

**Vers un pluralisme juridique égalitaire ou un refoulement des ordres  
juridiques extra-étatiques?**

Une analyse du jugement Delgamuukw (1997) et de ses impacts sur la  
souveraineté autochtone

Par : Trevor Mockler

Travail soumis dans le cadre du cours

ANT 7998

Département de Sociologie et Anthropologie

Université d'Ottawa

## Résumé

Se situant dans le cadre du pluralisme juridique, ce projet de recherche a comme objectif d'analyser la relation instable entre le droit étatique et le droit autochtone au Canada. En utilisant l'arrêt *Delgamuukw* (1997), qui fut un litige portant sur la revendication du titre aborigène en Colombie-Britannique, ce projet tentera d'interpréter comment les appelants de la nation Gitksan ont utilisé certains éléments issus de leur ordre juridique, tel que *adwaak*, pour satisfaire aux critères de preuve exigés pour le titre aborigène. De plus, ce texte portera un regard analytique sur ces critères, exigé par la *Common law* canadienne, et illustrera comment ceux-ci se situent dans une logique de colonialisme d'occupation qui vise à réduire l'importance et la complexité des sociétés autochtones, tout en perpétuant le mythe que la Couronne détenait la légitimité de se déclarer souveraine.

## Mots clés

Pluralisme juridique, colonialisme d'occupation, *Delgamuukw*, titre aborigène, *adwaak*

## Introduction

Depuis déjà environ deux ans, les manifestations anti-oléoduc en Colombie-Britannique continuent d'ébranler la province et le reste du Canada. La compagnie Coastal GasLink, avec le support du gouvernement fédéral, a comme projet de construire un oléoduc qui passera à travers la région du nord-ouest de la Colombie-Britannique, une région qui, historiquement, appartient à la nation Wet'suwet'en et est administrée par leurs chefs héréditaires (Depelteau, 2019). L'intervention musclée de la part de la Gendarmerie Royale du Canada (GRC) pour déloger les manifestants nous montre aussi jusqu'à quel point le gouvernement fédéral est prêt à aller pour accomplir ce projet de développement économique (Depelteau, 2019).

Ces manifestations nous rappellent que des conflits entre la souveraineté coloniale canadienne et celle des peuples autochtones demeurent présents encore à ce jour (Depelteau, 2019). En plus, si on retourne un peu dans le passé, nous pouvons remarquer que ce n'est pas la première fois que ce territoire contesté est une source d'enjeu entre la souveraineté canadienne et celle de la nation Wet'suwet'en.

Débutant en 1987 et s'étalant sur dix ans et sur divers niveaux de cours, le cas *Delgamuukw c. Colombie-Britannique* fut une revendication territoriale qui opposa les chefs héréditaires des nations Wet'suwet'en et Gitksan contre le gouvernement de la Colombie-Britannique. Le territoire en question, d'une grandeur d'environ 58 000km<sup>2</sup>, englobe certaines sections qui se retrouvent encore contestées aujourd'hui par les manifestations anti-oléoduc (Depelteau, 2019).

Initialement, l'objectif central de ce long processus juridique, pour les appelants, était de réclamer le droit à la « propriété » et la « compétence » sur le territoire (Delgamuukw c. Colombie-Britannique, 1997). Selon les appelants, leurs droits ancestraux n'avaient pas été éteints par la

Couronne, qui sont d'ailleurs réaffirmés par la Section 35 (1) de la Charte canadienne des Droits et Libertés (1982) (Borrows, 1999: 548-549). Cependant, cette revendication fut éventuellement modifiée pour devenir une revendication du « titre aborigène » sur le territoire (Delgamuukw c. Colombie-Britannique). Il s'agit d'une modification qui entraîna d'énormes répercussions sur ce pourvoi, mais aussi une nouvelle jurisprudence canadienne quant aux revendications du titre aborigène.

## **Objectif, question de recherche et méthodologie**

En tant que Canadiens et Canadiennes, nous sommes très conscients de la présence du droit étatique qui nous entoure, que ce soit la *Common Law* canadienne ou le droit civil québécois. Toutefois, la majorité d'entre nous ignorent la pluralité juridique qui est présente au travers de notre pays. Cette pluralité juridique, dans un contexte canadien, prend forme avec la présence d'une multitude de systèmes juridiques autochtones.

Toutefois, cette pluralité juridique autochtone a longuement été mise à la marge par l'imposition du droit étatique. Cette subordination des ordres juridiques autochtones est déplorable à plusieurs niveaux et elle constitue une forme d'oppression envers les peuples autochtones. C'est ce que certains auteurs ont même classifié de colonialisme d'occupation, soit une forme de génocide culturel ou d'assimilation forcée, qui vise la dissolution des sociétés autochtones pour l'appropriation de leurs terres (Blackburn, 2019; Poirier, 2000; Simpson, 2011, 2014; Wolfe, 2006).

Comme point de départ, il est important de noter que le droit autochtone n'est pas identique d'un peuple autochtone à l'autre. Selon Borrows (2010), chez les trois groupes d'autochtones, qui sont les Premières Nations, Inuit et Métis, nous pouvons retrouver divers systèmes complexes de

lois, de normes ou encore de traditions. Étant donné la diversité qui existe au sein du droit autochtone, on ne peut pas l'analyser de façon globale et on devra donc centrer notre recherche sur une seule nation. C'est pour cela que j'ai choisi de me concentrer sur la nation gitxsan. Même si ce sujet a été abordé par une juriste (Mills, 2008), une nouvelle lecture anthropologique de ce cas a encore des leçons pour l'anthropologie juridique et politique.

En effet, au lieu de comparer deux différents systèmes juridiques, ce projet a comme objectif d'explorer comment deux systèmes juridiques entrent en relation dans une situation ou un contexte particulier. Ce phénomène n'est pas nouveau dans le monde des sciences sociales et est connu sous le nom de « pluralisme juridique ». Ce terme, à sa définition la plus simpliste, se réfère à l'idée que deux ou plusieurs systèmes de lois coexistent dans la même sphère sociale (Merry, 1988 : 870). Cette notion sera explorée davantage dans les pages qui suivent.

Commençons, tout d'abord, par la présentation de notre question de recherche, qui servira de guide pour ce projet: Est-ce que le jugement Delgamuukw (1997) a réellement avancé un projet de pluralisme juridique égalitaire? Ou s'agissait-il encore d'une forme de colonialisme d'occupation ayant comme objectif de subordonner les systèmes juridiques autochtones ? Maintenant qu'on a notre question de recherche, il reste à savoir comment l'approche méthodologique se déroulera.

L'analyse portera sur le jugement de la Cour suprême du Canada (CSC), concernant le cas Delgamuukw (1997). Plus précisément, notre analyse sera concentrée sur les juges et la façon dont ceux-ci ont interprété les preuves présentées au courant du procès. De plus, nous analyserons comment certains concepts juridiques clés dans ce litige, tel que le titre aborigène, sont imprégnés de visions et d'idéologies eurocentriques, qui réduisent l'importance et la complexité des systèmes

juridiques autochtones et l'organisation sociale des peuples autochtones (Asch, 1999; Asch et Bell, 1993; Cruikshank, 1992; McCreary, 2014).

En ce qui concerne les sources secondaires, celles-ci seront constituées d'une multitude d'auteurs, de théoriciens, d'anthropologues et de juristes qui ont contribué à l'étude des systèmes juridiques autochtones et leur relation instable avec le droit étatique (Poirier, 2000; Otis, 2011, 2012, 2018; Borrows, 2010; Napoleon, 2019). De plus, nous utiliserons quelques ethnographies sur la nation Gitksan pour être en mesure d'analyser leurs sources de lois et comment celles-ci se sont matérialisées à travers leur organisation politique et sociale (Daly, 2005; Mills, 2008).

Cela étant dit, le premier chapitre sera composé de quelques sections débutant par un survol de la démographie du peuple Gitksan ainsi que leur organisation politique et sociale. Ensuite, le premier chapitre proposera un regard historique sur les relations entre le droit gitksan (*Ayook*) et la *Common law* canadienne et comment ceci s'est traduit concrètement sur le sol. Nous analyserons les conditions et événements qui ont créé la relation instable et volatile entre la nation gitksan et la Couronne, culminant avec le cas Delgamuukw.

Le deuxième chapitre présentera l'analyse approfondie du cas Delgamuukw ainsi que ses critères pour la revendication du titre aborigène afin d'illustrer en quoi ceux-ci sont problématique. Ce chapitre terminera avec une brève section sur la reconnaissance des récits oraux comme résultat positif de ce litige. La conclusion se chargera de faire un court résumé des éléments observés dans le cadre de ce mémoire et terminera avec une réponse à notre question du départ.

# Chapitre 1

## L'organisation sociale, politique et juridique chez les Gitxsan\*

\*(voir annexe A pour une carte géographique détaillant le territoire Gitxsan)

Au moment du procès, la population des Gitxsan était estimée entre 4000 et 5000 personnes, la majorité résidant dans le territoire revendiqué, c'est-à-dire le bassin centre-nord des rivières Skeena, Nass et Babine et leurs affluents (Delgamuukw c. Colombie-Britannique, 1997 : par. 8). En revanche, comme l'ont souligné les juges, la population non-autochtone du territoire revendiqué par les appelants dépassait 30 000 habitants (Delgamuukw c. Colombie-Britannique, 1997 : par. 9).

La base de l'organisation sociale et politique chez les Gitxsan est appelée *wilp* (la Maison) et elle est généralement constituée des membres de la famille immédiate issus du côté de la mère (Mills, 2008 : 85). Chaque *wilp* détient un territoire spécifique avec lequel il entretient une relation spéciale et unique (Daly, 2005 : 158). Chaque *wilp* est représenté par un chef héréditaire, qui se voit attribuer le nom « Delgamuukw » et qui est aussi responsable de l'entretien de son territoire et de ses habitants (Daly, 2005 : 164). Le chef héréditaire du *wilp* ne peut que représenter les membres de sa Maison, sauf si une situation urgente et extraordinaire se présente, et peut seulement agir comme représentant de manière temporaire (Daly, 2005 : 159). Évidemment, cette norme établie dans l'univers juridique gitxsan crée une situation volatile avec les membres du conseil de bande, élus sous les dispositions de la *Loi sur les Indiens*, mais qui n'ont pas la « légitimité » de représenter les membres de la nation selon la loi gitxsan (Daly, 2005 : 159).

Sur un plan plus large, l'organisation des *wilp*, de la nation gitxsan, se retrouve à être divisée entre quatre clans : *Lax Se'el* (clan de la Grenouille), *Lax Gibuu* (clan du Loup), *Gisk'aast*

(clan de l'Épilobe) et *Lax Xskiik* (clan de l'Aigle) (Daly, 2005 : 158-159). Les quatre clans sont représentés avec l'aide de divers écussons uniques et de mâts totémiques, représentant chacun des clans respectifs et leur attachement au signe qui les représente (Daly, 2005 : 158-159). Il n'existe pas de grand chef pour les clans, mais il y existe un ordre de préséance au sein des collectivités où un *wilp*, ou clan, prédomine (Delgamuukw c. Colombie-Britannique, 1997 : par. 12).

En termes de la propriété, c'est important de préciser que le *wilp* ne détient pas l'autorité absolue sur tous les biens et possessions de ses membres : c'est seulement dans un contexte de célébration que le *wilp* exerce son autorité morale pour amener ses membres à contribuer au partage de certaines de leurs ressources matérielles et financières (Daly, 2005 : 165). Pour les célébrations, il existe deux types de cérémonie ; *li'ligit* et *yukw* (Daly, 2005 : 168).

La première célébration fait référence à un festin typique et commun regroupant les membres de divers *wilp* et dans lequel de la nourriture est offerte aux invités, bien qu'aucune offrande ou décision importante ne soient attendues de la part des hôtes (Daly, 2005 : 168). Le deuxième contexte pour les célébrations, le *yukw*, est celui où les décisions importantes sont prises par rapport au territoire et aux relations entre Maisons et où les offrandes, pour les invités, sont attendues (Daly, 2005 : 168). Donc, on peut comprendre l'importance politique du *yukw* et son rôle en tant que système foncier pour la nation Gitksan.

## **Adwaak**

Parmi les caractéristiques qui définissent chaque *wilp*, l'un des éléments les plus importants est le *adwaak* (Daly, 2005 : 251). Collectivement, chaque *wilp* possède son *adwaak* qui, en outre, représente le lien historique qui unit chaque *wilp* à son territoire (Mills, 2008 : 85). De manière simple, le terme *adwaak* fait référence à : « un collectif d'histoires, communiquées de manière

orale et qui appartiennent exclusivement à un groupe de parenté matrilineaire, communément appelé la Maison (*Wilp*) » [notre traduction] (Napoleon, 2019: 3). Mais, comme nous le verrons prochainement, *adwaak* représente une notion beaucoup plus importante pour le peuple Gitxsan et ne peut être définie simplement comme une collection d’histoires orales.

Comme mentionné, le « *adwaak* » appartient à chaque *wilp* (Maison) et possède son histoire spécifique (Mills, 2008 : 85). Mais encore plus, le *adwaak* raconte l’histoire des relations entre *wilp*, les conflits entre les différentes communautés avoisinantes, les frontières de chaque *wilp*, la relation qu’ils entretiennent avec le territoire, les comportements à éviter ainsi que les conséquences qui y sont attachées, leur responsabilité envers l’environnement et ses animaux, etc. (Mills, 2008 : 90-91). Sans *adwaak*, un chef ne peut pas être véritablement considéré comme « chef » de son *wilp* et n’est pas perçu comme le propriétaire de son territoire (Daly, 2005 : 251).

C’est dans le contexte cérémonial du *yukw* (festin), où le chef et son *wilp* accueillent les membres des autres Maisons, que le *adwaak* entreprend sa fonction politique et juridique (Daly, 2005 : 160). Pendant le *yukw*, le chef hôte récite le *adwaak* de sa Maison, définissant les endroits de pêche et de chasse, les limites du territoire, l’histoire du *wilp*, etc. (Daly, 2005 : 251). Les autres chefs y sont présents pour écouter et valider – ou invalider – le *adwaak* récité par la Maison hôte (Mills, 2008 : 70). De cette manière, on peut en conclure que le *adwaak* agit comme un système de droit foncier et est une expression de leur souveraineté, car il répartit le territoire et doit absolument être reconnu au sein de la communauté plus large.

Dans le contexte du *yukw*, il est évident que le *adwaak* entreprend une fonction de gouvernance chez le peuple Gitxsan; il rend légitime le chef de la Maison, définit les frontières de chaque *wilp* et peut même aider à la résolution de conflits (Mills, 2008 : 70). En plus de cela, le

*adwaak* démontre la continuité de la relation territoriale que chaque *wilp* entretient, car il contient des références géographiques qui sont propres au territoire gitxsan (Daly, 2005 : 251).

Par exemple, l'un des *adwaak* qui fut présenté à la cour raconte l'histoire d'un groupe de chèvres de montagne qui invita le peuple Gitxsan à partager un festin (Mills, 2008 : 29). Durant le festin, les invités n'ont pas respecté les chèvres de montagnes et ont continué de les tuer sans scrupule, comme ils le faisaient avant d'être invités au festin (Mills, 2008 : 29). Comme conséquence vis-à-vis de ce comportement irrespectueux, les chèvres ont déclenché un glissement de terrain et ont fait tomber une partie de la montagne *Stekyooden* (Mills, 2008 : 29). De nos jours, la montagne *Stekyooden* est connue sous le nom de « Skeena » et fait partie du territoire traditionnel des Gitxsan (Mills, 2008 : 29).

Parallèlement, cette reconnaissance des récits oraux ayant un attachement géographique est même soulignée au travers du jugement Delgamuukw :

« [...] comme l'a souligné la Commission royale sur les peuples autochtones, les récits oraux sont généralement associés à des lieux précis et font allusion à des familles et à des collectivités précises, et peuvent, par conséquent, ne pas être connus à l'extérieur de cette collectivité, même par d'autres nations autochtones » (Delgamuukw c. Colombie-Britannique, 1997 : par. 106).

Bref, le but ici était de comprendre que le *adwaak* contient des références géographiques qui situent, d'un point de vue historique et géographique, la présence continue du peuple Gitxsan dans la région. De plus, le *adwaak* demeure un élément important et sacré pour le *wilp*, étant donné qu'il est seulement récité dans des occasions spécifiques et seulement par le chef de la Maison.

Maintenant que nous avons fait un survol rapide des éléments clés du système juridique et politique de la nation Gitxsan, nous pouvons poursuivre avec l'élaboration de notre cadre

théorique, qui nous fournira les outils analytiques nécessaires pour répondre à notre question de recherche.

## **Le pluralisme juridique**

Depuis les années soixante-dix, le thème du pluralisme juridique domine les sujets de discussion au sein de l'anthropologie juridique (Rouland, 1988 : 44). La théorie repose, en fait, sur la remise en cause de la prétention que l'État détient le monopole de la production du droit et, donc sur la disjonction de la normativité juridique et de l'organisation étatique (Otis, 2012, Lebel-Grenier, 2002). En d'autres mots, cette théorie doit son émergence à la contestation du droit étatique comme étant la seule forme de droit légitime et vise à rendre compte de la complexité du droit avec une analyse qui est fondée sur la source originale du phénomène juridique, c'est-à-dire la régulation (Lebel-Grenier, 2012 : 16).

Le cadre théorique qu'offre le pluralisme juridique nous permet de voir les différentes sources de loi, qui ne découlent pas forcément de l'État et de ses institutions formelles. On peut en retrouver dans plusieurs sphères sociales, mais aussi dans certains éléments culturels qui caractérisent une nation telle que *adwaak* pour le peuple Gitksan (Borrows, 2010 : 35). De plus, ceci nous permet d'analyser comment ces groupes sont capables d'incorporer certains éléments de différentes traditions légales, pour ensuite formuler un argument qui contient plus qu'une source de droit. Ceci est particulièrement important dans le contexte de cette recherche, car encore à ce jour, l'État est souvent dans une position de supériorité dans l'application de la loi (Merry, 1988 : 874).

Poursuivant sur ce point de rapport de domination par l'État, il n'est pas tout à fait surprenant de voir que certains groupes décident de se lancer dans des litiges au sein des cours de

l'État en ayant comme objectif d'aller chercher une reconnaissance étatique de leur ordre juridique (Otis, 2011). Comme Ghislain Otis le note, cette reconnaissance étatique peut agir comme un bouclier devant les entraves potentielles que l'État ou ses institutions pourraient commettre à l'avenir (Otis, 2011 : 576).

Toutefois, l'histoire nous illustre que, généralement, quand le rapport est de nature coloniale, la reconnaissance étatique des ordres juridiques autochtones tombe dans une logique hiérarchique avec le droit étatique occupant la plus haute position (Otis, 2011 : 577). De plus, la reconnaissance étatique d'un élément juridique de « l'autre » est généralement seulement faite si la différence culturelle ne pose pas un enjeu considérable aux normes établies dans le droit étatique (Simpson, 2014 : 20). Ceci est encore plus évident pour notre recherche vu les difficultés inhérentes pour les juges d'admettre le *adwaak*, un récit oral, comme preuve ayant la même valeur que les preuves écrites :

*« Ils ont invoqué ces récits, pour tenter d'établir leur occupation et leur utilisation du territoire contesté, condition essentielle à l'existence du titre aborigène. Après avoir refusé d'admettre ces récits oraux ou de leur accorder quelque valeur probante indépendante que ce soit, le juge de première instance est arrivé à la conclusion que les appelants n'avaient pas démontré l'existence du degré d'occupation requis du territoire pour fonder la «propriété» de celui-ci. Si le juge du procès avait apprécié correctement les récits oraux, ses conclusions sur ces questions de fait auraient pu être très différentes » (Delgamuukw c. Colombie-Britannique, 1997 : par. 107).*

Donc, dans les contextes où l'hégémonie coloniale et/ou postcoloniale ne peut être dépassée, la reconnaissance étatique des ordres juridiques autochtones risque d'entraîner une dépossession culturelle et une perte d'autonomie gouvernementale pour ces groupes autochtones (Otis, 2011 : 577). En revanche, on ne peut qu'imaginer comment ressemblerait un monde où les systèmes juridiques autochtones cessent d'être mis à la marge du droit étatique et opère plutôt dans une pluralité juridique qui réconcilie droit étatique et droit des Premières nations.

Mais, pourquoi utiliser une approche pluraliste comme cadre théorique pour ce projet de recherche? La réponse à cette question se retrouve dans l'arsenal des procédés coloniaux de la subordination des cultures juridiques, qui sont désormais mis en lumière avec l'aide des analyses pluralistes (Otis, 2012). Pour être plus précis, il y a environ sept procédés qui décrivent comment l'État postcolonial subordonne le droit non étatique : *édicter* le droit de l'autre, *écrire* le droit de l'autre, *dire* le droit de l'autre, *contraindre* le droit de l'autre, *refouler* le droit de l'autre, *suppléer* le droit de l'autre et finalement *dévaloriser* le droit de l'autre (Otis, 2012 : 13-15). Bien qu'on pourrait définir chaque procédé et analyser comment ceux-ci s'extrapolent à notre analyse du cas Delgamuukw, nous allons seulement utiliser trois d'entre eux, soit le *dire*, *refouler* et *dévaloriser*.

#### « Dire le droit »

Premièrement, *dire*, dans le cadre théorique du pluralisme juridique, fait référence à l'État qui confie l'interprétation et l'application du droit de l'autre aux juges et fonctionnaires étatiques (Otis, 2012 : 14). En ce qui concerne notre projet de recherche, il est évident que les cours canadiennes continuent de faire ceci, spécialement dans leur interprétation du *adwaak* : un élément important issu du droit gitxsan (Mills, 2008. Daly, 2005). Le juge de première instance, en plus d'avoir négligé l'importance du *adwaak* dans le système juridique gitxsan, a mal interprété cet élément juridique et s'est trop attardé à son caractère mythique et légendaire pour ensuite le réfuter comme preuve valable :

« Même si, plus tôt, dans sa décision sur l'admissibilité, il avait reconnu qu'il était impossible de séparer facilement les aspects mythologiques des aspects [traduction] «réels» de ces récits oraux, il a écarté l'*adwaak* et le *kungax* parce qu'ils n'étaient pas «littéralement vrais», qu'ils mélangeaient «les faits et les croyances», qu'ils «comportaient des éléments qui pourraient être qualifiés de mythologiques» et qu'ils évoquaient une «vision romanesque» de l'histoire des appelants » (Delgamuukw c. Colombie-Britannique, 1997 : par. 97).

En d'autres mots, après avoir écouté les appelants réciter leurs *adwaak*, seulement le juge pouvait décider du poids qu'il donnerait à cette preuve et seulement son interprétation de celle-ci constituerait la base du jugement final. Comme on le constate au travers de l'interprétation du juge, *adwaak* pour lui n'était pas perçu comme une composante intégrale du droit gitxsan. Selon le juge, *adwaak* n'a pas sa place comme preuve d'une histoire réelle entre le *wilp* et son territoire. L'interprétation de ce juge réduit l'importance épistémologique des valeurs et normes juridique, qui sont transmises à travers du *adwaak*, en l'analysant de manière trop littérale au lieu de l'adresser dans son contexte de souveraineté où *adwaak* entreprend une fonction juridique et politique (Cruikshank, 1992 : 26).

Si l'interprétation du *Adwaak* avait été confiée à quelqu'un qui s'y connaît dans les traditions juridiques des Gitxsan, comme le chef du *wilp*, on aurait pu comprendre que le *adwaak* contient une composante légale, qui : définit les frontières du *wilp*, dicte comment certaines transgressions devraient être résolues, comment les activités de subsistance devraient être accomplies, etc. (Mills, 2008 : 68).

### « Refouler le droit »

Deuxièmement, *refouler* ici fait référence à l'éviction de tout droit non étatique par l'imposition d'un droit étatique commun à tous et qui prime sur toute autre forme de droit (Otis, 2012 : 14). Ce procédé, presque tous les États coloniaux en sont coupables, vu l'imposition de leur système juridique occidental, au détriment de ceux qui existaient bien avant son arrivée (Otis, 2012 : 14). En ce qui concerne notre recherche, il est assez évident que le gouvernement canadien et la Couronne ont tenté, à plusieurs reprises, d'imposer leur droit étatique sur les peuples autochtones (Mills, 2008. Borrows, 1999).

Par exemple, jusqu'en 1951, le *Code criminel* canadien interdisait toutes les cérémonies rituelles autochtones, ce qui incluait le *yukw* et, ainsi, empêchait officiellement le peuple des Gitksan d'exercer une partie importante de leur ordre juridique et politique :

*« Le signe le plus important du lien spirituel entre les différentes maisons et leur territoire est la salle des célébrations [...] Ces célébrations ont une fin rituelle, mais elles sont aussi l'occasion de prise de décisions importantes. Le juge de première instance a également souligné que, jusqu'en 1951, le Code criminel interdisait les cérémonies rituelles autochtones »* (Delgamuukw c. Colombie-Britannique, 1997 : par. 14).

Prenons un autre exemple, sorti de l'arrêt Delgamuukw, qui illustre la manière dont le juge en chef McEachern « *refoule* » le droit autochtone en stipulant que les droits ancestraux ne sont pas des droits de propriété, mais des droits « personnels et usufruitaires, tributaires du bon vouloir du souverain » :

*« Il était convaincu que, au moment de l'affirmation de la souveraineté par les Britanniques, les ancêtres des appelants vivaient dans leurs villages en bordure des grandes rivières, dans une forme de société communautaire. Il était convaincu qu'ils occupaient et possédaient des sites de pêche et les terres adjacentes, comme leurs ancêtres l'avaient fait pour y chasser et y cueillir ce dont ils avaient besoin pour assurer leur subsistance. Cependant, il n'était pas convaincu qu'ils étaient propriétaires de l'ensemble du territoire, dans quelque sens qui serait reconnu par le droit »* (Delgamuukw c. Colombie-Britannique, 1997 : par. 17).

Ce genre d'argument est hautement problématique, et ce, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, le fait que le juge assume que la nation gitksan formait simplement une forme de société communautaire, dénuée de toute forme de droit, perpétue les stéréotypes évolutionnaires voulant que les sociétés autochtones n'étaient pas complexes ou aussi développées que les sociétés occidentales. Avec ce genre d'affirmation, on perpétue l'image stéréotypée des « Indiens » et l'idée que ceux-ci n'ont pas une position assez élevée dans l'échelle évolutionnaire pour posséder les capacités d'appliquer un système juridique et politique au sein de leur communauté.

De plus, le fait que le juge suggère que leurs ancêtres chassaient et cueillaient seulement pour assurer leur subsistance va à l'encontre de plusieurs experts, anthropologues ou historiens qui ont témoigné pendant le procès (Mills, 2008 : 67). Par exemple, dans son ethnographie, Patricia Dawn Mills explique que, au sein de la communauté des Gitxsan, le surplus de fourrure est généralement donné comme cadeau aux invités du festin ou même utilisé à des fins de jeu (2008 : 67). En outre, ceci démontrerait que la nation Gitxsan ne chassait et ne cueillait pas simplement « pour assurer leur subsistance », mais qu'ils utilisent ce surplus de fourrure comme commodité commerciale. Malheureusement, l'argument du juge de première instance a été repris par les juges de la CSC :

*« Le trappage des fourrures à des fins commerciales n'était pas une pratique autochtone, mais plutôt une pratique qui a été induite par le contact avec les Européens » (Delgamuukw c. Colombie-Britannique, 1997 : par. 11)*

Bref, le point ici est de comprendre que l'État ne « *refoule* » pas simplement le droit autochtone en imposant leur droit étatique. Parfois l'État peut systématiquement réduire la complexité des sociétés autochtones, de sorte qu'elle peut « assumer » que ces dernières sont tellement peu évoluées qu'il serait pratiquement impossible qu'elles possèdent les notions et les capacités pour l'application d'un type de droit.

Comme nous le verrons prochainement, l'État canadien (incluant la Colombie-Britannique) a aussi eu plus d'une opportunité d'établir une relation harmonieuse entre le droit gitxsan et la *Common law* canadienne (Mills, 2008 : 28). Cependant, comme tout projet colonial, l'intention n'était pas d'établir une relation harmonieuse, mais plutôt celle qui visait une assimilation complète, ou autrement dit, un génocide culturel, des peuples autochtones.

## « Dévaloriser le droit »

Dernièrement, *dévaloriser* dans ce cadre-ci fait référence à la dévalorisation du droit de l'autre en privilégiant l'option qui est en faveur du droit étatique, au détriment du droit non étatique (Otis, 2012 : 15). L'exemple couramment utilisé pour illustrer ceci est la législation, car la législation agit dans un sens unique où un individu se voit soumis au droit étatique et ne peut pas opter de se soumettre au droit non étatique (Otis, 2012 : 15) :

*« Lorsque la Couronne a imposé le droit anglais à tous les habitants de la colonie et lorsque la Colombie-Britannique est entrée dans la Confédération, les autochtones sont devenus assujettis aux pouvoirs législatifs du Canada (et de la province). Pour ce motif, la revendication relative à la compétence a été rejetée »* (Delgamuukw c. Colombie-Britannique, 1997 : par. 34).

Comme on le constate, l'imposition du droit étatique sur les peuples autochtones fut une action considérée normale et incontestable pour ces juges. Dans cette situation, le peuple des Gitksan fut tenu d'adhérer aux lois et principes de la *Common Law* canadienne sans qu'il ne puisse faire autrement. Les juges ne se questionnent même pas par rapport à cette affirmation reconnaissant que la Couronne avait un droit légitime de se déclarer souverain.

De plus, en se soumettant au droit étatique, l'individu ou le groupe, implicitement, offre une certaine reconnaissance de légitimité envers l'État (McCreary, 2014 : 72). Cependant, dans le contexte des revendications territoriales des peuples autochtones, le fait de porter un litige au sein des cours de l'État peut aussi être vu comme une fonction qui tente de redéfinir la relation entre l'autorité coloniale et les autochtones (McCreary, 2014 : 72).

Sylvie Poirier (2000) qualifie ce genre de scénario comme étant une forme de « contemporanéité », qu'elle décrit comme étant les dynamiques entre l'État colonial et le peuple autochtone, et comment ce dernier s'adapte aux réalités imposées du monde occidental tout en

gardant ses motivations et ses identités culturelles (139-140). Autrement dit, il s'agit de comprendre que les peuples autochtones, spécialement dans le contexte des revendications territoriales, utilisent les cours canadiennes comme moyen de dialoguer avec l'État pour la reconnaissance de certains de leurs éléments juridiques et culturels.

En ce qui concerne notre recherche, nous analyserons comment l'imposition des critères pour la revendication du titre aborigène répète ce processus de « dévalorisation », puisque les groupes autochtones qui revendiquent ce titre se voient automatiquement obligés de se conformer à des critères établis par l'État Canadien et qu'ils doivent faire cette réclamation dans le contexte juridique de la *Common law*.

Parallèlement, avec l'aide des concepts et idées développés par l'anthropologue Michael Asch (1999) et de la juriste Catherine Bell (Asch et Bell, 1993), nous examinerons aussi comment les critères pour les revendications du titre aborigène sont imprégnés de notions et de conceptions euro et ethnocentriques. Ces critères propagent, implicitement, une vision évolutionnaire des sociétés autochtones, en les situant au bas de l'échelle évolutionnaire indiquant ce à quoi devrait ressembler une « civilisation ».

Avec ce dernier point, nous pouvons passer à l'élaboration de notre cadre théorique du colonialisme d'occupation, qui nous fournira des outils analytiques pour comprendre comment et pourquoi les institutions juridiques canadiennes, telles que les cours, continuent de subordonner les ordres juridiques autochtones.

### **Le colonialisme d'occupation**

Pour un certain nombre d'individus, l'époque de la colonisation, avec ses atrocités et ses épisodes de violence, est seulement une relique d'un passé sombre qui n'est plus du tout présent

de nos jours. Cependant, plusieurs auteurs et anthropologues dénoncent cette fausse affirmation et démontrent plutôt que le colonialisme s'est adapté aux réalités contemporaines pour devenir quelque chose de nouveau, c'est-à-dire le colonialisme d'occupation (Blackburn, 2019; Poirier, 2000; Simpson, 2011, 2014; Wolfe, 2006; Young, 2011).

Commençons avec cette fameuse citation de Patrick Wolfe (2006), qui décrit le colonialisme d'occupation comme étant une structure, et non un événement (387). Ce que ceci laisse entendre est que le colonialisme d'occupation n'est pas simplement un événement précis, tel qu'une guerre ou un conflit en particulier, mais est plutôt une structure, typiquement entretenue par les institutions étatiques, qui perpétuent l'objectif colonialiste d'éliminer ou d'assimiler les peuples autochtones (Wolfe, 2006). Pour Wolfe (2006), ceci constitue une forme de génocide : on élimine une population pour être capable d'en instaurer une complètement nouvelle et différente.

L'accès au territoire demeure l'élément critique du colonialisme d'occupation, car l'objectif de ce dernier est d'acquérir la possession du territoire pour l'établissement des colonies et procéder à l'extractivisme des ressources primaires (Blackburn, 2019; Shapiro, 2001; Simpson, 2011; Wolfe, 2006). Pour être en mesure de posséder ce territoire, l'État colonial doit forcément déposséder les habitants originaux. Puisque ces derniers refusent de céder leurs terres, l'État colonial doit envisager une disparition de ces peuples autochtones.

De nos jours, cette disparition est alimentée par l'imposition du droit étatique et la subordination des ordres juridiques autochtones (McCreary, 2014). Nous pourrions explorer ceci davantage dans les pages qui suivent, portant sur l'objectif de la dépossession territoriale et la façon dont celle-ci se matérialise au travers du jugement de la CSC Delgamuukw (1997).

Cette forme d'oppression vécue par les peuples autochtones n'est pas simplement causée par les mauvaises intentions d'un tyran; elle est perpétuée et soutenue par des normes, pratiques et politiques, rarement contestées, qui régissent les règles institutionnelles de l'État (Young, 2011 : 41). Pour développer davantage sur ceci, Iris Young propose cinq catégories d'oppression : l'exploitation, la marginalisation, l'impuissance, l'impérialisme culturel et la violence (Young, 2011 : 40).

Pour ce qui est de notre projet de recherche, nous allons seulement utiliser trois des cinq catégories soit : l'impuissance, la violence et l'impérialisme culturel. Le but de ceci est d'illustrer comment le droit étatique perpétue l'oppression et la suppression des peuples autochtones et leurs systèmes juridiques.

### **L'impuissance et la violence**

Premièrement, l'impuissance ici fait référence aux groupes marginalisés qui n'ont pas d'autorité, de statut ou de pouvoir politique suffisants quant à la prise de décisions qui les concernent directement (Young, 2011 : 57). Autrement dit, l'impuissance montre que certains groupes détiennent le pouvoir, tandis que d'autres non, ce qui crée la relation de dominant/dominé. Par exemple, en ce qui concerne notre projet de recherche, l'impuissance peut être illustrée à travers l'obligation, pour les peuples autochtones, d'adhérer aux décisions rendues dans le jugement des cours étatiques. Sans cela, ils risquent une intervention musclée de la part de l'État, pour renforcer et appliquer sa décision.

Dans ce genre de scénario, les appelants autochtones n'ont pas d'autre choix que de choisir un litige dans les cours canadiennes, concernant leurs revendications territoriales, car c'est l'État qui détient l'autorité décisionnelle et le pouvoir d'appliquer ces décisions par les forces de l'ordre.

Sans cela, aucune de leur décision quant à la délimitation territoriale ne sera reconnue de manière officielle et renforcé par la suite. Donc, l'impuissance, dans le contexte de cette recherche, montre à quel point les appelants autochtones n'ont pas eu d'autre choix que de plaider leur cause devant l'État, en espérant que celui-ci leur donnera une décision favorable.

Conjointement, la deuxième catégorie d'oppression, telle que définie par Iris Young (2011), fait référence à la violence. Bien que ce concept puisse être familier pour tout le monde, les conversations contemporaines de justice vont rarement porter sur ce sujet, car la violence dirigée vers un groupe spécifique peut être tellement institutionnalisée et systémique qu'on tolère certaines pratiques violentes en les jugeant comme étant nécessaires (Young, 2011 : 63). Les méthodes utilisées pour accomplir ceci, en outre, peuvent être largement attribuées aux stéréotypes et aux perceptions culturelles erronées concernant les peuples autochtones, qui sont perpétués au sein de la société dominante (Young, 2011 : 63).

À titre d'exemple pour cette catégorie, nous n'avons pas besoin de regarder bien loin : l'intervention et les arrestations musclées des manifestants anti-oléoduc, par la GRC, nous prouvent à quel point l'État colonial a réussi à normaliser, dans l'ère contemporaine, la dépossession territoriale des peuples autochtones. Bref, on remarque que cette violence est vue, par la population, comme une réaction « normale » de l'État; couplée au fait que les peuples autochtones se retrouvent dans une situation « d'impuissance » face à l'État.

### **L'impérialisme culturel**

Le troisième concept développé au sujet des cinq dimensions de l'oppression se trouve à être l'impérialisme culturel. L'impérialisme culturel est décrit comme étant l'universalisation des expériences, des perspectives, des normes et de la culture du groupe dominant, qui se comprend

comme étant représentatif de l'humanité (Young, 2011 : 59). En d'autres mots, c'est l'imposition des valeurs et des idéologies du groupe dominant sur le reste des gens sans égard à la façon dont cette imposition néglige les différentes perspectives et crée une espèce d'invisibilité chez le groupe dominant, une invisibilité qui s'illustre par la négation des particularités culturelles qui sont ancrées dans leur perspective et vision du monde (Young, 2011 : 60).

Pour ce qui est de notre projet de recherche, la dimension de l'impérialisme culturel peut être remarquée au travers des conceptions euro et ethnocentrique des juges par rapport à l'interprétation des preuves et des exigences requises pour les revendications du titre aborigène. À titre d'exemple, examinons un passage du jugement de la CSC concernant l'interprétation des preuves soumises de la part des appelants pour prouver l'importance du *yukw* quant à sa fonction politique et foncière :

*« Même si le juge en chef McEachern a reconnu l'importance sociale de la pratique des célébrations et son évolution depuis ses premières manifestations, il n'a pas accepté le rôle qu'on lui attribuait dans la gestion et l'attribution des terres, particulièrement après le début du commerce des fourrures. Le juge en chef McEachern a conclu ainsi, à la p. 383: [traduction] «je ne peux inférer de la preuve que les Indiens possédaient ou contrôlaient une partie quelconque du territoire, à l'exception du site des villages, et qu'ils l'utilisaient d'une manière qui justifierait une déclaration équivalente au droit de propriété » (Delgamuukw, 1997 : par. 18).*

Comme on peut le voir, même après avoir reçu l'explication du rôle du *yukw* comme fonction politique et sociale, le juge en chef a systématiquement refusé de lui accorder sa juste valeur et a écarté cette preuve d'un système foncier chez les Gitksan. Pour lui, le peuple gitksan ne détenait pas les capacités organisationnelles et juridiques suffisantes pour être considéré comme une société qui applique le droit de propriété.

Bref, l'intention ici est de démontrer à quel point l'impérialisme culturel est présent dans l'interprétation des juges, car ils négligent l'importance et la légitimité des systèmes fonciers qui ne sont pas quasi-identiques à ceux des occidentaux.

Avec cette explication et cette définition de notre cadre théorique, et de ses outils analytiques, nous pouvons désormais entamer notre prochaine section de ce premier chapitre.

### ***Ayooks [de] Naa hlimoot'* (lois de partage) : une première tentative pour la pluralité juridique**

Je tiens à situer cette recherche dans un contexte historique spécifique de colonisation en Colombie-Britannique, car cela nous aidera à comprendre que le cas *Delgamuukw c. Colombie-Britannique* (1997) doit son émergence à une série d'échanges et de conflits entre le peuple des Gitxsan, la Couronne, le gouvernement provincial et celui du fédéral (Mills, 2008).

Tout d'abord, il est important de comprendre que les principes d'allocation de territoire et de gestion des ressources représentent une partie fondamentale de l'univers juridique gitxsan; ces principes – et les normes qui les accompagnent – sont extensivement détaillés et définis dans leurs « *Ayooks [de] Naa hlimoot'* » (Mills, 2008 : 24). Ce corpus juridique gitxsan est constitué de normes, de règlements et de lois qui régissent les obligations de partage, principalement autour des ressources naturelles, et définit ce qui est attendu de chaque individu de la communauté (Mills, 2008 : 18). Le but de ces lois est d'assurer la subsistance des activités territoriales, telles que la chasse et la pêche, pour les futures générations (Mills, 2008 : 24).

Le chef d'une Maison (*Wilp*) peut donner un accès privilégié au territoire et à ses ressources si l'intention et le but de cet accès sont conformes aux principes et aux protocoles établis dans leurs lois de partage (Mills, 2008 : 24). De plus, le Canada aurait pu être assuré que le système de gouvernance du peuple des Gitxsan allait adhérer à leur principe de démocratie libérale, puisque

les processus de prise de décision nécessitaient la participation des membres de la communauté (Mills, 2008 : 24). Mon point ici est simplement de démontrer que, dès le début, une relation saine, équitable et qui vise le respect de pluralités juridiques aurait pu être atteignable. Mais, comme l'histoire le montre, la colonisation n'avait pas en tête un projet de pluralité juridique et équitable.

Débutons avec les premiers contacts entre le peuple des Gitksan et les marchands de la compagnie Baie d'Hudson, généralement perçus comme une période relativement bonne et fructueuse, au sens du gain monétaire, pour chacun des groupes (Mills, 2008 : 30). Se déroulant environ entre les années 1747-1862, la relation entre le peuple des Gitksan et les nouveaux arrivants fut largement motivée par le commerce de fourrures, d'outils, ou encore de vêtements, et les profits qui accompagnaient ces échanges (Mills, 2008 : 33). Puisque le nombre de nouveaux arrivants était assez limité et que ceux-ci se retrouvaient contraints d'habiter à l'intérieur des forts, leur présence était bienvenue par les peuples autochtones, car l'économie régionale en bénéficiait (Mills, 2008 : 33). Bref, l'objectif des colons de cette époque n'était pas forcément concentré sur l'acquisition et le contrôle du territoire, mais plutôt sur la traite avec les peuples autochtones.

Toutefois, le peuple des Gitksan tenait à appliquer son système juridique et de gouvernance sur son territoire, spécialement en matière d'entrée et d'utilisation du territoire (Mills, 2008 : 34). C'est aussi à ce moment que les marchands ont vite compris qu'ils devaient adhérer et respecter les principes, normes et protocoles établis dans le système juridique gitksan, sans quoi ils avaient difficilement accès à ce peuple et encore plus de difficulté à échanger avec lui (Mills, 2008 : 31).

Par exemple, certains guides-chasseurs des nations avoisinantes refusaient systématiquement de franchir les frontières du territoire gitksan si les marchands qu'ils accompagnaient n'avaient pas reçu une autorisation formelle du chef de la Maison (*Wilp*) (Mills, 2008 : 31). De même qu'un marchand de la Baie d'Hudson, William Brown, en 1826, décrit le

peuple des Gitxsan comme étant des « hommes de propriété » dû à la délimitation et à l'usage exclusif de leur territoire (Mills, 2008 : 31). Bref, le point étant de voir que les concepts de souveraineté, d'occupation et d'application du droit sont bel et bien présents chez le peuple gitxsan, et ce, depuis longtemps avant l'arrivée des Européens.

### **Début des tensions et conflits entre Gitxsan et *Lixs giigyet* (nouveaux arrivants)**

Cette période de croissance économique régionale, généralement positive, prit fin vers 1871 avec l'émergence de conflits entre le droit gitxsan et la nouvelle application de la *Common law* canadienne sur le territoire (Mills, 2008 : 33). En voyant comment certaines parties de leur territoire étaient utilisées et données arbitrairement aux colons, le peuple des Gitxsan comprit que ces derniers ne respectaient pas leur « *Ayook* » et tentaient d'imposer leurs lois sur un territoire qui ne leur appartenait pas (Mills, 2008 : 34). La tension était très présente entre les colons et le peuple gitxsan, elle fut amplifiée par une série de conflits, de blocus navals et plus encore avec l'homicide d'un marchand britannique : une mort qui, d'ailleurs, fut justifiée selon le droit gitxsan (Mills, 2008 : 36).

Désormais, le petit nombre de colons et marchands qui, jadis, étaient seulement de passage dans la région, n'était plus la réalité : la Couronne, avec la province de la Colombie-Britannique, envoyait de plus en plus de colons pour s'installer de façon permanente dans le territoire gitxsan (Mills, 2008 : 38). Sans aucune consultation et en évitant carrément la question du titre aborigène, même si ce dernier avait été officiellement reconnu avec la *Proclamation Royale de 1763*, le gouvernement de la Colombie-Britannique continua d'envoyer des gens s'installer dans le territoire gitxsan (Mills, 2008 : 44).

Bien que le peuple des Gitxsan ait tenté de faire respecter ses lois sur le territoire, c'était la loi de la Couronne, et plus particulièrement celle de la province, qui dominait l'ensemble de la région. De même, pour essayer de contrôler les revendications politiques et territoriales des Premières nations, le gouvernement provincial appliqua certaines législations qui excluaient explicitement la participation des « Indiens » au sein de la politique de l'État (Mills, 2008 : 45). Bref, l'objectif était de mettre ces Premières nations à l'écart pour que le projet de colonisation puisse continuer sans entraves ou résistance des peuples autochtones.

Ce qui s'ensuit fut une multitude de commissions, comme celle de McKenna-McBride de 1912, qui ont toutes eu l'objectif de tracer et de définir les contours des réserves indiennes attribuées aux Premières nations de la région par la Couronne et le gouvernement provincial (Mills, 2008). En plus de ceci, ces commissions ont même explicitement refusé d'aborder la question du titre aborigène, ce qui n'est pas si surprenant si l'on comprend que la position du gouvernement provincial était de prendre possession du territoire, même si certaines parties étaient officiellement considérées comme faisant partie d'une réserve (Mills, 2008 : 53). La vision coloniale à l'époque stipulait que les peuples autochtones n'avaient pas besoin de grands espaces pour continuer leurs activités quotidiennes, comme la pêche et la chasse, et que ces activités n'étaient pas conflictuelles avec celles des nouveaux arrivants, qui se voulaient principalement des activités minières et forestières (Mills, 2008 : 52).

Une dernière tentative, de la part du peuple gitxsan, fut soumise au gouvernement canadien, en 1927, pour qu'il ouvre la discussion sur la question du titre aborigène (Mills, 2008 : 54). Cependant, celle-ci fut refusée, car le Canada croyait avoir répondu à ses obligations légales en ce qui concerne la question du titre aborigène (Mills, 2008 : 54). Selon l'État, puisque les Premières nations avaient accepté le système de réserves, avec l'aide financière qui l'accompagne, et qu'elles

avaient encore leurs droits de chasse et pêche sur le territoire, la question du titre aborigène était résolue (Mills, 2008 : 54). En somme, l'attitude et le non-respect du droit gitxsan de la part du gouvernement provincial, fédéral et de la Couronne envers le peuple des Gitxsan a préparé la scène pour le cas *Delgamuukw c. Colombie-Britannique* (1997).

## Chapitre 2

### Le cas *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*

Débutant en 1987, le cas *Delgamuukw c. Colombie-Britannique* fut le résultat des échecs des négociations précédentes entre le peuple gitxsan et le gouvernement provincial en ce qui concerne l'autorité sur le territoire (Mills, 2008 : 65). On mentionne explicitement dans le discours d'ouverture que les appelants réclamaient une intégration du droit gitxsan (*ayook*) dans la sphère judiciaire canadienne et stipulaient que leur titre aborigène sur le territoire n'avait pas été éteint par la Couronne ou la province de la Colombie-Britannique (Mills, 2008 : 55-56). En outre, les appelants souhaitaient avec ce litige que leur gouvernance soit reconnue et légitimée par l'État, qu'ils aient un rôle important à jouer dans la gestion de ressources et qu'ils puissent délimiter et contrôler l'accès au territoire (Mills, 2008 : 56).

La position des Gitxsan concernant leurs droits et leur titre aborigène était assez simple : puisqu'ils n'ont pas formellement cédé leur titre aborigène à la Couronne, au moment de l'énonciation de la souveraineté, ce titre leur appartient encore et il est vivant (Mills, 2008 : 57). Cela voudrait dire que chaque chef de *wilp* possédait la juridiction et la compétence sur l'ensemble de leur territoire. Ce procès fut une opportunité pour exiger au Canada, et subséquemment à la Colombie-Britannique, d'agir sur leurs obligations définies par la *Proclamation Royale de 1763* et de reconnaître officiellement le titre aborigène qui est détenu par le peuple des Gitxsan.

De plus, leur motivation pour poursuivre ce litige provient aussi de leur *Ayooks* [de] *Naa hlimoot*, leur corpus juridique qui les contraint à protéger leur environnement ainsi que les humains et non-humains qui y habitent (Mills, 2008 : 62-63). À titre d'exemple, l'ethnographie de Patricia Mills décrit, de manière générale, le droit foncier chez les Gitxsan comme étant des droits d'accès aux ressources pour des fins alimentaires, économiques et cérémoniales (2008 : 90). Toutefois, en contraste à la *Common law* canadienne, le droit foncier gitxsan est situé dans une logique d'obligation et de responsabilité envers les autres (humains et non-humains), plutôt que de simplement conférer un droit d'accès individuel (Mills, 2008 : 90). Autrement dit, le droit foncier est constitué de principes d'obligations qui contraignent le peuple des Gitxsan à adopter des pratiques de subsistance qui assurent une continuité de leurs activités traditionnelles, telles que la pêche et la chasse (Mills, 2008 : 90).

Puisque le gouvernement provincial de la Colombie-Britannique et le peuple des Gitxsan n'ont pas été en mesure de conclure une entente qui satisfasse aux deux parties, les appelants Gitxsan n'ont pas vu d'autres choix que de prendre une action légale, collective, envers la province (Mills, 2008 : 64). L'objectif était d'assurer une cogestion entre le peuple des Gitxsan et la province en ce qui concerne l'utilisation et l'extraction des ressources naturelles (Mills, 2008 : 89). Donc, on peut comprendre que les appelants Gitxsan ont aussi été poussés à agir selon leur propre système juridique même si le débat eut lieu dans les cours canadiennes.

Du côté de la province, sa position était celle qui ne reconnaissait pas la possession du titre aborigène par le peuple des Gitxsan et stipulait que ceux-ci entreprenaient cette action collective simplement dans l'intérêt d'un gain financier (Mills, 2008 : 62). Certes, la province était prête à négocier avec les chefs héréditaires Gitxsan, mais n'avait aucune intention de reconnaître la présence d'un titre aborigène (Mills, 2008 : 62). De même à cette époque, la position du

gouvernement fédéral en ce qui concerne les négociations avec les peuples autochtones était celle qui préconisait l'échange du titre aborigène pour celui du titre modifié (les réserves) (Mills, 2008 : 61).

Pour le Canada, cet échange était beaucoup plus favorable, car il réduisait l'autonomie politique des autochtones. Donc, il est assez évident que les appelants ont devant eux un énorme défi qui, sans surprise, prendra beaucoup de temps avant d'arriver à sa conclusion.

### **Le titre aborigène**

Bien que l'objectif initial des appelants fût de revendiquer la compétence et la propriété sur le territoire en question, cette demande fut modifiée par la Cour d'appel pour devenir une revendication pour le titre aborigène (Mills, 2008 : 72). Cette modification, autant qu'elle pourrait sembler minime et quasi-identique à la revendication originale, a profondément changé l'intention de ce cas.

D'une part, le titre aborigène permet une plus grande autonomie politique et donne un contrôle total du territoire aux autochtones (Delgamuukw c. Colombie-Britannique, 1997 : p.7-8). Le titre aborigène est un droit foncier, *sui generis* (ce qui signifie en latin « de son propre genre »), détenu collectivement, reconnu par la *Proclamation royale de 1763* et ensuite constitutionnalisé par le par. 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* (Delgamuukw c. Colombie-Britannique, 1997 : 8). Comme il est explicitement défini dans le jugement de la CSC :

« *Le titre aborigène comprend le droit d'utiliser le territoire détenu en vertu de ce titre pour diverses fins qui ne doivent pas nécessairement être des aspects de coutumes, pratiques et traditions autochtones faisant partie intégrante d'une culture autochtone distinctive* » (Delgamuukw c. Colombie-Britannique, 1997 : par. 117).

Cette définition diffère de celle des droits ancestraux, par exemple, car le titre aborigène permet d'exercer diverses activités qui ne sont pas nécessairement liées à des coutumes et à des traditions tandis que les droits ancestraux autorisent seulement le droit d'exercer certaines activités précises et liées aux parties intégrantes de la société autochtone (Delgamuukw c. Colombie-Britannique, 1997, par. 110-111). Donc, de manière simple, le titre aborigène donne beaucoup plus d'autorité et d'autonomie politique aux peuples autochtones.

Toutefois, ce titre peut être aussi unilatéralement éteint par la Couronne, mais seulement après avoir rejoint les critères de justification établis par l'État :

*« Les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1), y compris le titre aborigène, ne sont pas absolus. Tant le gouvernement fédéral (p. ex. Sparrow) que les gouvernements provinciaux (p. ex. Côté) peuvent porter atteinte à ces droits. Toutefois, le par. 35(1) exige que ces atteintes satisfassent au critère de justification »* (Delgamuukw, 1997 : par. 160).

Dans ce type de situation, on peut voir et comprendre que l'État veut se garder en position de supériorité face aux revendications territoriales qui découlent du titre aborigène pour être en mesure d'avoir le dernier mot par rapport au détenteur de la souveraineté du territoire. Ceci sera exploré davantage dans la section portant sur les limites du titre aborigène.

D'autre part, dans le contexte juridique canadien de l'époque, la revendication du titre aborigène devait satisfaire aux critères établis dans le cas *Baker Lake c. Ministère des Affaires Indiennes* (1979). Les critères sont assez fixes, même s'ils sont problématiques, et c'est plutôt la preuve pour satisfaire à ces critères qui est ouverte à une multitude d'interprétations. Le test du *Baker Lake*, comme il fut éventuellement surnommé, énumérait quatre critères spécifiques pour la revendication du titre aborigène (Elliott, 1980 : 657-658) :

- 1) Les appelants et leurs ancêtres doivent être membres d'une société organisée
- 2) Cette société organisée doit avoir continué d'occuper le territoire spécifique auquel elle réclame le titre aborigène
- 3) L'occupation du territoire devait être exclusive
- 4) L'occupation était déjà établie au moment de la déclaration de souveraineté de la Couronne

Avec ces quatre critères pour la revendication du titre aborigène, le peuple des Gitksan utilise plusieurs éléments issus de son système juridique, comme le *adwaak*, comme preuve pour satisfaire aux exigences de l'État (Mills, 2008. Borrows, 1999).

### **Le test *Baker Lake***

Tel que mentionné au début de ce texte, le droit étatique canadien « dévalorise » le droit des peuples autochtones, car ceux-ci se voient soumis à la législation de l'État pour être capables de revendiquer une protection de leurs droits ancestraux (Otis, 2005, 2012). Ceci est évident avec l'imposition du test *Baker Lake* pour les revendications au titre aborigène.

Débutons avec le premier critère, celui qui requiert aux appelants de prouver qu'ils, à l'instar de leurs ancêtres, constituent une « société organisée ». Évidemment, ce genre de critère est problématique et aussi imprégné de visions euro- et ethnocentrique par rapport à l'illustration de ce à quoi doit ressembler une « société organisée ». Tout d'abord, ce genre de critère va à l'encontre de la pensée contemporaine sur la nature de l'organisation sociale simplement parce que la définition d'une société assume implicitement un degré d'organisation (Asch, 1999 : 128).

Ceci est mis en évidence à travers la révision de l'analyse du juge de première instance, faite pendant le pourvoi de la CSC :

« *Le juge en chef a rejeté la revendication par les appelants du droit à l'autonomie gouvernementale, fondant sa décision à la fois sur la souveraineté de la Couronne en common law et sur la rareté relative, selon lui, de preuves de l'existence d'une structure gouvernementale établie [...] Deuxièmement, il a qualifié le système juridique des Gitksan et des Wet'suwet'en, à la p. 379, d'[traduction] «ensemble de coutumes des plus incertaines et extrêmement souples qui, fréquemment, ne sont pas suivies par les Indiens eux-mêmes [...]* » (Delgamuukw c. Colombie-Britannique, 1997 : par. 20).

Comme on peut le remarquer, le droit à l'autonomie gouvernementale, pour les peuples autochtones, a été systématiquement rejeté pour la simple raison que le juge ne considérait pas que la présence de structure gouvernementale était quelque chose de commun et d'existant chez les Autochtones. Il stipulait même que si les « Indiens » possédaient certaines lois et règlements, ils ne les suivaient probablement pas.

De plus, ce genre de critère dans le contexte canadien a été utilisé pour propager, peut-être de manière indirecte, le fait que certaines sociétés sont tellement basses dans l'échelle organisationnelle qu'elles ne peuvent pas être considérées comme « développées » (Asch, 1999 : 122). On ne peut regarder ce premier critère sans en apercevoir ses tendances évolutionnaires qui réduisent l'importance et la complexité des sociétés autochtones.

Bref, le premier critère du test *Baker Lake* est problématique, car il oblige aux appelants de prouver quelque chose qui, dans la pensée anthropologique contemporaine, est implicite, évident et qui continue de dévaloriser l'organisation des sociétés autochtones (Asch et Bell, 1993. Asch 1999). En d'autres mots, une société « non-organisée » n'existe pas réellement; chaque société est organisée d'une certaine manière.

Poursuivons avec le deuxième critère, celui qui demande aux appelants de démontrer que leur société organisée ait occupé le territoire concerné par la revendication du titre aborigène. Bien que le fait de démontrer qu'une nation autochtone détienne la possession sur le territoire depuis un

certain temps demeure important pour délimiter son territoire et ceux des autres nations autochtones, c'est plutôt le type de preuve, sujet à l'interprétation des juges, qui demeure problématique.

La problématique provient directement de la vision et du raisonnement eurocentriques que les juges canadiens ont par rapport à ce à quoi devrait ressembler une « occupation » d'un territoire (Asch et Bell, 1993; Asch 1999). Suivant cette logique, les juges canadiens interprètent l'occupation autochtone selon des critères occidentaux qui, selon eux, déterminent la « qualité » de l'occupation physique et si celle-ci est assez bonne pour constituer une « véritable » occupation (Asch et Bell, 1993; Asch 1999). Voici un passage du jugement de la CSC :

« [...] *L'occupation physique peut être prouvée par différents faits, allant de la construction de bâtiments à l'utilisation régulière de secteurs bien définis du territoire pour y pratiquer la chasse, la pêche ou d'autres types d'exploitation de ses ressources, en passant par la délimitation et la culture de champs [...] il faut tenir compte de la taille, du mode de vie, des ressources matérielles et des habiletés technologiques du groupe concerné, ainsi que de la nature des terres revendiquées* » (Delgamuukw c. Colombie-Britannique, 1997 : par. 149).

Avec ce genre d'affirmation, il est assez évident que la qualité de l'occupation autochtone est et sera déterminée à travers des caractéristiques occidentales, principalement dans les activités d'extraction des ressources primaires (Asch et Bell, 1993 : 512). L'anthropologue Sylvie Poirier (2000) ajoute que cet argument suit la logique du philosophe anglais John Locke, qui détermine qu'une terre est véritablement occupée seulement lorsqu'elle est cultivée et/ou améliorée (141). Cet argument est aussi repris par l'anthropologue Carole Blackburn, en rajoutant que cet argument avait été aussi utilisé pendant les négociations pour la création de traités entre la Couronne et les nations autochtones, stipulant que ces derniers ne possédaient pas les notions de propriété et de gouvernance suffisantes pour mériter ce titre (Blackburn, 2019: 421).

Ce que cette affirmation implique aussi est la mention implicite que les normes et que les technologies occidentales sont universelles et désirées par tous, sans considérer que certaines sociétés ne prenaient pas en compte cela comme des caractéristiques d'une bonne qualité de vie (Asch et Bell, 1993 : 512). Bref, c'est un critère qui laisse place à une interprétation ethnocentrique, de la part des juges canadiens, par rapport à l'évaluation du degré d'occupation des sociétés autochtones.

Conjointement, le troisième critère du test *Baker Lake*, qui touche au concept d'exclusivité de l'occupation, se retrouve aussi imprégné d'interprétations ethno- et eurocentriques (Asch et Bell, 1993; Asch 1999; Thom, 2001). Le fait que le concept d'exclusivité soit indispensable pour les revendications du titre aborigène dans le contexte canadien, reflète la prémisse de la *Common law* qui considère la propriété privée comme étant l'exclusion des autres (Asch et Bell, 1993 : 528-529).

En d'autres mots, il s'agit d'une logique qui néglige le fait que le titre aborigène est un droit unique, qui dérive de l'occupation historique de ces peuples, et qu'on ne devrait pas le soumettre aux mêmes normes que les droits de propriété en *Common law* (Asch et Bell, 1993 : 529). Voici un extrait du jugement du Juge Lamer concernant l'obligation de prouver l'exclusivité :

*« L'exclusivité, en tant qu'aspect du titre aborigène, appartient à la collectivité autochtone qui possède la capacité d'exclure autrui des terres détenues en vertu de ce titre. La preuve du titre doit, à cet égard, refléter le contenu du droit. S'il était possible de prouver l'existence du titre sans démontrer l'existence d'une occupation exclusive, on parviendrait à un résultat absurde, car il serait alors possible à plus d'une nation autochtone de posséder le titre aborigène à l'égard d'un même territoire [...] »* (Delgamuukw c. Colombie-Britannique, 1997 : par. 155).

Avec une affirmation comme celle-ci, il est clair que la vision occidentale de propriété privée et d'exclusivité est celle qui oriente l'interprétation du juge. Cette vision ne considère pas

les différences inhérentes dans les systèmes juridiques autochtones, en ce qui concerne le droit foncier, et leur attachement à la terre en question (Asch et Bell, 1993. Asch, 1999). De plus, le Juge Lamer aurait pu, en fait, déterminer si une attribution d'une exclusivité partagée, entre deux nations autochtones, aurait été possible :

*« La possession exclusive partagée donne le droit d'exclure autrui, à l'exception des personnes avec qui la possession est partagée. Manifestement, il est possible que deux nations autochtones aient vécu sur un territoire particulier, et que chacune ait reconnu les droits de l'autre sur ce territoire, mais pas ceux de personne d'autre. Comme aucun titre conjoint n'a été revendiqué en l'espèce, je laisse à une autre occasion l'examen de toutes les difficultés et implications de la notion de titre conjoint [...] »* (Delgamuukw c. Colombie-Britannique, 1997 : par. 158).

Comme nous pouvons le constater, le juge en chef n'a pas voulu vérifier si un titre conjoint était possible pour les Gitksan et les Wet'suwet'en, puisqu'il considérait cela comme étant une question trop complexe et que cette question ne faisait pas partie du présent pourvoi; un pourvoi, d'ailleurs, qu'on estime avoir coûté environ vingt-cinq millions de dollars (Thom, 2001 : 4). Donc, même si les appelants avaient entrepris un litige conjoint, revendiquant chacun le titre aborigène sur le territoire, le juge n'a pas voulu explorer davantage cette question et renvoie les appelants à la table de négociations avec la Colombie-Britannique.

Terminons cette section avec le quatrième et dernier critère du test *Baker Lake*, celui qui oblige les appelants à prouver que leur occupation était déjà établie au moment de la déclaration de souveraineté de la Couronne. Tout d'abord, c'est un critère qui est difficile à prouver, considérant que les appelants doivent utiliser des preuves d'occupation antérieure qui datent quand même de quelques siècles (Asch et Bell, 1993 : 529). Le type de preuve dépendra donc des récits oraux, tels que *adwaak*, et d'un mélange de témoignages d'historiens, d'archéologues et d'anthropologues.

De plus, ce critère implique qu'au moment de la déclaration de la souveraineté, la Couronne avait un droit « légitime » de se déclarer souveraine des terres et d'instaurer son système foncier sur les peuples autochtones (Asch et Bell, 1993 : 526-527). Cette assomption que la Couronne avait un droit légitime de se proclamer comme souveraine n'est jamais contestée dans les cours canadiennes et néglige le fait qu'il existait déjà des peuples sur ces terres (Asch, 2002) :

« Le juge en chef McEachern a commencé en énonçant, aux pp. 396 et 397, la proposition suivant laquelle le droit [traduction] « n'a jamais reconnu que la colonisation de nouvelles terres était subordonnée au consentement des Indiens ». L'existence de tous les droits ancestraux dépendait du bon plaisir de la Couronne et ces droits pouvaient être éteints par un acte unilatéral de cette dernière » (Delgamuukw c. Colombie-Britannique, 1997 : par. 23).

En effet, la *Common law* utilise le concept de *terra nullius* pour justifier une déclaration étatique de souveraineté sur l'entièreté du territoire en stipulant que ces terres étaient inhabitées, vacantes ou détenues par une autre entité politique (Asch, 2002 : 24; Otis, 2005 : 799). Ce point est extrêmement problématique, car il implique que les peuples autochtones ne possédaient pas de droit politique nécessitant une reconnaissance de la part de la Couronne (Asch, 2002 : 24). Comme on le constate, il s'agit d'une logique évolutionnaire qui continue de réduire l'organisation sociale et politique des peuples autochtones.

De plus, le fait que l'État s'est déclaré souverain, en utilisant le concept de *terra nullius*, va à l'encontre de ce que la *Proclamation royale de 1763* avait établi : les peuples autochtones détenaient l'autorité sur tous les morceaux de terres non cédés ou visés par un traité entre eux et la Couronne (McCreary, 2014 : 66). En ce qui concerne le cas Delgamuukw, il est évident que la province de la Colombie-Britannique et la Couronne n'ont pas respecté ce processus en établissant des colonies et des projets de développement économique, sans obtenir la permission des peuples autochtones (McCreary, 2014 : 66). Ceci est encore plus évident avec le jugement de la CSC,

spécifiquement dans le passage du juge en chef, qui révisé les décisions prises par les juges des cours inférieures :

*« Le juge Hutcheon était d'accord avec le juge de première instance que la Proclamation royale de 1763 ne s'appliquait pas au territoire ou à ses habitants. Néanmoins, la Proclamation reflétait, de façon générale, une politique d'acceptation des droits fonciers ancestraux »* (Delgamuukw c. Colombie-Britannique, 1997 : par. 67).

Comme on peut le remarquer, pour les juges de cours inférieures, l'application de la *Proclamation royale de 1763* ne s'appliquait pas sur le territoire en question, ce qui irait à l'encontre des normes et lois établies durant l'énonciation de la souveraineté. Heureusement, le juge en chef de la CSC, dans l'arrêt Delgamuukw, substitue l'interprétation des juges des cours inférieures à la sienne quant à l'application de la *Proclamation royale de 1763* et de sa délimitation des territoires autochtones :

*« J'ajouterais également que l'approche que j'adopte relativement à la nature de l'occupation du territoire par des autochtones est étayée par le libellé de la Proclamation royale de 1763, L.R.C. (1985), app. II, n° 1. Bien que la Proclamation ne soit pas l'unique source du « titre aborigène » au pays, elle témoigne de la politique britannique envers les peuples autochtones, laquelle était fondée sur le respect de leur droit d'occuper leurs terres ancestrales »* (Delgamuukw c. Colombie-Britannique, 1997 : par. 200)

Bref, si la province et la Couronne avaient adhéré à leurs lois et principes établis dans la *Proclamation royale de 1763*, elles auraient été obligées de signer des traités, d'entrer en négociations avec les peuples autochtones ou de les indemniser pour l'accès à leur territoire.

Une approche qui présume l'égalité sociale et politique entre sociétés autochtone et européenne, couplée à l'idée qu'une affirmation de souveraineté n'est pas suffisante pour éteindre les droits autochtones, aurait été plus appropriée et aurait orienté l'enquête vers une détermination de l'attachement que ces peuples ont avec le territoire (Asch et Bell, 1993 : 530). Bref, c'est un

critère qui pose le fardeau injuste de la preuve sur le dos des appelants autochtones et évite aussi d'adresser la problématique derrière l'assomption d'une souveraineté par la Couronne.

Cela étant dit, poursuivons maintenant avec les limitations qui sont imposées au titre aborigène par la Couronne, et comment ceci reproduit une forme de colonialisme d'occupation en surbrodant le système juridique Gitxsan sous l'échelle hiérarchique du droit étatique.

### **Les limites du titre aborigène**

Tel que mentionné ci-dessus, le titre aborigène et les critères requis pour satisfaire à ses exigences sont problématiques et imprégnés de notions et d'idéologies évolutionnaires et ethnocentriques, qu'on pourrait même interpréter comme une forme d'impérialisme culturel, tel que décrit par Iris Young (2011 : 59). Toutefois, comme nous le verrons prochainement, ce ne sont pas seulement ces éléments qui font en sorte que ces revendications territoriales tombent dans une logique de colonialisme d'occupation qui réduit l'autorité des peuples autochtones.

Commençons, tout d'abord, en rappelant ce que le titre aborigène confère aux peuples autochtones : l'autonomie gouvernementale et le contrôle de leur territoire (Delgamuukw c. Colombie-Britannique, 1997). Sachant que ce titre confère la souveraineté du territoire au peuple autochtone, il n'est pas surprenant de voir que l'État se garde quand même quelques réserves pour être en mesure d'éteindre, de manière unilatérale, le titre autochtone.

La justification étatique derrière ceci est que le titre autochtone s'est seulement matérialisé avec l'assertion de la souveraineté de la Couronne, donc c'est seulement grâce à elle que les peuples autochtones peuvent accéder au titre aborigène :

*« Premièrement, d'un point de vue théorique, le titre aborigène découle de l'occupation antérieure du territoire par les peuples autochtones et du rapport entre la common law et les régimes juridiques autochtones préexistants. Le titre aborigène grève le titre sous-jacent de la Couronne.*

*Cependant, celle-ci n'a acquis ce titre qu'à compter du moment où elle a affirmé sa souveraineté sur le territoire en question. Étant donné qu'il serait absurde de parler d'une charge grevant le titre sous-jacent avant que celui-ci ait existé, le titre aborigène s'est cristallisé au moment de l'affirmation de la souveraineté* » (Delgamuukw c. Colombie-Britannique, 1997 : par. 145).

Les critères de justification utilisés par l'État pour éteindre le titre aborigène sont une forme d'oppression qui rend les peuples autochtones impuissants et perpétue une logique de colonialisme d'occupation qui vise l'acquisition du territoire (McCreary, 2014). Analysons un passage du jugement de la CSC qui définit et défend les critères de justification pour l'extinction du titre aborigène :

*« Le critère de justification comporte deux volets que je vais examiner à tour de rôle. Premièrement, l'atteinte au droit ancestral visé doit se rapporter à la poursuite d'un objectif législatif impérieux et réel [...] Le deuxième volet du critère de justification commande une appréciation de la question de savoir si l'atteinte est compatible avec les rapports spéciaux de fiduciaire qui existent entre la Couronne et les peuples autochtones »* (Delgamuukw, 1997 : par. 161-162).

Prenons le premier volet de justification : l'objectif législatif impérieux et réel. Le juge poursuit son jugement et définit exactement ce qu'il entend par objectif « impérieux et réel » :

*« À mon avis, l'extension de l'agriculture, de la foresterie, de l'exploitation minière et de l'énergie hydroélectrique, le développement économique général de l'intérieur de la Colombie-Britannique, la protection de l'environnement et des espèces menacées d'extinction, ainsi que la construction des infrastructures et l'implantation des populations requises par ces fins, sont des types d'objectifs compatibles avec cet objet et qui, en principe, peuvent justifier une atteinte à un titre aborigène »* (Delgamuukw, 1997 : par. 165).

En regardant ce passage, il n'est pas surprenant de voir que les critères de justification du premier volet sont directement liés au développement économique et à l'extraction des ressources primaires du territoire, ce qui est un aspect fondamental qui définit le colonialisme d'occupation (Blackburn, 2019; McCreary, 2014).

Donc, en suivant cette logique de colonialisme d'occupation, on peut comprendre pourquoi la Couronne impose des limitations au titre aborigène : l'État doit absolument garder un accès et un certain pouvoir sur le territoire pour être capable de poursuivre ses objectifs d'expansion.

Le deuxième volet de justification concernant l'obligation fiduciaire démontre la conception paternaliste que l'État a envers les peuples autochtones (McCreary, 2014 : 74). En traitant les peuples autochtones comme des bénéficiaires de l'État, la Couronne peut porter atteinte au titre aborigène si elle juge que c'est dans l'intérêt de ces derniers.

L'État doit garder son obligation de consultation et/ou d'indemnisation s'il porte atteinte au titre aborigène. Cependant, cette obligation de consultation ne veut pas forcément dire que l'État et les peuples autochtones concernés doivent arriver à une entente; l'État peut décider de ne pas respecter leurs conditions (McCreary, 2014 : 75) :

*« Selon la théorie qui sous-tend ce principe, les rapports de fiduciaire qui existent entre la Couronne et les peuples autochtones commandent que les intérêts des autochtones aient préséance. Toutefois, l'obligation de fiduciaire n'exige pas qu'on accorde toujours la priorité aux droits ancestraux »* (Delgamuukw c. Colombie-Britannique, 1997 : par. 162).

Comme nous pourrions le voir, l'intérêt des peuples autochtones est une priorité, mais elle peut aussi être mise de côté facilement. Dans cette situation, il est évident que les appelants se retrouvent dans une situation d'impuissance, telle que décrite par Young (2011), car même s'ils obtiennent une reconnaissance étatique de leur titre aborigène, l'État peut décider d'ignorer celle-ci.

Terminons cette section avec une dernière limitation du titre aborigène, qui n'est pas dans la même veine que les critères de justification pour l'extinction du titre, mais qui restreint plutôt les utilisations de ce que peuvent faire les peuples autochtones de leur territoire :

« [...] les terres visées par un titre aborigène ne peuvent pas, selon moi, être utilisées à des fins incompatibles avec la nature de l'occupation de ces terres et avec le rapport que le groupe concerné entretient avec celles-ci, facteurs qui, ensemble, ont donné naissance au titre aborigène en premier lieu [...] Par exemple, si on fait la preuve de l'occupation par référence à l'utilisation des terres comme territoire de chasse, alors le groupe qui a revendiqué avec succès le titre aborigène sur ces terres ne peut pas les utiliser d'une manière qui anéantisse leur valeur pour cette utilisation (p. ex. en les exploitant en tant que mine à ciel ouvert). De même, si un groupe affirme l'existence d'un lien spécial avec les terres visées en raison de leur importance culturelle ou rituelle, il ne peut pas les utiliser d'une manière qui anéantisse ce rapport (p. ex. en les exploitant d'une façon qui entraîne la destruction du lien, peut-être en les transformant en terrain de stationnement) » (Delgamuukw c. Colombie-Britannique, 1997 : par. 128).

Certes, ce sont peut-être des intentions nobles, comme la préservation de l'environnement, qui guident ces restrictions quant à l'utilisation des terres visées par le titre aborigène. Toutefois, le problème avec ces restrictions est qu'elles enlèvent la souveraineté au peuple autochtone. Ce genre de restrictions enlèvent aux peuples autochtones la capacité de décider de l'utilisation du territoire, surtout si c'est pour en faire l'exploitation. Donc, ce type de raisonnement place les peuples autochtones dans une situation d'impuissance, dans laquelle ils doivent prouver et promettre aux cours canadiennes que l'utilisation de leurs terres, visées par un titre aborigène, demeurera comme elle l'a été dans le passé.

Ceci est encore plus mis en lumière par ce passage du jugement de la CSC :

« Si les autochtones désirent utiliser leurs terres d'une manière que ne permet pas le titre aborigène, ils doivent alors les céder et les convertir en terres non visées par un titre aborigène » (Delgamuukw c. Colombie-Britannique, 1997 : par. 131).

En somme, ce type de restriction, par rapport à l'utilisation des terres visées par un titre aborigène, tombe dans une logique de colonialisme d'occupation : elle subordonne la souveraineté des peuples autochtones et les oblige à céder leur titre aborigène s'ils veulent entamer des projets d'extraction et/ou d'expansion économique de leur territoire.

## La reconnaissance des récits oraux

En entamant cette dernière section de ce projet de recherche, on ne peut pas, tout de même, négliger certains aspects positifs que ce jugement a apportés pour les peuples autochtones. L'un des aspects positifs de ce pourvoi fut, en fait, la reconnaissance des récits oraux comme preuve se trouvant sur un même pied d'égalité que les autres types de preuves, souvent écrites, qui sont généralement priorisées par les cours canadiennes. Ceci est un moment important pour la reconnaissance d'éléments issus d'un système juridique extra-étatique, spécialement quand la preuve en question est sous une forme qui n'est pas familière pour les juges de l'État :

*« Malgré les problèmes que crée l'utilisation des récits oraux comme preuve de faits historiques, le droit de la preuve doit être adapté afin que ce type de preuve puisse être placé sur un pied d'égalité avec les différents types d'éléments de preuve historique familiers aux tribunaux, le plus souvent des documents historiques. Il s'agit d'une pratique appliquée de longue date dans l'interprétation des traités entre l'État et les peuples autochtones [...] » (Delgamuukw c. Colombie-Britannique, 1997 : par. 87).*

Dans le contexte de la *Common law* canadienne, les juges ne peuvent pas généralement substituer leurs conclusions au juge de première instance à moins que celui-ci ait commis une « erreur manifeste et dominante » (Delgamuukw c. Colombie-Britannique, 1997 : par. 78). En ce qui concerne notre cas, le jugement de la CSC a démontré que l'interprétation des preuves orales, présentée au juge de première instance, ne respectait pas certains principes déjà établis dans la *Common law* :

*« Le traitement accordé aux divers types de récits oraux par le juge de première instance ne respecte pas les principes que j'ai établis dans Van der Peet [...] Si le juge du procès avait apprécié correctement les récits oraux, ses conclusions sur ces questions de fait auraient pu être très différentes. Dans les circonstances, les conclusions de fait ne peuvent pas être confirmées. Cependant, vu la complexité énorme des questions de fait en jeu, il serait impossible à la Cour de rendre justice aux parties en passant le dossier au crible et en tirant de nouvelles conclusions de fait » (Delgamuukw c. Colombie-Britannique, 1997 : par. 107-108).*

Comme le passage le résume, les procédures en matière de preuve doivent être adaptées pour rendre justice aux récits oraux, qui constituent une preuve importante pour les revendications au titre aborigène.

Bien que la CSC reconnaisse que les conclusions de faits du juge de première instance sont erronées et n'ont pas respecté la jurisprudence canadienne, elle a refusé d'y substituer ses conclusions. Toutefois, la reconnaissance d'un élément issu du droit gitxsan demeure un aspect positif pour l'avancement d'un pluralisme juridique égalitaire entre peuples autochtones et l'État canadien.

## **Conclusion**

En conclusion, le cas Delgamuukw fut un moment historique, pour les peuples autochtones, en termes de reconnaissance d'un élément issu d'un système juridique extra-étatique : les récits oraux. Toutefois, cette victoire n'est pas sans déception, car la revendication territoriale contre la Colombie-Britannique fut rejetée et toutes les parties furent renvoyées aux tables de négociations.

Revenons sur notre question de départ, celle qui a guidé l'orientation de ce projet, et tentons maintenant de lui répondre : « Est-ce que le jugement Delgamuukw (1997) a réellement avancé un projet de pluralisme juridique égalitaire? Ou s'agissait-il encore d'une forme de colonialisme d'occupation ayant comme objectif de subordonner les systèmes juridiques autochtones » ?

Débutons avec la première partie de cette question, concernant le projet d'un pluralisme juridique égalitaire. La réponse à celle-ci peut être « oui », mais elle vient avec beaucoup d'hésitations et de réserves. Certes, le jugement Delgamuukw a créé une jurisprudence canadienne très importante, quant à l'appréciation et à l'interprétation des récits oraux comme façon de prouver l'existence d'un titre aborigène. Toutefois, cette reconnaissance des récits oraux est

conditionnelle et seulement possible quand elle se trouve encadrée par des normes canadiennes en matière de revendications du titre aborigène, qui sont largement problématiques.

Ceci nous amène à la deuxième partie de notre question, qui porte sur la subordination des ordres juridiques autochtones. Tel qu'illustré tout au long de ce mémoire, les critères pour satisfaire au titre aborigène sont imprégnés de conceptions euro- et ethnocentrique qui réduisent l'importance et la complexité des sociétés autochtones. Ceci fait en sorte que les appelants se retrouvent généralement dans une position d'infériorité devant l'État et qu'ils doivent écopier du fardeau de la preuve pour prouver leur souveraineté. Il s'agit d'un fardeau qui aurait dû être assumé par la Couronne, car c'est elle qui, historiquement, s'est déclarée souveraine avec son concept légal de *terra nullius* et qui n'a conféré presque aucune reconnaissance ou considération pour les peuples autochtones.

Parallèlement à cela, même si un peuple autochtone est capable d'obtenir le titre aborigène sur son territoire, l'État se réserve le droit d'éteindre unilatéralement ce titre. Les raisons que l'État utilise pour justifier cela sont déplorables, car l'État croit fortement en sa légitimité de se déclarer souverain et que le titre aborigène existe seulement grâce à cette souveraineté. De plus, la conception paternaliste que les peuples autochtones sont des bénéficiaires de l'État démontre encore à quel point l'État néglige la complexité de l'organisation sociale et politique des autochtones.

En somme, le cas Delgamuukw, mis à part sa reconnaissance des récits oraux, démontre encore l'intention de l'État canadien de subordonner les ordres juridiques autochtones et de se garder en position de supériorité quant à la déclaration de souveraineté sur le territoire. Cela démontre que le projet du colonialisme d'occupation est encore présent, étant donné que l'objectif ultime de l'État est d'avoir accès au territoire pour ses objectifs d'expansion et d'extraction.

## Annexe A

### 1. Carte géographique

The Gitxsan territories make up an area of 33,000 square kilometres (about five times the size of PEI) in northwestern B.C.



CARRIE COCKBURN/THE GLOBE AND MAIL » SOURCE: GITXSAN CHIEFS' OFFICE

### 2. Glossaire

*Adwaak*: Le récit oral appartenant à une Maison (*wilp*) particulière, dénotant leur migration vers leur territoire et la délimitation de celui-ci

*Ayook* : Les lois données aux Gitxsan pour qu'ils puissent co-exister entre eux et avec les animaux.

*Ayooks Naa hlimoot'* : Les lois du partage qui définissent la façon dont la nourriture est répartie au sein de la communauté et la pratique de l'entraide.

*Wilp* : La principale unité de détention des biens dans la société Gitxsan. Elle englobe tous les membres de la famille qu'une personne peut retrouver par sa grand-mère maternelle.

## **Bibliographie**

- Asch, M. (2002). From Terra Nullius to Affirmation: Reconciling Aboriginal Rights with the Canadian Constitution. *Canadian Journal of Law and Society*, 17(2), 23-39.
- Asch, M. (1999). The judicial conceptualization of culture after Delgamuukw and Van der Peet. *Rev. Const. Stud.*, 5, 119-137
- Asch, M., & Bell, C. (1993). Definition and interpretation of fact in Canadian aboriginal title litigation: an analysis of Delgamuukw. *Queen's LJ*, 19, 503-550.
- Blackburn, C. (2019). The treaty relationship and settler colonialism in Canada. In *Shifting Forms of Continental Colonialism* (pp. 415-435). Palgrave Macmillan, Singapore.
- Borrows, J. (1999). Sovereignty's alchemy: an analysis of Delgamuukw v. British Columbia. *Osgoode Hall LJ*, 37, 537-596
- Borrows, John. (2010). *Canada's indigenous constitution*. Toronto: University of Toronto Press.
- Cruikshank, Julie (1992) "Invention of Anthropology in British Columbia's Supreme Court: Oral Tradition as Evidence in De/gal/wulew v. BC." *BC Studies*, Special Issue No. 95, 25-42
- Daly, R. (2005). *Our box was full: An ethnography for the Delgamuukw plaintiffs*. UBC Press.
- Depelteau, J. (2019). Conflits en territoire Wet'suwet'en. *Relations*, (802), 8-10.
- Elliott, D. W. (1980). Baker Lake and the concept of Aboriginal title. *Osgoode Hall LJ*, 18, 653-663
- Irwin, R. (2018). Titre autochtone. *L'Encyclopédie Canadienne*. Repéré à <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/titre-autochtone>
- Lebel-Grenier, S. (2002). *Pour un pluralisme juridique radical* (No. NQ78808). [Faculté de droit, Université McGill]. ProQuest Dissertations & Theses Global.
- McCreary, T. (2014). The Burden of Sovereignty: Court Configurations of Indigenous and State Authority in Aboriginal Title Litigation in Canada. *North American Dialogue*, 17(2), 64-78.
- Merry, S. E. (1988). Legal pluralism. *Law & Soc'y Rev.*, 22, 869-896
- Mills, Patricia Dawns. (2008). *For future generations: Reconciling Gitksan and Canadian law*. UBC Press.
- Napoleon, Val. (2019). Did I break it? Recording Indigenous (customary) law. *PER: Potchefstroomse Elektroniese Regsblad*, 22(1), 1-35.
- Otis, G. (2005). Le titre aborigène: émergence d'une figure nouvelle et durable du foncier autochtone?. *Les Cahiers de droit*, 46(4), 795-845.

- Otis, G. (2011). La protection constitutionnelle de la pluralité juridique: le cas de «l'adoption coutumière» autochtone au Québec. *Revue générale de droit*, 41(2), 567-609.
- Otis, G. (2012). *Méthodologie du pluralisme juridique*. KARTHALA Editions.
- Poirier, S. (2000). Contemporanéités autochtones, territoires et (post) colonialisme: réflexions sur des exemples canadiens et australiens. *Anthropologie et sociétés*, 24(1), 137-153.
- Rouland, N. (1988). *Anthropologie juridique*. Paris: Presses universitaires de France.
- Simpson, A. (2011). Settlement's secret. *Cultural Anthropology*, 26(2), 205-217.
- Simpson, A. (2014). *Mohawk interruptus*. Duke University Press.
- Shapiro, W. (2001). Settler colonialism and the transformation of anthropology: the politics and poetics of an ethnographic event. *Journal of the Royal Anthropological Institute*, 7(2), 379-379.
- Thom, B. (2001). Aboriginal rights and title in Canada after Delgamuukw: Part one, oral traditions and anthropological evidence in the courtroom. *Native Studies Review*, 14 (1), 1-26
- Trumpener, Betsy. (2021, 20th Decemeber). Wet'suwet'en protesters block Coastal GasLink site again, 1 month after RCMP crackdown. *CBC*. Repéré le 28 Janvier 2022  
<https://www.cbc.ca/news/canada/british-columbia/wet-suwet-en-protesters-block-pipeline-site-again-1.6293000>
- Wolfe, P. (2006). Settler colonialism and the elimination of the native. *Journal of Genocide Research*, 8(4), 387-409.
- Young, I. M. (2011). *Justice and the Politics of Difference*. Princeton University Press.