à rendre des comptes au droit colonial, ni à refléter les modalités précises de l'ancienne common law.

Il appert que les autochtones ne pourront guère dans l'avenir miser sur la référence systématique au droit colonial, et aux pratiques dont il est issu, pour faire appliquer l'article 35 d'une manière qui leur est favorable. C'est un revers de taille pour ceux qui souhaitent, grâce à la mise en rapport du droit colonial et de la *Loi constitutionnelle de 1982*, amener les juges à renouer avec l'esprit d'une relation ancienne caractérisée par une égalité relative, et un respect mutuel.

Le juge en chef eut l'occasion de confirmer, dans l'affaire *Adams*, la position de la Cour sur la question du régime français.²⁸ Cette même affaire *Adams* allait en outre permettre à la haute juridiction de confirmer que la réforme constitutionnelle de 1982 a mis le Canada sur le chemin d'un droit postcolonial apte à opérer des arbitrages à partir de la perception que les juges se font des nécessités de la situation présente.

2. R. c. Adams: le rejet de l'exclusivisme foncier au profit de l'enchevêtrement des droits afférents aux terres et aux ressources

Dans *Adams*, la Cour devait notamment trancher la question de savoir si la preuve d'un titre ancestral sur des terres constitue une condition *sine qua non* de la reconnaissance de droits ancestraux de pêche sur ces terres. Tout comme la vigoureuse répudiation de la *terra nullius* dans l'affaire *Côté* a pu occulter un développement qui n'est pas de nature à favoriser les autochtones sur le long terme, la réponse de la Cour à cette question laissera croire à une avancée pour les autochtones. À y regarder de près, toutefois, on peut se demander s'il ne s'agit pas d'une victoire à la Pyrrhus.

²⁵ *Supra* note 1, par. 51, à la p. 174.

²⁶ *Supra* note 1, par. 52, aux pp. 174-175.

²⁷ *Supra* note 1, par. 53, à la p. 175.

²⁸ *Supra* note 2, par. 33, aux pp. 121-122.

2.1. La dissociation juridique du fonds de terre et des ressources comme préalable à une exploitation conjointe

À l'instar de l'affaire *Côté*, la décision de la Cour dans *Adams* vient accuser une logique préalablement mise en action dans *Van Der Peet*. Rappelons que dans cette affaire, la majorité avait usé du référent précolonial comme d'un outil de conciliation des sociétés autochtones préexistantes et de la souveraineté de la Couronne. La Cour recourt à une rhétorique différentialiste pour étayer la restriction des droits ancestraux actuels aux pratiques issues de l'époque antérieure au contact, estimant que ces pratiques reflètent "l'essence même de l'autochtonité"²⁹ telle qu'appréhendée à travers la lorgnette des juges.

On remarque cependant qu'en évincant ainsi du domaine des droits ancestraux les pratiques apparues exclusivement au contact de la société occidentale, la Cour se donne les moyens de minimiser l'impact préjudiciable des droits autochtones sur les activités économiques que la société dominante juge essentielles au développement du pays. Nul ne poussera l'angélisme jusqu'à penser qu'il ne s'agit là que du résultat fortuit d'une volonté par ailleurs affichée de pérenniser l'"identité autochtone."

Les pratiques et les traditions précoloniales emporteront souvent des systèmes d'utilisation de la terre et des ressources ne requérant pas une emprise foncière exclusive, donc permettant au plan opérationnel, une coïncidence de droits autochtones et allochtones sur un même espace. L'aménagement d'un régime foncier apte à superposer ainsi les légimités sur l'espace serait la clef non seulement d'un partage symbolique de la terre, mais surtout d'une exploitation partagée de celle-ci de nature à prévenir toute perturbation grave du statu quo socio-économique. Ce régime plural, bien qu'il ne favorise pas la sécurisation foncière, pourra dès lors être un moyen privilégié de concilier les droits ancestraux et les droits de la Couronne ou des tiers conformément à l'objet que la Cour suprême attribue à l'article 35.

Encore faut-il toutefois, pour qu'il y ait coïncidence d'une pluralité de droits liés à des usages complémentaires d'un même espace, que l'on évite de généraliser un système d'appropriation axé essentiellement sur la maîtrise exclusive du fonds de terre. Il

faudra en d'autres termes dépasser le modèle exclusiviste en dissociant le statut juridique du fonds de terre de celui des ressources.

C'est cette dissociation qu'a opérée la Cour suprême dans *Adams*, mettant ainsi en place une composante essentielle de sa politique d'arbitrage constitutionnel des droits autochtones et allochtones.

Selon le procureur général du Québec, le droit positif issu de la common law ne connaissait aucun droit ancestral d'accès aux ressources en l'absence d'un titre foncier, c'est-à-dire d'une maîtrise exclusive du fonds de terre. Ainsi, en l'absence de véritable contrôle des terres au moment du contact, une simple présence à des fins de chasse et de pêche ne saurait fonder aujourd'hui une revendication de droits ancestraux sur ces terres.

Pour le gouvernement, les droits ancestraux relatifs aux ressources étaient nécessairement tributaires d'une emprise exclusive sur le fonds de terre. Le statut juridique des ressources aurait été, selon ce point de vue, fonction du statut du fonds. Cette position en était une de "tout ou rien:" les autochtones pouvaient détenir un titre foncier exclusif sur des zones considérables ou, au contraire, n'avoir strictement aucun droit ancestral.

La partie autochtone, quant à elle, réclamait un titre sur les terres en litige mais avançait qu'à défaut d'un tel titre des droits d'accès à la ressource halieutique pouvaient néanmoins être reconnus.

La majorité de la Cour d'appel donna raison au procureur général du Québec en statuant que des droits ancestraux de pêche ne pouvaient exister en l'absence d'un titre ancestral. Les droits afférents aux ressources ne sauraient, de l'avis de la Cour d'appel, qu'être corrélés aux droits fonciers.³⁰

La Cour suprême, au contraire, tourne le dos à toute solution purement exclusiviste et décide que des pratiques précoloniales de prélèvement et d'exploitation des ressources peuvent fonder des droits ancestraux afférents à ces ressources alors même que ces pratiques seraient insuffisantes pour justifier la reconnaissance d'un véritable titre foncier. La conciliation des intérêts par l'enchevêtrement et la superposition des droits sur un même espace devient désormais possible.

²⁹ *Supra* note 3, par. 19, aux pp. 534-535.

³⁰ *R. c. Adams*, [1993] R.J.Q. 1011, à la p. 1029.

Le passage pertinent des motifs du juge en chef méritent d'être longuement cité:³¹

... même si les revendications d'un titre aborigène s'inscrivent dans le cadre conceptuel des droits ancestraux ces droits n'existent pas uniquement dans les cas où le bien-fondé de la revendication d'un titre aborigène a été établi. Lorsqu'un groupe autochtone démontre qu'une coutume, pratique ou tradition particulière pratiquée sur le territoire concerné faisait partie intégrante de sa culture distinctive, ce groupe aura prouvé qu'il a le droit ancestral de s'adonner à cette coutume, pratique ou tradition, *même s'il n'a pas établi qu'il a occupé et utilisé suffisamment le territoire en question pour étayer la revendication du titre sur celui-ci*. Le critère établi dans *Van Der Peet* protège les activités qui faisaient partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en cause. Il n'exige pas que ce groupe franchisse l'obstacle supplémentaire que constituerait la démonstration que le rapport qu'il entretient avec le territoire sur lequel l'activité se déroulait avait, pour sa culture distinctive, une importance fondamentale suffisante pour établir le bien-fondé d'une revendication visant le titre sur ce territoire. L'arrêt *Van Der Peet* établit que l'article 35 reconnaît et confirme les droits des peuples qui occupaient l'Amérique du Nord avant l'arrivée des Européens, et que cette reconnaissance et cette confirmation ne se limitent pas uniquement aux circonstances où le groupe autochtone entretient avec le territoire visé des rapports suffisants pour établir l'existence d'un titre sur celui-ci.

Ainsi, le juge en chef accepte d'emblée que la chasse et la pêche pratiquées au moment du contact pourront faire en sorte qu'"un droit ancestral s'attache à une parcelle de terrain dont le titre n'appartient pas au peuple autochtone concerné."³² La multiplicité de maîtrises qui en résulte, de même que la coexistence sur un seul espace de droits gouvernés par des régimes

normatifs autonomes, semblent se rapprocher des conceptions pluralistes des droits ancestraux.³³

Mais d'un point de vue autochtone, cette séparation du statut des ressources de celui du fonds de terre n'aura d'intérêt que si l'accès indépendant aux ressources devient nécessaire pour contrebalancer l'absence de titre foncier sur une partie significative des terres qu'ils ont traditionnellement fréquentées.

Une approche large et généreuse dans la reconnaissance du titre ancestral amoindrira considérablement la valeur de droits indépendants limités aux ressources. En revanche, une telle approche donnerait aux autochtones le contrôle d'espaces et de ressources considérables et ferait dès lors peser une menace réelle sur les équilibres socio-économiques existants.

Compte tenu du principe de "balancier" caractérisant la politique d'arbitrage des intérêts qui anime la Cour suprême, il faut alors se demander si les autochtones n'ont pas gagné une définition ample de leur droits de pêche de subsistance au prix d'une marginalisation du titre ancestral. La teneur des motifs du juge en chef dans *Adams* semble accréditer cette hypothèse.

2.2. La définition restrictive du titre ancestral comme stratégie de partage des terres et des ressources

Que reste-il donc de la maîtrise la plus complète de l'espace et des ressources, savoir, le titre foncier? Sur quelles terres un titre pourra-t-il dorénavant être reconnu en faveur des peuples autochtones?

La Cour indique clairement qu'il faudra davantage qu'une simple fréquentation à des fins de chasse et de pêche pour justifier l'existence d'un titre sur le fonds de terre lui-même. Pour le juge en chef, il est nécessaire de scinder les droits ancestraux relatifs aux ressources des droits fonciers afin d'éviter que le nomadisme traditionnel de plusieurs communautés autochtones ne les prive aujourd'hui de tout droit ancestral:³⁴

Afin de comprendre pourquoi les droits ancestraux ne peuvent être inexorablement liés à un titre aborigène, il suffit de rappeler que certains peuples autochtones étaient

³¹ *Supra* note 2, par. 26, aux pp. 117-118.

³² *Supra* note 2, par. 30, à la p. 119. La Cour a réitéré sa position dans *Côté*, *supra* note 1, pars. 38-39, aux pp. 166-167.

³³ Voir Lajoie *et al.*, *supra* note 4.

³⁴ *Supra* note 2, par. 27, à la p. 118.

nomades et que l'emplacement de leurs établissements variait en fonction des saisons et des circonstances.

Il évoque même la possibilité que la reconnaissance d'un titre foncier requière un fort degré de stabilité et d'intensité dans l'occupation ancestrale du fonds de terre.³⁵

Les faits acceptés par le juge du procès démontrent que les Mohawks ne se sont pas établis exclusivement à un endroit, que ce soit avant ou après le contact avec les Européens. Ce fait (quoique je ne me prononce pas sur ce point) pourrait faire obstacle à la preuve de l'existence d'un titre aborigène sur les terres où ils se sont établis.

L'intensité de l'occupation autochtone nécessaire à la jouissance d'un titre sur le fonds de terre reste encore incertaine, mais les propos du juge en chef n'interdisent pas de faire un rapprochement entre le titre ancestral et les formes d'appropriation foncières propres aux cultures sédentaires et agricoles.³⁶

Quoiqu'il en soit, le lien direct que le juge en chef établit entre le nomadisme et la difficulté d'établir un titre donne certes à penser que l'on fera droit aux revendications de maîtrises foncières exclusives sur des espaces plus restreints que les terres qui, au moment du contact, étaient périodiquement fréquentées par les autochtones à des fins de chasse et de pêche.

En d'autres termes, il apparaît plus que douteux que l'assiette spatiale du titre ancestral correspondra aux "Hunting Grounds" traditionnels des autochtones. Or, cela annonce une autre rupture avec le régime foncier de l'époque coloniale. La pratique des colonisateurs britanniques en matière de droits fonciers consistait en effet à reconnaître que les terres traditionnelles de chasse des autochtones, leurs "Hunting Grounds," restaient théoriquement inaccessibles aux colons en l'absence d'un abandon par les premiers occupants de leur droits fonciers. C'est pourquoi on a parlé d'un véritable "titre" ancestral pour décrire l'emprise autochtone sur des terres qu'ils étaient en principe les seuls à pouvoir posséder et

exploiter jusqu'à ce qu'il y ait renonciation formelle à ce titre.

Le droit colonial privilégiait de la sorte un découpage foncier de type exclusiviste que traduit à merveille le concept de "Indian Territories" dont la forme la plus achevée se retrouve sans doute dans la *Proclamation royale de 1763*. Dans cette optique, le titre ancestral exclusif pouvait grever l'ensemble des terres fréquentées et utilisées par les autochtones conformément à leur rapport singulier à la terre,³⁷ donc des étendues considérables dans le cas des chasseurs-cueilleurs nomades ou semi-nomades.

On notera d'ailleurs que dans *Adams* les parties s'inspiraient de ce schéma foncier colonial pour définir le titre ancestral. Le Mohawk Adams prétendait que sa communauté possédait sur les terres en litige un titre ancestral découlant du fait que ses ancêtres y chassaient et pêchaient au moment du contact avec les Européens.

Le procureur général du Québec ne remettait pas vraiment en cause cette conception du titre ancestral. Il contestait plutôt la prétention des Mohawks d'avoir occupé et utilisé les terres en litige de manière à pouvoir en réclamer le titre ancestral. La Cour suprême propose apparemment une définition du titre ancestral moins généreuse que celle que le procureur général du Québec paraissait disposé à accepter!

Si la haute juridiction avait jugé pertinentes les pratiques et les règles coloniales entourant le foncier autochtone, elle n'aurait pu, comme elle l'a fait, éluder la question de savoir si le système colonial était une simple technique de rationalisation de l'expansion foncière européenne ou, au contraire comme le prétendent des auteurs,³⁸ une reconnaissance au plan substantif du caractère à priori exclusif de l'emprise juridique autochtone sur les terres traditionnelles de chasse.

La Cour suprême marque encore une fois sa détermination à ne pas être aujourd'hui à la remorque

³⁵ *Supra* note 2, par. 28, à la p. 118.

³⁶ Dans *Côté*, *supra* note 1, par. 38, à la p. 167, le juge en chef associe l'existence d'un titre à "une occupation historique et continue d'un territoire spécifique".

³⁷ Selon ce point de vue, le titre ancestral découlant des usages traditionnels sera exclusif si l'occupation ancestrale était telle ou conjointe dans le cas d'une occupation autochtone conjointe, voir Slattery, *supra* note 8, aux pp. 747, 749 et 758. Voir à ce sujet *Hamlet of Baker Lake v. Minister of Indian Affairs*, [1980] 1 C.F. 518 (1ère inst.); *Delgamuukw v. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97 (C.A.C.-B.) en appel à la Cour suprême du Canada.

³⁸ Voir notamment Slattery, *supra* note 8, aux pp. 741-744.

des circonstances et des pratiques coloniales. Elle réitère sa volonté de mettre en place un cadre constitutionnel lui permettant d'élaborer son propre système de partage des terres et des ressources entre les autochtones et les autres composantes de la société canadienne contemporaine.

Or ce système n'est pas de nature à bouleverser l'ordre constitutionnel, social et économique résultant de l'implantation de l'État euro-canadien. C'est ainsi qu'en limitant le titre ancestral aux terres ayant historiquement fait l'objet d'une occupation "suffisante," la Cour atténue le risque que ce titre fasse substantiellement obstacle à une occupation et une exploitation des terres par les non-autochtones.

Cette présence non autochtone sur les terres traditionnellement fréquentées par les autochtones devra en principe être respectueuse des droits des premiers occupants quant à l'accès aux ressources, quant à leur prélèvement et leur exploitation. Mais comme il a été mentionné précédemment, l'utilisation complémentaire d'un même espace s'en trouvera d'autant plus facilitée que la restriction des droits ancestraux aux pratiques héritées de l'époque précoloniale confinerà souvent les maîtrises autochtones au domaine des exploitations vivrières. Ces maîtrises seront moins susceptibles d'étayer une revendication monopolistique sur la ressource et de comporter des corollaires exclusivistes quant à l'occupation et l'aménagement de l'espace.

En outre, même si les activités non autochtones provoquent une "diminution appréciable"³⁹ des droits ancestraux, la Cour suprême ouvre la porte dans *Adams*⁴⁰ et *Côté*⁴¹ à une défense de justification fondée sur l'importance économique de ces activités. La Cour avait déjà manifesté dans *Gladstone* son souci de sauvegarder les intérêts économiques des autres citoyens en favorisant un partage de la ressource halieutique plutôt que l'exclusivité autochtone en matière de pêche commerciale.⁴² Cette logique protectrice de l'ordre socio-économique établi pourrait bien avoir franchi une étape décisive dans *Adams* et

Côté puisque les droits ancestraux en cause dans ces affaires étaient de simples droits de *subsistance*.

Conclusion

Les affaires *Côté* et *Adams* viendront alimenter le débat sur la capacité des juges de réconcilier les droits historiques indéterminés des peuples autochtones avec la société postcoloniale. Elles ont permis à la Cour de s'affranchir des contraintes du droit colonial et de poser les jalons d'un nouveau droit fondé sur l'objet de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*; un droit inspiré, non pas d'une vision transcendante de la justice historique, mais de la préoccupation pragmatique d'arbitrer les intérêts antagonistes dans la société postcoloniale.

La décision dans *Côté* rend de plus en plus chimérique l'espoir d'un retour à ce que d'aucuns conçoivent comme les "relations originelles" entre les communautés autochtone et euro-canadienne. Pour sa part, la décision dans *Adams* conforte la logique de protection des équilibres socio-économiques existants qui sous-tend l'attitude de la Cour suprême dans *Van Der Peet* et *Gladstone*.

Le diptyque *Côté-Adams*, surtout lorsqu'on le situe dans l'ensemble de la jurisprudence de l'année 1996, devrait faire réfléchir ceux qui, du côté autochtone, ont cru aux vertus d'une judiciarisation militante des problèmes de société que sont la répartition intercommunautaire des ressources et le partage de la légitimité politique. □

Ghislain Otis

Professeur titulaire, Université Laval.

³⁹ C'est ainsi que la Cour suprême formule le test de l'atteinte à première vue aux droits ancestraux dans *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, à la p. 757.

⁴⁰ *Supra* note 2, par. 58, à la p. 134.

⁴¹ *Supra* note 1, par. 82, aux pp. 189-190.

⁴² *Supra* note 39, aux pp. 774-775. Voir K. McNeil, "How Can Infringements of the Constitutional Rights of Aboriginal Peoples Be Justified?" (1997) 8 *Constitutional forum* constitutionnel 33.