

UNIVERSITÉ D'OTTAWA

***LES TRADITIONS JURIDIQUES ET LA CONSTRUCTION DU DROIT DANS
LES DÉCISIONS JUDICIAIRES EN MATIÈRE DE DROITS
TERRITORIAUX DES PEUPLES AUTOCHTONES***

THÈSE SOUMISE À LA FACULTÉ DES ÉTUDES SUPÉRIEURES ET
POSTDOCTORALES DANS LE CADRE DES EXIGENCES DU PROGRAMME
DE MAÎTRISE EN DROIT

PAR
MAXIME LEMOYNE

SOUS LA DIRECTION DU PROFESSEUR SÉBASTIEN GRAMMOND
FACULTÉ DE DROIT
UNIVERSITÉ D'OTTAWA

REMERCIEMENTS

Si la route de la rédaction d'une thèse est parfois longue et solitaire, ce sont en fait les personnes que l'on côtoie et qui nous supportent tout au long du chemin qui rendent l'aboutissement de ce voyage possible.

Je tiens d'abord à remercier le professeur Sébastien Grammond d'avoir accepté de me diriger sur le chemin de cette recherche. La présente thèse n'aurait tout simplement pas vu le jour sans ses conseils toujours sages et judicieux et je lui suis d'autant plus reconnaissant qu'il a continué à me guider avec la même patience et la même rigueur après avoir été nommé à la magistrature fédérale.

Je suis aussi particulièrement reconnaissant envers les professeurs Peter Oliver, Katherine Lippel et Cintia Quiroga dont les enseignements et les commentaires ont sans aucun doute contribué aux réflexions contenues dans la présente thèse. Je voudrais aussi remercier spécialement les professeurs Richard Dubé et Margarida Garcia pour leur générosité à partager de leur passion pour la recherche. Merci également à l'Université d'Ottawa qui m'a accordé une bourse d'admission pour réaliser la présente thèse.

Merci également aux professeurs Sophie Thériault et Ghislain Otis d'avoir accepté d'évaluer la présente thèse.

Mes remerciements vont également à l'Association des étudiantes aux cycles supérieurs de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa et à son exécutif notamment pour l'organisation, en mai 2018, de la conférence « Le droit : de la crise

à l'opportunité » qui fut l'occasion de partager et de raffiner plusieurs des idées sur lesquelles repose la présente thèse.

La liste des amis et collègues qui ont enrichi la présente thèse par leur compagnie et à travers de nombreuses discussions est trop longue pour en faire une énumération exhaustive, mais je tiens à remercier en particulier Pascale Cornut St-Pierre, Thomas Burelli, Zoé Boirin-Fargues, Eve Laoun, Jean-Frédéric Ménard et Shana Chaffai-Parent.

Je voudrais aussi remercier mon employeur, Borden Ladner Gervais, qui m'a permis de mener ce projet de recherche académique tout en poursuivant mon implication dans la pratique privée.

Je dois aussi remercier chaleureusement et souligner le travail de toute l'équipe de l'Espace Thèsez-Vous qui contribue, une tomate à la fois et de mille et une façons, au succès et au mieux-être des membres de sa communauté.

Enfin, merci à mes parents Louise et Maurice pour leur support indéfectible et merci à Éloïse, ma suprême complice et partenaire de vie, dont les encouragements constants ont été, au final, le véritable carburant de cette belle expédition académique.

Les Amérindiens ont un sentiment pour la Terre ; ils l'appellent « notre mère » ou encore ils disent : « le territoire ». Le territoire est une notion tout à fait différente de celle que traduit le mot « terrain ». Le territoire, est beaucoup plus vaste ; il préside à la liberté, il en est la mémoire immédiate. Le territoire est le lieu ultime des énergies non domestiquées ; il est lieu et refuge.

**– Yves Sioui Durand, *Le porteur
des peines du monde***

TABLES DES MATIÈRES

RÉSUMÉ	viii
ABSTRACT	ix
INTRODUCTION	1
CHAPITRE I Une problématique de recherche : les traditions juridiques et la construction du droit dans les décisions judiciaires en matière de droits territoriaux ..	6
1.1 Mise en contexte	7
1.1.1 Définir le problème : le droit des Autochtones à l'interface de plusieurs traditions juridiques	8
1.1.2 De la pertinence d'étudier les discours et méthodologies judiciaires dans les jugements de droit des Autochtones : une fenêtre sur les dynamiques d'interprétation et de construction du droit.....	11
1.2 Revue de la littérature	16
1.2.1 Le lien entre les traditions juridiques et la construction du droit des Autochtones : un terreau fertile pour la recherche.....	16
1.2.2 Une définition des concepts clés : les traditions juridiques et les systèmes juridiques	18
1.2.3 La localisation du droit des Autochtones dans le droit positif canadien.	22
1.2.4 Les sources des règles juridiques relatives aux droits territoriaux au Canada et dans le système interaméricain de protection des droits de l'homme.....	25
1.2.5 Une illustration de l'interface entre les traditions juridiques et la construction du droit des Autochtones : les tribunaux d'héritage mixte du Québec et les conceptions québécoises des droits ancestraux	44
1.3 Question de recherche	50

CHAPITRE II	Cadre théorique et approche méthodologique	53
2.1	Une théorie de la décision judiciaire pour aborder le droit des Autochtones	54
2.1.1	Un regard sur le droit positif : les décisions judiciaires en droit des Autochtones	56
2.1.2	Un regard antipositiviste : au-delà de la lettre des règles juridiques.....	57
2.1.3	Un regard ouvert sur le pluralisme juridique, l'histoire et les déterminants externes du droit.....	62
2.2	L'élaboration d'une méthodologie de droit comparé.....	68
2.2.1	Les théories et méthodes du droit comparé.....	68
2.2.2	Une méthode sur mesure pour étudier la construction du droit dans les décisions judiciaires de différentes traditions juridiques.....	71
2.3	Les choix méthodologiques	73
2.3.1	L'analyse littéraire des décisions judiciaires comme fenêtre sur l'univers conceptuel des traditions juridiques.....	73
2.3.2	Trois tribunaux « modèles » pour étudier le lien entre traditions juridiques et la construction du droit des Autochtones.....	76
2.3.3	Le processus de sélection des décisions judiciaires retenues pour analyse	80
2.3.4	Quelques limites de l'approche retenue	82
2.4	La grille d'analyse des jugements : des éléments de style et de méthodologie judiciaire comme cadre de référence	84
2.4.1	Le « style » du juge québécois au carrefour de deux traditions juridiques	85
2.4.2	L'influence des traditions juridiques dans le rapport aux « sources de droit » et aux « méthodologies judiciaires »	87
2.4.3	La mobilisation des sources de droit et l'exemple du « <i>de facto use of precedent</i> » au Québec.....	88
2.4.4	Méthodes juridiques et méthodologies judiciaires : des traits caractéristiques de l'art de juger dans différentes traditions juridiques.....	93
2.4.5	Les notions fondamentales et l'exemple des conceptions de la propriété en droit civil et en common law.....	99
2.4.6	Les « autres facteurs » dans l'application et l'interprétation du droit... ..	104
2.5	Description de la grille d'analyse	108

CHAPITRE III Résultats et analyse : une lecture des décisions judiciaires en matière de droits territoriaux à travers la lentille des traditions juridiques.....	111
3.1 Le corpus des décisions judiciaires : des jugements s’inscrivant dans trois moments importants de construction du droit.....	111
3.2 Un portrait des tribunaux sous étude à la lumière des décisions judiciaires analysées	120
3.2.1 La Cour d’appel du Québec	121
3.2.2 La Cour d’appel de la Colombie-Britannique.....	139
3.2.3 La Cour interaméricaine des droits de l’homme	164
3.3 Synthèse : quelle influence pour les traditions juridiques dans la construction judiciaire des droits territoriaux?	181
CONCLUSION.....	202
ANNEXE A Grille d’analyse des décisions judiciaires	206
ANNEXE B Liste des décisions judiciaires analysées	Erreur ! Signet non défini.
BIBLIOGRAPHIE.....	211

RÉSUMÉ

Au Canada comme dans nombre d'autres pays, la question des droits territoriaux des peuples autochtones demeure à ce jour d'une grande actualité. Les règles juridiques relatives à ces droits ont beaucoup évolué dans les dernières décennies et une littérature abondante s'est développée s'intéressant notamment à la source, à la nature et à la portée de ces droits. Toutefois, la mécanique de construction des droits territoriaux par les juges et les tribunaux n'a que très peu retenu l'attention des chercheurs.

La présente thèse s'intéresse à ce processus de construction des droits territoriaux par les juges depuis l'angle des traditions juridiques, c'est-à-dire en cherchant à déterminer comment les décisions judiciaires de tribunaux issus de différentes traditions juridiques ont traité des droits territoriaux des peuples autochtones. Elle offre une analyse détaillée et comparative des décisions judiciaires en matière de droits territoriaux de trois tribunaux modèles présentant des ancrages dans différentes traditions juridiques, soit la Cour d'appel du Québec, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

Cette thèse met en lumière des aspects de la mécanique interne des jugements en matière de droits territoriaux et dresse un portrait des méthodologies judiciaires déployées par les juges de différents tribunaux dans l'interprétation des règles juridiques et la construction du droit entourant les intérêts territoriaux des peuples autochtones.

Mots clés : Traditions juridiques, droits territoriaux, peuples autochtones, méthodologies judiciaires, théorie du droit et de l'interprétation judiciaire, droit comparé, droit civil, common law.

ABSTRACT

In Canada, as in many other countries, the territorial or land rights of Indigenous peoples remain a live and relevant issue today. The legal rules pertaining to these rights have evolved considerably in the last decades and an abundant literature has developed focusing in particular on the source, nature and scope of these rights. However, the mechanics through which territorial rights were constructed by judges and courts has received little attention from researchers.

This thesis examines this process of judicial construction of territorial or land rights from the angle of legal traditions in seeking to determine how the judicial decisions of courts from different legal traditions have dealt with the territorial rights of Indigenous peoples. It offers a detailed and comparative analysis of the judicial decisions concerning territorial rights from three model courts with anchors in different legal traditions: the Quebec Court of Appeal, the British Columbia Court of Appeal, and the Inter-American Court of Human Rights.

This thesis brings to light certain aspects of the internal mechanics of judicial decisions about territorial rights and draws a portrait of the judicial methodologies deployed by judges of different courts in their interpretation of the legal rules and construction of the law relating to the territorial interests of indigenous peoples.

Keywords : Legal traditions, territorial or land rights, indigenous peoples, judicial methodologies, legal theory and judicial interpretation, comparative law, civil law, common law.

INTRODUCTION

En 2005, Madame la juge Southin débutait ses motifs dans la cause *Musqueam*¹ par une petite digression historique. Elle rappelait alors le contexte de l'importante affaire *Calder*² qui a changé, d'une certaine façon, le cours de l'histoire non seulement de la Colombie-Britannique, mais aussi de l'évolution du droit constitutionnel au Canada. En effet, la Cour suprême du Canada était alors divisée sur la question de savoir si le « titre aborigène » que les demandeurs autochtones alléguaient détenir n'avait jamais été juridiquement éteint : trois juges (Martland, Judson et Ritchie) étaient d'avis qu'un tel titre avait nécessairement été éteint en Colombie-Britannique alors que trois autres (les juges Hall, Spence et Laskin) étaient d'avis que ce n'était pas le cas. Puisant dans sa connaissance pointue de l'histoire politique de sa province et du pays, la juge Southin dresse un portrait des conséquences qu'une décision majoritaire sur cette épineuse question aurait eues³.

Comme elle le souligne également, c'est le juge Louis-Philippe Pigeon qui, en s'abstenant de se prononcer sur l'extinction du « titre aborigène » et en tranchant plutôt le sort du pourvoi sur la base d'une objection préliminaire, a laissé grande

¹ *Musqueam Indian Band v British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)*, 2005 BCCA 128 (CanLII), [2005] 2 CNLR 212 [*Musqueam*].

² *Calder et al. c Attorney-General of British Columbia*, [1973] RCS 313 [*Calder*].

³ Voir *Musqueam*, *supra* note 1 au para 6. La juge Southin y soutient qu'une décision majoritaire de la plus haute cour canadienne sur l'extinction de tout « titre aborigène » en Colombie-Britannique aurait pu, d'un côté comme de l'autre, ébranler le Canada jusqu'à le plonger dans une crise constitutionnelle.

ouverte la porte aux revendications territoriales autochtones en Colombie-Britannique. La juge Southin écrit alors :

*« Thus did the decision of one judge – and a judge bred not in the common law but in the civil law – to follow his own star become pivotal in the history of this Province. »*⁴

Pourquoi cette mention des origines civilistes du juge Pigeon? La juge Southin laisse-t-elle entendre que les racines de ce dernier dans cette tradition juridique ont pu avoir une influence qui n'avait pas sa place dans une juridiction de common law? Il semble aujourd'hui acquis que les traditions juridiques jouent un rôle important dans la construction du droit⁵. Mais qu'en est-il dans un domaine comme le droit des Autochtones? Trente-deux ans après *Calder*, le juge Hall soulignait – dans la même affaire *Musqueam* – que ce domaine du droit demeurerait « *not particularly developed* » et que dans ces circonstances :

*« Courts will seek to fashion fair and appropriate remedies for individual cases conscious that as yet we do not have much guidance by way of precedent but, as in other fields, the common law will simply have to develop to meet new circumstances. »*⁶

Le juge Hall ramenait donc lui aussi l'évolution du droit des Autochtones à sa tradition juridique. Mais qu'en est-il de la place des autres traditions?

⁴ *Musqueam*, *supra* note 1 au para 7.

⁵ Louis LeBel et Pierre-Louis Le Saulnier ont d'ailleurs décrit l'évolution des rapports entre la common law et le droit civil à la Cour suprême du Canada à travers les époques et selon les domaines de droit, concluant que cette évolution avait mené à l'émergence d'un véritable dialogue des traditions juridiques; voir Louis LeBel et Pierre-Louis Le Saulnier, « L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada » (2006) 47:2 C de D 179.

⁶ *Musqueam*, *supra* note 1 au para 100 (notre soulignement).

Dans la thèse qui est présentée dans les pages et chapitres qui suivent, nous tentons de déterminer si les traditions juridiques n'ont pas quelque chose à nous apprendre sur la construction du droit des Autochtones à l'intérieur du droit judiciaire⁷. Plus précisément, nous nous intéressons aux acteurs du droit étatique que sont les juges et à la manière par laquelle les traditions juridiques dont ces derniers sont issus peuvent avoir une incidence sur leur analyse des règles juridiques relatives aux peuples autochtones et à leurs droits, ainsi que sur le développement subséquent de ces règles. La mention par les juges Southin et Hall de leur tradition juridique serait-elle révélatrice d'un réflexe poussant les juges qui s'aventurent dans un domaine du droit peu balisé (comme le droit des Autochtones) à se tourner vers ce qu'ils connaissent, c'est-à-dire leur tradition juridique? Et si c'est le cas, qu'est-ce que cela implique?

Comme le laisse présager son titre, la présente thèse porte ainsi sur l'influence des traditions juridiques dans la construction judiciaire des droits territoriaux des peuples autochtones. La question territoriale demeure d'une grande actualité pour nombre de peuples autochtones au Canada comme à l'international⁸ et les droits territoriaux ont, d'ailleurs, retenu l'attention des tribunaux dans plusieurs juridictions nationales et internationales ayant des racines dans différentes traditions juridiques. Ce traitement judiciaire des mêmes questions dans différentes juridictions nous a permis d'ajouter un volet comparatif à notre recherche. Nous avons ainsi choisi de porter notre attention sur la jurisprudence récente de trois tribunaux en particulier : la Cour

⁷ Nous ne traitons donc pas ici des « modes de production, de détermination, de transformation et de transmission du droit autochtone en marge de l'État »; Ghislain Otis, « La production du droit autochtone : comportement, commandement, enseignement » (2018) 48 RGD 67 à la p 89 [Otis (2018) « La production du droit autochtone »]. La présente recherche ne concerne pas et ne prétend pas rendre compte des conceptions juridiques autochtones qui peuvent occuper une place importante dans le droit tel qu'il est vécu par les Autochtones.

⁸ Voir notamment l'article 26 de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Rés AG, Doc off AG NU, 61e sess, Doc NU A/RES/61/295 (2007) [*Déclaration des Nations Unies*].

d'appel du Québec, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

Notre prétention à travers la présente recherche est que l'analyse des décisions judiciaires à travers la lentille des traditions juridiques de même que la comparaison des jugements de différents tribunaux peut permettre de mieux comprendre le développement et la mise en œuvre du droit des Autochtones par des juges issus de traditions juridiques différentes.

Chacun des chapitres de la présente thèse débute par un résumé de son contenu. Le premier chapitre introduit notre projet de recherche en présentant la problématique qui le sous-tend, c'est-à-dire le contexte dans lequel il s'inscrit, sa pertinence au regard de la littérature existante et la question de recherche qui l'anime.

Le deuxième chapitre présente le cadre théorique et l'approche méthodologique que nous avons développés pour mener à terme ce projet et répondre à la question de recherche. Nous y faisons notamment un survol de différentes théories du droit afin d'élaborer une théorie de la décision judiciaire permettant d'isoler et de rendre compte de l'influence des traditions juridiques dans les jugements analysés. Nous y décrivons également notre méthodologie, inspirée de la littérature de droit comparé; nous y exposons certains des choix méthodologiques effectués; et nous présentons la grille d'analyse que nous avons développée comme outil méthodologique aux fins de l'analyse et de la comparaison des décisions judiciaires.

Le troisième et dernier chapitre présente les résultats de notre lecture des décisions judiciaire à travers la lentille des traditions juridiques ainsi qu'une discussion analytique de ces résultats. Nous présentons d'abord les décisions judiciaires analysées en situant ces dernières dans trois « moments importants de construction du droit ». Ensuite, nous dressons un portrait des tendances observées chez les juges de

chacun des tribunaux sous étude à la lumière des décisions judiciaires révisées. Enfin, nous offrons quelques réflexions sur les différences et les similitudes entre les approches judiciaires mises en lumière à travers notre analyse avant de conclure par une discussion des implications potentielles de nos résultats pour la recherche future.

CHAPITRE I

UNE PROBLÉMATIQUE DE RECHERCHE : LES TRADITIONS JURIDIQUES ET LA CONSTRUCTION DU DROIT DANS LES DÉCISIONS JUDICIAIRES EN MATIÈRE DE DROITS TERRITORIAUX

Dans ce chapitre, nous introduisons notre problématique de recherche qui porte sur l'étude de l'influence des traditions juridiques dans la construction du droit des Autochtones, plus particulièrement dans les décisions judiciaires en matière de droits territoriaux. Nous décrivons ainsi l'interface entre les traditions juridiques et le droit des Autochtones et nous soutenons qu'il est pertinent d'étudier cette interface et les méthodologies judiciaires qui en résultent. Nous procédons ensuite à une revue de la littérature afin de présenter l'état des connaissances quant à cette problématique et afin de définir les concepts centraux au présent projet de recherche. Nous recensons ainsi la doctrine pertinente à l'étude du lien entre les traditions juridiques et la construction du droit des Autochtones. Nous définissons aussi les concepts de tradition juridique et de système juridique, puis nous contextualisons le projet de recherche en situant les droits territoriaux dans le droit étatique canadien et en présentant les sources des règles juridiques relatives à ces droits dans les systèmes juridiques étudiés. Nous illustrons ensuite les dynamiques découlant de l'interface entre les traditions juridiques et la construction du droit des Autochtones à travers un exemple déjà abordé par la doctrine, soit celui des conceptions québécoises des droits ancestraux. Nous terminons le chapitre en présentant la question de recherche qui a animé le présent projet.

1.1 Mise en contexte

Le droit des Autochtones, c'est-à-dire le corpus de règles juridiques relatives aux peuples autochtones et à leurs droits, constitue un domaine complexe et dont l'évolution tant sur le plan international que dans les juridictions nationales où coexistent aujourd'hui des populations autochtones et non autochtones a été particulièrement rapide dans les dernières décennies⁹.

Traiter de ces règles et de ces droits particuliers, souvent décrits comme *sui generis*¹⁰, est rarement chose simple. Au Canada, les questions autochtones s'inscrivent dans un jeu complexe de règles constitutionnelles¹¹ et le praticien en droit des Autochtones est

⁹ Pour un aperçu du droit des Autochtones au Canada, voir Sébastien Grammond, *Terms of Coexistence: Indigenous Peoples and Canadian Law*, Toronto, Carswell, 2013 [Grammond (2013), *Terms of Coexistence*]; pour une perspective canadienne particulièrement axée sur les développements jurisprudentiels et utile pour les praticiens, voir Jack Woodward, *Native Law*, feuilles mobiles (2019), Toronto, Carswell, 1989; pour une introduction aux enjeux juridiques, philosophiques, sociologiques et politiques que soulèvent les droits des peuples autochtones à travers le monde, voir Damien Short et Corinne Lennox, dir, *Handbook of Indigenous Peoples' Rights*, New York, Routledge, 2016; pour une discussion du statut des peuples autochtones au regard du droit international, voir S James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, New York, Oxford University Press, 2004; enfin, pour un regard sur les droits des Autochtones à l'ère de la *Déclaration des Nations Unies* sur les droits des peuples autochtones, voir Elvira Pulitano, dir, *Indigenous Rights in the Age of the UN Declaration*, New York, Cambridge University Press, 2012.

¹⁰ Voir *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, [1997] 3 RCS 1010 [*Delgamuukw* (CSC)] au para 82. Voir également Kirsten Anker, « Translating *Sui Generis* Aboriginal Rights and the Civilian Imagination » dans Alexandra Popovici, Lionel Smith et Régine Tremblay, dir, *Les intraduisibles en droit civil*, Montréal, McGill, Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé, 2014, 1 [Anker (2014) « Translating *Sui Generis* Aboriginal Rights »]. Voir aussi le commentaire du professeur Grammond sur l'emploi de cette expression par les tribunaux et quant au fait qu'elle peut permettre aux juges de s'écarter de certaines règles juridiques établies pour élaborer des solutions sur mesure pour répondre aux besoins et circonstances des peuples autochtones, mais aussi qu'elle a permis, en pratique, de masquer l'imposition de certaines limites aux droits ancestraux; dans Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *supra* note 9 aux pp 140-141.

¹¹ Ce « jeu complexe » découle principalement du partage des compétences découlant de la *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, reproduite dans LRC 1985, ann II, n° 5 [*Loi constitutionnelle de 1867*] et de la protection constitutionnelle conférée aux droits ancestraux et issus de traités par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982*

rapidement confronté aux enjeux que soulève ce domaine du droit qui se situe à la fois à l'interface de différentes cultures et juridictions, mais aussi de différentes traditions juridiques¹².

1.1.1 Définir le problème : le droit des Autochtones à l'interface de plusieurs traditions juridiques

Si plusieurs voix revendiquent depuis des années une plus grande reconnaissance des traditions juridiques autochtones par les institutions étatiques canadiennes¹³, il apparaît aussi pertinent de s'attarder au rapport du droit des Autochtones à toutes les traditions juridiques : non seulement à celles des autochtones¹⁴, mais également aux autres traditions juridiques dans lesquelles le système juridique canadien (de même que le système juridique américain et de nombreux systèmes européens et

sur le Canada (R-U), 1982, c 11 [*Loi constitutionnelle de 1982*]. À ces enjeux s'ajoutent le contexte historique de la colonisation européenne des territoires qui forment aujourd'hui le Canada, l'affirmation de la souveraineté de la Couronne britannique et l'importation de traditions et de systèmes juridiques d'origine européenne.

¹² Cette notion, qui sera définie plus amplement plus loin dans le présent texte, est ici employée au sens où l'entend H Patrick Glenn, soit en référence principalement à la transmission d'information. Voir H Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, 5e éd, Oxford, Oxford University Press, 2014 [Glenn (2014), *Legal Traditions of the World*].

¹³ Voir notamment John Borrows, *Canada's Indigenous Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 2010; voir aussi Val Napoleon et Hadley Friedland, « An Inside Job: Engaging with Indigenous Legal Traditions Through Stories » (2016) 61:4 RD McGill 725. Une telle reconnaissance a d'ailleurs fait des progrès dans les dernières années, comme en témoigne par exemple la reconnaissance formelle de l'adoption coutumière par le gouvernement du Québec avec l'adoption à l'unanimité par les membres de l'Assemblée nationale le 16 juin 2017 de la *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements*, LRQ 2017 c 12.

¹⁴ Le professeur Glenn situait pour sa part les traditions juridiques autochtones dans ce qu'il a appelé la tradition « chtonique ». Voir Glenn (2014), *Legal Traditions of the World*, *supra* note 12 aux pp 60 et s.

d'Amérique latine) prennent leur racines, soit plus précisément les traditions de common law et de droit civil¹⁵.

L'appartenance à une ou plusieurs traditions juridiques entraîne-t-elle des conceptions et constructions différentes du droit des Autochtones? Un juge formé dans la tradition civiliste interprète-t-il ce droit de la même manière qu'un autre formé en common law? Dans la mesure où les tribunaux appelés à trancher des affaires de droit des Autochtones contribuent, à travers les jugements qu'ils produisent, à construire ce domaine du droit, ces questions sont d'intérêt non seulement pour la pratique du droit des Autochtones, mais également pour mieux comprendre son évolution.

En effet, si une différence existe entre les approches civiliste et de common law vis-à-vis de l'interprétation du droit, quelles en sont les conséquences pour la construction du droit des Autochtones et l'élaboration de nouvelles règles juridiques? Ces règles s'adressent-elles à – ou tiennent-elles pour acquis – un auditoire judiciaire de common law, ou de civilistes, ou encore ont-elles de par leur nature même un caractère mixte¹⁶? Le droit des Autochtones – au Canada, mais aussi dans plusieurs tribunaux internationaux comme la Cour interaméricaine des droits de l'homme – doit être interprété et mis en application par des juges issus de différents systèmes

¹⁵ Glenn (2014), *Legal Traditions of the World*, *ibid.*

¹⁶ La Cour suprême du Canada, qui constitue le plus haut tribunal au Canada et qui a élaboré une partie importante des règles juridiques formant le droit canadien des Autochtones, a d'ailleurs déjà été décrite par l'un de ses juges comme possédant une « culture juridique mixte ». Voir Louis LeBel, « Les cultures de la Cour suprême du Canada: vers l'émergence d'une culture dialogique? » dans Jean-François Gaudreault-DesBiens et al, dir, *Convergence, concurrence et harmonisation des systèmes juridiques : Les journées Maximilien-Caron 2008*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, 1 à la p 6 cité dans Matthieu Juneau, « The Mixité of Quebec's Recodified Civil Law: A Reflection of Quebec's Legal Culture », (2016) 62 Loy L Rev 809 à la p 822 [Juneau (2016), « Mixité »].

juridiques, parfois même de différentes traditions juridiques¹⁷; mais le bagage culturel des juges et la tradition juridique dont ils sont issus peuvent-ils influencer leur façon de juger et de contribuer au développement du droit? La présente thèse tente de fournir des pistes de réponse à ces questions.

Pour ce faire, la présente recherche compare des décisions judiciaires en droit des Autochtones de trois tribunaux qui apparaissent comme étant emblématiques de différents rapports aux traditions juridiques de droit civil et de common law : la Cour d'appel du Québec, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Au surplus, la présente recherche cible certaines questions précises de droit des Autochtones qui ont fait l'objet d'un traitement judiciaire par ces mêmes tribunaux : la reconnaissance de l'existence de droits territoriaux. Par « droits territoriaux », nous entendons ici référer aux droits des peuples autochtones ayant une dimension territoriale ou un ancrage dans le territoire¹⁸. Dans la terminologie juridique canadienne, on réfère ainsi à des droits ancestraux¹⁹

¹⁷ C'est notamment le cas des juges québécois au Canada ainsi que des juges de la Cour suprême du Canada.

¹⁸ Pour une perspective anthropologique sur les types de rapports au territoire et les représentations de l'espace qui leur sont associées, voir Étienne Le Roy, « Représentations d'espaces et droits territoriaux autochtones chez les Premières Nations du Canada » (2016) 46:2-3 *Recherches amérindiennes au Québec* 79.

¹⁹ Selon les termes du juge en chef Lamer de la Cour suprême du Canada, les droits ancestraux sont des « droits détenus par les autochtones parce qu'ils sont des autochtones »; *R c Van der Peet*, [1996] 2 RCS 507 [*Van der Peet* (CSC)] au para 20. Notons que tous les droits ancestraux ne se rapportent pas nécessairement au territoire; voir *Van der Peet* (CSC), la juge L'Heureux-Dubé au para 116.

ayant trait à l'exercice de certaines activités sur un territoire²⁰ ou encore au titre ancestral²¹, véritable « titre foncier aborigène » sur le territoire lui-même²².

Le pari que fait la présente recherche est que la comparaison des décisions de différents tribunaux emblématiques traitant des droits territoriaux permet de tirer des conclusions sur le lien entre l'appartenance à une ou plusieurs traditions juridiques et la méthodologie judiciaire employée par les juges pour solutionner un litige et, par le fait même, sur la construction du droit des Autochtones et son évolution dans certaines directions plutôt que d'autres. En d'autres termes, la présente recherche examine la forme et le contenu de jugements en matière de droits territoriaux ainsi que la ou les conception(s) du droit qui sous-tendent ces derniers.

1.1.2 De la pertinence d'étudier les discours et méthodologies judiciaires dans les jugements de droit des Autochtones : une fenêtre sur les dynamiques d'interprétation et de construction du droit

Le lien entre la ou les traditions juridiques d'appartenance des juges et l'interprétation, la construction et le développement du droit des Autochtones dans les décisions judiciaires n'a pas reçu une grande attention doctrinale. Pourtant, cet enjeu

²⁰ Ce que le professeur Otis a appelé les « droits-activités »; voir Ghislain Otis, « Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones » (1999) 40 C de D 591 à la p 603 [Otis (1999) « Les sources des droits ancestraux »].

²¹ Dans les mots du juge en chef Lamer, le titre ancestral ou aborigène « est l'aspect des droits ancestraux qui se rapporte spécifiquement aux revendications territoriales des autochtones; c'est le moyen par lequel la common law reconnaît les droits fonciers des autochtones »; *Van der Peet* (CSC) *supra* note 19 au para 33. En ce sens, le titre ancestral est une « sous-catégorie » de droits ancestraux qui ne concernent que des droits fonciers; *Van der Peet* (CSC) au para 74. Voir aussi les motifs de la juge L'Heureux-Dubé au para 116.

²² Voir Otis (1999) « Les sources des droits ancestraux » *supra* note 20 à la p 606; voir aussi Ghislain Otis, « Le titre aborigène : émergence d'une figure nouvelle et durable du foncier autochtone ? » (2005) 46 C de D 795.

soulève des questions fondamentales pour le droit à la fois sur le plan théorique et d'un point de vue pratique.

D'abord, bien que les décisions judiciaires ne constituent qu'un des lieux de construction du droit des Autochtones²³, les tribunaux jouent, au Canada comme sur la scène internationale, un rôle primordial dans l'interprétation et dans l'élaboration des règles juridiques du droit des Autochtones, particulièrement en matière de droits territoriaux²⁴.

Dans ce contexte (particulièrement) et sur le plan théorique (généralement), il apparaît crucial de chercher à mieux comprendre les discours judiciaires relatifs au droit des Autochtones et les facteurs qui influencent ces discours, notamment à savoir s'ils peuvent être reliés aux traditions juridiques. Ce type de recherche permet donc, selon nous, de rendre explicites les « pratiques discursives et cadres conceptuels »²⁵

²³ Il peut en effet y avoir bien d'autres lieux de construction du droit des Autochtones (comme la législation et les politiques gouvernementales de même que la conclusion d'ententes et de traités entre le gouvernement et des peuples autochtones; voir à ce sujet dans le contexte de l'allocation des droits à la terre et aux ressources Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *supra* note 9 à la p 172), et ce, sans compter la pratique des acteurs juridiques et non-juridiques de même que la normativité autochtone; voir Andrée Lajoie, dir, *Gouvernance autochtone : aspects juridiques, économiques et sociaux*, Montréal, Éditions Thémis, 2007; voir aussi Otis (2018) « La production du droit autochtone » *supra* note 7.

²⁴ Comme il sera discuté plus amplement plus loin dans le présent texte, ce sont en effet les tribunaux comme la Cour suprême du Canada et la Cour interaméricaine des droits de l'homme qui ont donné, à travers un exercice d'interprétation, un contenu substantif aux droits protégés par les textes constitutionnels (comme la *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra* note 11) ou par des conventions internationales (comme la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 22 novembre 1969, 1144 RTNU 123 (entrée en vigueur : 18 juillet 1978) [*Convention américaine*]). Voir à titre d'illustration les décisions *Van der Peet* (CSC) *supra* note 19 et *Affaire Mayagna (Sumo) Awas Tingni (Nicaragua)* (2001), Inter-Am Ct HR (sér C) no° 79, en ligne : Cour interaméricaine des droits de l'homme <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/decisions-and-judgments>> [*Awas Tingni*].

²⁵ L'expression est empruntée à Mitchel Lasser (et traduite); voir Mitchel de S-O-L'E Lasser, *Judicial Deliberations*, Oxford University Press, 2004 [Lasser (2004) *Judicial Deliberations*] à la p 20.

qui sont susceptibles d'avoir une incidence sur les décisions judiciaires rendues par les tribunaux, et donc, sur l'évolution du droit.

Au surplus, alors que le droit des Autochtones s'applique en principe de la même façon à travers tout le territoire du Canada²⁶, il est pertinent de chercher à savoir si ce droit est réellement appliqué uniformément ou si on dénote des spécificités dans certains discours judiciaires (provinciaux, par exemple) qu'on ne retrouve pas ailleurs²⁷. En d'autres termes, est-ce que l'unité de façade du droit des Autochtones au Canada cache en fait une diversité liée aux traditions juridiques?

De façon similaire, la ratification par plusieurs États d'un nombre croissant d'instruments internationaux tels que la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*²⁸ et la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*²⁹ augmente les chances que les mêmes questions de droit des Autochtones doivent être traitées, par des instances judiciaires, sur la base des mêmes textes juridiques, mais dans des pays et des contextes juridiques bien différents³⁰. À ce titre,

²⁶ Voir *Roberts c Canada*, [1989] 1 RCS 322.

²⁷ À titre d'exemple, le professeur Dwight Newman mentionne en ouverture de son livre *Revisiting the Duty to Consult Aboriginal Peoples* que sa propre analyse du devoir de la Couronne de consulter et d'accommoder les populations autochtones est surtout le reflet d'une approche et d'un contexte qui sont *western canadian*, reconnaissant ainsi que des approches différentes existent sans doute ailleurs au Canada; voir Dwight Newman, *Revisiting the Duty to Consult Aboriginal Peoples*, Saskatoon, Purich, 2014 à la p 13. Voir également Rachel Ariss, Clara MacCallum Fraser et Diba Nazneen Somani, « Crown Policies on the Duty to Consult and Accommodate: Towards Reconciliation », (2017) 13 RDDD McGill 1 pour une étude des différentes approches vis-à-vis la consultation et l'accommodement des peuples autochtones telles que reflétées dans les politiques de consultation adoptées par différents gouvernements, fédéral et provinciaux, au Canada.

²⁸ *Déclaration des Nations Unies*, *supra* note 8.

²⁹ *Convention américaine*, *supra* note 24.

³⁰ À titre d'exemple, on peut notamment penser à la notion de consentement libre préalable et éclairé qui a reçu une attention grandissante dans les dernières années au Canada comme à l'international; à

la question de la méthodologie judiciaire dans l'interprétation du droit des Autochtones et de son rapport aux traditions juridiques devrait aussi contribuer aux débats sur le transjudicialisme qui animent la communauté juridique³¹.

Si des spécificités ou des différences liées aux traditions juridiques existent dans certains discours judiciaires en droit interne comme à l'international, quelles en sont les conséquences? Ont-elles des inclinations libérales ou plus conservatrices? Ont-elles un impact sur la propension à reconnaître des droits aux peuples autochtones ou bien à limiter la portée, voire à nier l'existence, de tels droits?

Ces questions ont non seulement le potentiel de nous en apprendre plus sur la nature du droit des Autochtones d'un point de vue théorique, mais aussi, l'étude des pratiques discursives et des cadres conceptuels liés aux traditions juridiques – ainsi que des biais plus ou moins invisibles qui peuvent en découler – ouvre la porte à une réflexion sur la pratique du droit des Autochtones, autant pour les praticiens qui présentent les causes de leurs clients devant les tribunaux que pour les juges qui en décident : le rattachement à une tradition juridique favorise-t-il l'émergence de tels biais et, si oui, qu'est-ce que ces biais révèlent sur la relation entre la société non

ce sujet, voir notamment S James Anaya et Sergio Puig, « Mitigating State Sovereignty: The Duty to Consult with Indigenous Peoples » (2017) 67 UTLJ 435; voir aussi la discussion du consentement libre préalable et éclairé au regard du droit canadien et du droit international dans Doris Farget et Marie-Pier Fullum-Lavery, « La place réservée à l'avis des peuples autochtones dans le cadre du processus de prise de décision concernant le Plan Nord ou l'exploitation du Nord québécois : perspective juridique interne et internationale (2014) 59:3 RD McGill 595; Shin Imai, « Consult, Consent and Veto: International Norms and Canadian Treaties » dans John Borrows et Michael Coyle, dir, *The Right Relationship: Reimagining the Implementation of Historical Treaties*, Toronto, University of Toronto Press, 2017, 370; et Sarah Morales, « Braiding the Incommensurable: Indigenous Legal Traditions and the Duty to Consult » dans Centre for International Governance Innovation, *UNDRIP Implementation: Braiding International, Domestic and Indigenous Laws*, Rapport spécial, 2017, 63 [Morales (2017) « Braiding the Incommensurable »].

³¹ Voir par exemple Albert Breton, dir, *Le Multijuridisme : manifestations, causes et conséquences*, Paris, Éditions ESKA, 2010.

autochtone et les Autochtones? Sur le rapport à l'Autre du droit étatique? Sur la possibilité d'une véritable réconciliation entre populations autochtones et non autochtones, cet « objectif fondamental du droit moderne relatif aux droits ancestraux et issus de traités »³² ?

Ainsi, l'un des objectifs sous-jacents de la présente recherche est de permettre non seulement d'améliorer la compréhension du rapport des tribunaux de différentes traditions juridiques au droit des Autochtones et de leur contribution au développement de ce domaine du droit, mais aussi de permettre d'identifier des « champs de possibilités »³³ pour les juges et les juristes de différentes traditions juridiques en révélant des alternatives qui auraient émergé, ou encore qui pourraient avoir été supprimées ou occultées, dans une tradition et non dans une autre. On peut ainsi s'interroger à savoir si le rapport du droit des Autochtones aux traditions juridiques n'aurait pas quelque chose à voir avec la poursuite – ou le renversement – de dynamiques coloniales ou de rapports de force inégaux. Une meilleure compréhension du lien entre tradition juridique et droit des Autochtones pourrait en ce sens peut-être également contribuer à la décolonisation du droit.

³² La réconciliation entre Canadiens autochtones et non autochtones et la conciliation de leurs revendications, intérêts et ambitions respectifs est un objectif affirmé par la Cour suprême du Canada (voir notamment *Première nation crie Mikisew c Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 RCS 388 [*Mikisew* (2005)] au para 1) qui est également d'intérêt en dehors des frontières du Canada, pour toutes les sociétés où des populations autochtones et non autochtones doivent coexister.

³³ Jacques Du Plessis, « Comparative Law and the Study of Mixed Legal Systems » dans Mathias Reimann et Reinhard Zimmermann, dir, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 478 à la p 504.

1.2 Revue de la littérature

1.2.1 Le lien entre les traditions juridiques et la construction du droit des Autochtones : un terreau fertile pour la recherche

Si le droit des Autochtones est un domaine dont le développement dans les dernières années a été extrêmement rapide³⁴ et qui a généré une quantité impressionnante de commentaires académiques³⁵ au Canada comme à l'international, le lien spécifique entre différentes traditions juridiques et le développement du droit des Autochtones apparaît, lui, avoir été très peu traité³⁶.

Une littérature en pleine croissance s'intéresse certainement aux traditions juridiques autochtones³⁷ et, comme le rapporte à juste titre le professeur Ghislain Otis, de plus en plus de chercheurs, particulièrement au Canada, tentent de « restituer », de « restaurer » et de « formaliser » ces traditions qui ont trop souvent été mises à mal à travers l'histoire de la colonisation³⁸.

³⁴ Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *supra* note 9 à la p 1.

³⁵ Voir notamment les références citées au début du présent chapitre à la note 9. Bien que cette liste soit tout à fait incomplète et arbitraire, soulignons aussi les contributions canadiennes importantes des professeurs Brian Slattery, Patrick Macklem, Kent McNeil, Mark D Walters, Ghislain Otis et John Borrows ainsi que celle du professeur néo-zélandais Paul G McHugh.

³⁶ Voir toutefois Anker (2014) « Translating *Sui Generis* Aboriginal Rights », *supra* note 10 qui soulève cette question ainsi que Andrée Lajoie, Hugues Melançon, Guy Rocher et Richard Janda, « Quebec's Conceptions of Aboriginal Rights », (1998) 13:1 RCDS 63 [Lajoie et al (1998)] qui fait l'objet d'une discussion plus loin dans le présent chapitre.

³⁷ Voir notamment John Borrows (2010), *Canada's Indigenous Constitution*, *supra* note 13; Val Napoleon et Hadley Friedland, « An Inside Job: Engaging with Indigenous Legal Traditions Through Stories », *supra* note 13; Otis (2018) « La production du droit autochtone » *supra* note 7.

³⁸ Voir Otis (2018) « La production du droit autochtone » *supra* note 7 aux pp 85-87. Le professeur Otis cite les verbes employés par Hadley Friedland dans un entretien rapporté dans Geneviève Motard

Ce travail important et nécessaire n'épuise toutefois pas le spectre des possibilités qu'offre la recherche sur les traditions juridiques et le droit des Autochtones. Tel que mentionné précédemment, le droit des Autochtones se situe à l'interface de plusieurs traditions juridiques — dont de façon notoire le droit civil et la common law en sus des traditions autochtones ou « chtoniques »³⁹ — et il apparaît utile de chercher à mieux comprendre la mécanique des inévitables interactions qui ont cours entre les différentes traditions jusque dans les décisions judiciaires.

Les spécificités juridiques et judiciaires pouvant découler de l'appartenance à une ou plusieurs traditions juridiques ont retenu une certaine attention doctrinale⁴⁰, particulièrement dans le cas du Québec⁴¹, mais sans vraiment que les auteurs de cette doctrine ne considèrent les conséquences de telles spécificités sur le traitement judiciaire du droit des Autochtones.

et Mathieu-Joffe Lainé, « Prendre le droit autochtone au sérieux : entretien avec Hadley Friedland » (2016) 40:2 *Anthropologie et sociétés* 195 à la p 199.

³⁹ Glenn (2014), *Legal Traditions of the World*, *supra* note 12 aux pp 60 et s.

⁴⁰ Voir notamment Glenn (2014), *Legal Traditions of the World*, *ibid*; H Patrick Glenn, « A Concept of Legal Tradition » (2008) 34 *Queen's LJ* 427 [Glenn (2008) « A Concept of Legal Tradition »]; et H Patrick Glenn, « La Cour suprême du Canada et la tradition du droit civil » (2001) 80 *R du B can* 151. Voir aussi Nicholas Kasirer, dir, *Le droit civil, avant tout un style?*, Montréal, Centre de recherche en droit privé & comparé du Québec, Éditions Thémis, 2003. Sur l'expression d'une spécificité juridique et judiciaire dans le cas de systèmes juridiques mixtes, voir Sue Farran, Esin Örüçü et Sean Patrick Donlan, dir, *A Study of Mixed Legal Systems: Endangered, Entrenched, or Blended*, Farnham, Surrey, Ashgate Publishing Limited, 2014. Pour une discussion des manifestations de différentes traditions juridiques chez les législateurs, chez les juges et chez les professeurs de droit, voir Jürgen Basedow, Holger Fleischer et Reinhard Zimmermann, dir, *Legislators, judges, and Professors*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016 [Basedow et al (2016), *Legislators, judges, and Professors*].

⁴¹ Voir notamment Vernon Valentine Palmer, « Quebec and Her Sisters in the Third Legal Family », (2009) 54 *RD McGill* 321 [Palmer (2009)]; Daniel Jutras, « Culture et droit processuel : le cas du Québec », (2009) 54 *RD McGill* 273; et Rosalie Jukier, « Inside the Judicial Mind: Exploring Judicial Methodology in the Mixed Legal System of Quebec » (2013) *European Journal of Comparative Law and Governance* 1 [Jukier (2013) « Inside the Judicial Mind »].

Une exception notoire à cette absence de traitement doctrinal du lien entre les traditions juridiques et la construction du droit des Autochtones est l'article « Quebec's Conceptions of Aboriginal Rights »⁴² de Lajoie, Melançon, Rocher et Janda où les auteurs ont analysé, notamment, les conceptions québécoises des droits ancestraux dans les décisions judiciaires rendues par des juges québécois depuis 1763 jusqu'aux années 1990s. La présente thèse cherche en quelque sorte à poursuivre la démarche amorcée dans cet article datant de 1998 en analysant la jurisprudence récente et en intégrant une approche comparative par la juxtaposition des conceptions des droits ancestraux et du titre ancestral de plusieurs tribunaux ayant des liens différents avec les traditions juridiques du droit civil et de la common law. Ce faisant, la présente recherche aspire (ou espère) contribuer à combler certaines des lacunes existant dans le traitement doctrinal du lien entre les traditions juridiques et le droit des Autochtones et à contribuer humblement à l'édification des connaissances sur la nature du droit des Autochtones. Mais avant de procéder, il apparaît nécessaire de définir certains des concepts qui sont au cœur de la présente recherche.

1.2.2 Une définition des concepts clés : les traditions juridiques et les systèmes juridiques

Selon H. Patrick Glenn, la « tradition » fait souvent référence à ce qui est transmis du passé au présent, donc à un « comportement répété »⁴³. Bien que la tradition, comme la coutume d'ailleurs, ne devrait pas être réduite uniquement à ce seul aspect, Glenn retient tout de même que la tradition consiste essentiellement en de l'information qui

⁴² Lajoie et al (1998) *supra* note 36.

⁴³ Dans le texte original, Glenn emploie l'expression « repetitive and patterned conduct »; voir Glenn (2008) « A Concept of Legal Tradition », *supra* note 40 à la p 429.

est d'abord fixée ou capturée puis utilisée ou mise en application⁴⁴. Il en va de manière similaire pour la notion de « tradition juridique » : celle-ci contient une quantité importante d'information normative qui a été accumulée pendant une longue période de temps⁴⁵. Une tradition juridique est transmise à travers les siècles⁴⁶ et demeure vaste et, surtout, ouverte.

En contraste avec une tradition juridique, un système juridique réfère à un ensemble (ou assemblage « d'information normative » pour recycler la formule de Glenn) fermé et bien défini⁴⁷. Un système juridique est en quelque sorte confiné dans son propre droit, ses institutions, ses lois, sa jurisprudence, etc.; c'est la loi en vigueur dans une juridiction donnée⁴⁸.

La notion de tradition juridique défendue par le professeur Glenn englobe plus que le droit positif formel d'un système juridique donné et inclut également des façons de faire, de penser, de raisonner et de solutionner des problèmes juridiques; en d'autres termes, une culture du droit et du rapport du droit à la société⁴⁹.

⁴⁴ Glenn (2008) « A Concept of Legal Tradition », *ibid* à la p 432.

⁴⁵ Glenn (2008) « A Concept of Legal Tradition », *ibid* à la p 438.

⁴⁶ Juneau suggère que l'idée de filiation mène à parler des traditions comme des « familles juridiques »; voir Juneau (2016), « Mixité », *supra* note 16 à la p 812. Il y a déjà bien des années, le professeur René David classifiait effectivement les grands systèmes juridiques en différentes « familles juridiques »; voir notamment René David, *Les grands systèmes de droit contemporains (droit comparé)*, Paris, Dalloz, 1964.

⁴⁷ Juneau (2016), « Mixité », *ibid* à la p 812. Voir aussi Glenn (2008) « A Concept of Legal Tradition », *supra* note 40 aux pp 440-441.

⁴⁸ Juneau (2016), « Mixité », *ibid* 2016 à la p 812.

⁴⁹ Glenn (2008) « A Concept of Legal Tradition », *supra* note 40 aux pp 432 à 434.

Cette notion apparaît ainsi appropriée pour englober des actes et des façons de faire et de penser qui ne découlent pas nécessairement de directives écrites, qui ne font pas formellement partie du droit positif, mais qui peuvent néanmoins influencer l'interprétation du droit, la solution qu'un juge privilégiera et donc l'évolution de la jurisprudence et du droit lui-même. De telles « façons de faire et de penser » sont, dans la mesure où elles sont reflétées et visibles ou discernables dans les décisions judiciaires, au cœur de la présente recherche.

Les traditions juridiques offrent aussi une conception du droit qui est plus inclusive qu'une conception strictement positiviste qui se contenterait de considérer les systèmes juridiques nationaux : d'une part les traditions juridiques incluent le droit étatique et, d'autre part, elles permettent de considérer le « droit non étatique » comme du droit⁵⁰. Le droit des Autochtones soulève d'ailleurs des questions fondamentales quant à la capacité d'un système juridique de considérer, voire d'incorporer ou de reconnaître, d'autres formes de normativités, tel qu'on retrouve notamment dans les traditions juridiques autochtones⁵¹.

Le système juridique québécois a souvent été qualifié de « juridiction mixte »⁵². Comme le souligne Martin Juneau, le Québec possède une dualité de droits communs, c'est-à-dire qu'on y retrouve deux traditions juridiques à l'œuvre

⁵⁰ Glenn (2008) « A Concept of Legal Tradition », *ibid* à la p 438.

⁵¹ Voir à ce titre la discussion ci-dessous concernant les fondements théoriques des droits ancestraux et du titre ancestral dans la section 1.2.4. Voir aussi Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *supra* note 9 aux pp 204 à 217.

⁵² Voir notamment Palmer (2009), *supra* note 41; Jukier (2013) « Inside the Judicial Mind », *supra* note 41; Jean-Louis Baudouin, « L'art de juger en droit civil : réflexion sur le cas du Québec », (2016) 572:2 C de D 327 [Baudouin (2016) « L'art de juger »].

dans le même système juridique⁵³. Certains auteurs écrivent que cette dualité est caractéristique des juridictions mixtes⁵⁴. Juneau écrit quant à lui que nombre de juridictions dites mixtes ont vu leur droit civil évoluer sous l'influence du droit anglais, générant souvent une transformation graduelle du droit en un droit mixte⁵⁵. Juneau note ainsi que le droit civil québécois a évolué de telle façon depuis le vieux droit français à tel point qu'on ne peut plus le qualifier comme appartenant exclusivement à la tradition civiliste du droit canonique romain et qu'il devrait plutôt être caractérisé comme juridiction de droit mixte. Juneau soutient également que l'exercice de recodification qui a mené à l'adoption du *Code civil du Québec* constituait en partie une tentative de ramener le droit civil québécois dans la tradition civiliste⁵⁶.

Cette valorisation de la tradition civiliste et de l'autonomie du système juridique québécois est significative dans le contexte du droit des Autochtones qui, comme il sera question plus loin dans le présent texte, est développé surtout par des tribunaux de common law et dérivé de concepts et de notions étrangers au droit civil et à la tradition civiliste.

Pour Juneau, ce qui caractérise le droit québécois n'est pas la mixité de ses sources, mais bien la mixité des méthodes utilisées en droit et la mixité de sa culture juridique. La mixité serait ainsi la toile de fond de l'interprétation du droit par les juges au Québec. Il est donc pertinent d'étudier les éléments composant cette mixité et de

⁵³ Juneau (2016), « Mixité », *supra* note 16 à la p 813.

⁵⁴ Par exemple Vernon Valentine Palmer cité dans Juneau (2016), « Mixité », *ibid* à la p 813.

⁵⁵ Voir Juneau (2016), « Mixité », *ibid* à la p 814.

⁵⁶ Voir Juneau (2016), « Mixité », *ibid* aux pp 820-821.

s'intéresser à l'influence que ces éléments peuvent avoir sur l'interprétation du droit en général et du droit des Autochtones en particulier⁵⁷.

Selon Juneau, le droit civil québécois a historiquement été en dialogue avec diverses autorités, mais ce dialogue a diminué avec la codification et les mouvements pour protéger et défendre la tradition civiliste dans le droit québécois (particulièrement forts dans les années 1920 et 1930⁵⁸). Plus récemment, on assisterait au retour d'une plus grande place accordée au dialogue du droit civil québécois avec différentes traditions. Le droit des Autochtones participerait-il ou pourrait-il participer de ce mouvement? Comment différentes traditions réagissent-elles à ce dialogue? La discussion qui suit illustre de quelle façon le droit des Autochtones constitue un site nécessaire et privilégié pour de telles interactions entre traditions juridiques.

1.2.3 La localisation du droit des Autochtones dans le droit positif canadien

Au Canada, le droit des Autochtones est le plus souvent associé au droit fédéral et à la *common law*. C'est en effet le Parlement du Canada qui a, en vertu du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, autorité législative sur les « Indiens et les

⁵⁷ Par exemple, on pourrait s'interroger sur l'interaction entre le droit commun et le droit des Autochtones. Juneau, dans sa thèse de maîtrise, soutient que le droit commun joue entre autres un rôle structurant pour la pensée juridique, un rôle de référence quant au vocabulaire et concepts de base employés par les juristes, un rôle dans l'interprétation du droit lui-même ainsi qu'un rôle supplétif afin de combler certaines lacunes dans le droit écrit ou encore dans les contrats. Chacun de ces rôles du droit commun est susceptible d'influencer le regard que portera le juriste sur le droit des Autochtones. Voir Martin Juneau, *La notion de droit commun en droit civil québécois*, mémoire de droit, Université Laval, 2009 [non publié] disponible en ligne : < www.theses.ulaval.ca/2009/26391/26391.pdf >.

⁵⁸ Voir Juneau (2016), « Mixité », *supra* note 16 à la p 823 citant Sylvio Normand, « Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : la sauvegarde de l'intégrité du droit civil » (1987) 32:3 McGill LJ 559 [Normand (1987), « Un thème dominant »].

terres réservées pour les Indiens ». Ainsi, la *Loi sur les Indiens*⁵⁹, qui régit encore à ce jour le « statut d'Indien », les « réserves » et de nombreux aspects du droit canadien applicable aux populations autochtones, est une création du Parlement et de l'administration coloniale britannique⁶⁰. Toutefois, comme le souligne le professeur Grammond⁶¹, cette compétence fédérale ne peut être dissociée de l'attribution aux provinces canadiennes, en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de la propriété des terres publiques⁶² et de l'autorité législative sur ces mêmes terres⁶³. On pourrait certainement ajouter à cette liste « la propriété et les droits civils » dans les provinces⁶⁴ de même que l'administration de la justice et le maintien des tribunaux ayant juridiction civile et criminelle⁶⁵. Ainsi, les auteurs Lajoie, Melançon, Rocher et Janda écrivent au sujet de la compétence exclusive du gouvernement fédéral :

*« Yet, due to the inherent contradictions of federalism, "exclusive" does not really mean exclusive, and some provincial legislation pertaining to other subjects, when read in the Canadian legal order, can validly affect aboriginals. »*⁶⁶

⁵⁹ LRC (1985), c I-5.

⁶⁰ Voir Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *supra* note 9 aux pp 109 et s.

⁶¹ Voir Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *supra* note 9 à la p 91.

⁶² *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 11, article 109.

⁶³ *Loi constitutionnelle de 1867*, *ibid*, articles 92(5) et 92A.

⁶⁴ *Loi constitutionnelle de 1867*, *ibid*, 92(13).

⁶⁵ *Loi constitutionnelle de 1867*, *ibid*, 92(14).

⁶⁶ Lajoie et al (1998) *supra* note 36 aux pp 75-76.

Les questions intéressant le droit des Autochtones ne sont donc pas confinées exclusivement à la juridiction fédérale et ne sont pas du seul ressort des tribunaux fédéraux.

Il est également digne de mention que dans tout le Canada à la seule exception du Québec, les tribunaux sont de tradition de common law⁶⁷ et sont majoritairement d'expression anglaise. Ceci n'est pas sans conséquence puisque le droit des Autochtones fait l'objet d'un traitement judiciaire non seulement par les tribunaux fédéraux, mais aussi dans les cours provinciales et des trois territoires canadiens. Tous ces tribunaux sont la source d'une jurisprudence abondante et variée puisqu'ils doivent appliquer, à l'endroit des populations autochtones vivant dans la province ou le territoire sous leur juridiction (et selon les particularités de ces dernières), les règles et principes de droit des Autochtones qui découlent non seulement du droit fédéral (textes constitutionnels, législation et jurisprudence), mais également ceux qui sont développés par les tribunaux provinciaux et territoriaux. Ainsi, le droit des Autochtones canadien est considéré comme faisant généralement partie du droit public et s'applique en principe de façon uniforme à travers tout le Canada⁶⁸. Mais est-ce que cette unité de façade est véritablement reflétée dans les décisions judiciaires des différents tribunaux canadiens?

En ce qui concerne plus précisément les notions de droits ancestraux et de titre ancestral, lesquelles ont été interprétées par la Cour suprême du Canada⁶⁹, ces

⁶⁷ Voir la discussion précédente à la section 1.2.2 et Glenn (2014), *Legal Traditions of the World*, *supra* note 12.

⁶⁸ Voir Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *supra* note 9 aux pp 196-197 citant l'arrêt *Roberts c Canada*, [1989] 1 RCS 322.

⁶⁹ Voir la discussion ci-dessous à la section 1.2.4.

dernières devraient en principe être traitées de la même façon par tous les tribunaux du Canada. Mais est-ce vraiment le cas? Que révèle une analyse comparative des discours de différents tribunaux? Et comment ces discours se comparent-ils avec ceux de tribunaux internationaux qui ont également eu à se prononcer sur les droits des peuples autochtones au regard des instruments et principes du droit international?

1.2.4 Les sources des règles juridiques relatives aux droits territoriaux au Canada et dans le système interaméricain de protection des droits de l'homme

Rappelons d'abord que dans la terminologie juridique canadienne, les droits ancestraux sont des droits qui appartiennent aux Autochtones du fait qu'ils sont des Autochtones et que le titre ancestral ou aborigène est en quelque sorte une « sous-catégorie » de droit ancestral qui a trait spécifiquement au foncier, c'est-à-dire au territoire revendiqué par un peuple autochtone⁷⁰.

Dans son traité sur le droit des Autochtones au Canada, le professeur Grammond souligne que les droits relatifs à la terre ont été, depuis la colonisation, la principale source de tension entre les descendants des colons européens et les peuples autochtones; et qu'il n'est donc pas surprenant que les droits relatifs au territoire constituent « l'épine dorsale » du droit des Autochtones⁷¹.

Selon le professeur Grammond, il y a, en droit canadien, trois méthodes d'allocation des ressources liées à la terre avec, pour chacune de ces méthodes, un mode de

⁷⁰ *Van der Peet* (CSC) *supra* note 19, le juge en chef Lamer aux paras 19-20 et 74.

⁷¹ Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *supra* note 9 à la p 171. Le professeur Grammond emploie les termes « *backbone of indigenous peoples' law* » dans le texte original.

raisonnement qui lui est propre⁷². Ainsi, l'allocation unilatérale par l'État à travers la législation (comme ce fut le cas avec le système des réserves) emprunte aux concepts du droit administratif et de l'action gouvernementale. L'allocation par des ententes, comme les traités, emprunte pour sa part au droit des contrats. Mais pour les fins de la présente recherche, c'est surtout le troisième mode d'allocation qui retient notre attention, soit la reconnaissance judiciaire de droits ancestraux. Le professeur Grammond écrit à propos de cette dernière méthode qu'elle mobilise tout le pouvoir créatif des juges :

*« Aboriginal rights are neither created by legislation nor by agreement; it is therefore here that the creative power of the judiciary is most apparent, and where judges must resort to reasoning based on history, indigenous culture and general principles of justice. »*⁷³

Afin de souligner le rôle important des tribunaux et des juges dans le développement de ce volet du droit des Autochtones, il convient d'étudier plus en profondeur les droits ancestraux et la « notion connexe » qu'est le titre ancestral dans le contexte canadien.

D'abord, la doctrine juridique des droits ancestraux remonte, selon la description qu'en fait la Cour suprême du Canada, à la rencontre entre les colons européens et les populations autochtones⁷⁴. Dans l'arrêt *Mitchell*, la juge en chef McLachlin explique que les peuples autochtones occupaient et utilisaient une vaste partie de l'Amérique du Nord bien avant l'arrivée des Européens et que ces peuples étaient organisés en

⁷² Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *ibid* aux pp 171-172.

⁷³ Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *ibid* à la p 172.

⁷⁴ Voir notamment *Van der Peet* (CSC) *supra* note 19, le juge en chef Lamer au para 30.

sociétés distinctives avec leurs propres structures sociales et politiques⁷⁵. Alors que les Français et les Britanniques ont été les premiers colons à s'établir sur le territoire constituant aujourd'hui le Canada et à revendiquer la souveraineté sur ce territoire, la juge McLachlin souligne :

« Le droit anglais, qui a fini par régir les droits des peuples autochtones, acceptait que les Autochtones possédaient des lois et des intérêts préexistants, et reconnaissait leur maintien s'ils n'étaient pas éteints par la cession, la conquête ou la loi »⁷⁶.

Les droits des peuples autochtones (*aboriginal rights*) existaient donc et étaient reconnus en common law, mais comme ils n'avaient pas de statut constitutionnel, « le législateur fédéral pouvait à tout moment les éteindre ou les réglementer »⁷⁷. Avant leur constitutionalisation, les « droits ancestraux » réfèrent ainsi à l'ensemble des droits reconnus aux peuples autochtones au début de la colonisation et qui n'avaient pas été subséquentement éteints⁷⁸.

⁷⁵ *Mitchell c M.R.N.*, [2001] 1 RCS 911, 2001 CSC 33 [*Mitchell*] au para 9.

⁷⁶ *Mitchell*, *ibid* au para 9.

⁷⁷ Le juge en chef Lamer dans *Van der Peet* (CSC) *supra* note 19 au para 28. Voir aussi la juge en chef McLachlin dans *Mitchell*, *supra* note 75 aux paras 10-11.

⁷⁸ Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *supra* note 9 à la p 203. Le professeur Grammond précise que cette conception des droits ancestraux, qui a émergé dans les années 1960, alors que les peuples autochtones présentaient avec plus d'insistance leurs revendications devant les tribunaux, s'inscrivait en faux par rapport à l'idée alors bien répandue selon laquelle les Autochtones ne possédaient pas d'autres droits que ceux qui leur étaient expressément reconnus dans la *Loi sur les Indiens* ou dans des traités. Il est intéressant de noter, comme le souligne aussi le professeur Grammond, que les tribunaux avaient initialement appliqué ou reconnu une forme de pluralisme juridique, mais que ces courants jurisprudentiels ont par la suite été largement ignorés; voir Grammond (2013), *Terms of Coexistence* aux pp 206-207. Paul G. McHugh soutient quant à lui que la « doctrine moderne des droits ancestraux » telle qu'on la connaît aujourd'hui est en fait une invention attribuable principalement à certains membres de la communauté juridique qui ont développé cette doctrine et participé à sa diffusion à partir des années 1960 et dans les décennies qui ont suivi. Pour une discussion étoffée de l'histoire intellectuelle, du développement et de la diffusion internationale de cette doctrine, voir Paul

Comme l'écrit aussi la juge en chef McLachlin dans *Mitchell*, l'édiction du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* « a conféré un statut constitutionnel aux droits autochtones existants en common law » et, dès lors, ces droits ne pouvaient plus être unilatéralement abrogés par le gouvernement⁷⁹. Le gouvernement conservait toutefois le pouvoir de restreindre ces droits « pour des motifs valables, dans la poursuite d'objectifs publics impérieux et réels »⁸⁰.

Les années 1996 et 1997 ont été charnières pour la définition du régime juridique relatif aux droits ancestraux protégés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* : tout d'abord, la Cour suprême du Canada a défini le critère permettant d'établir l'existence d'un droit ancestral dans la trilogie des arrêts *Van der Peet*, *Gladstone* et *N.T.C. Smokehouse*⁸¹. Le juge en chef Lamer écrit ainsi que : « pour constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d'une coutume,

G McHugh, *Aboriginal Title: The Modern Jurisprudence of Tribal Land Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

⁷⁹ La juge en chef McLachlin dans *Mitchell*, *supra* note 75 au para 11. La juge McLachlin ajoute que la protection de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* « s'étend au-delà des droits autochtones reconnus en common law ». Elle renvoie à cet égard au paragraphe 136 de l'arrêt *Delgamuukw* (CSC) où le juge Lamer affirme que l'existence d'un droit ancestral reconnu en common law est « suffisante, mais pas nécessaire, pour la reconnaissance et la confirmation de ce droit par le par. 35(1) ». Quant à la possibilité qu'il existe, en parallèle, des droits ancestraux constitutionnalisés et non constitutionnalisés (avec chacun leurs sources et critères de preuves différents) voir Mark D Walters, « The "Golden Thread" of Continuity: Aboriginal Customs at Common Law and Under the Constitution Act, 1982 » (1999) 44 RD McGill 711 et Richard Ogden, « "Existing" Aboriginal Rights in Section 35 of the Constitution Act, 1982 » (2009) 88 R du B can 51; voir aussi Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *supra* note 9 à la p 214.

⁸⁰ La juge en chef McLachlin dans *Mitchell*, *supra* note 75 au para 11 référant aux arrêts *R c Gladstone*, [1996] 2 RCS 723 [*Gladstone* (CSC)] et *Delgamuukw*. Voir aussi l'arrêt *Sparrow* où le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont formulé le critère à deux volets permettant de déterminer si les actions de l'État qui portent atteinte aux droits ancestraux peuvent être justifiées. Pour une discussion de l'importance de l'arrêt *R c Sparrow*, [1990] 1 RCS 1075 [*Sparrow*] dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada en matière de droit des Autochtones, voir Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *supra* note 9 aux pp 131-132.

⁸¹ *R c N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 RCS 672 [*N.T.C. Smokehouse*].

pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question »⁸².

Ensuite, la Cour suprême du Canada s'est penchée sur le rapport entre le titre ancestral et les autres droits ancestraux dans les arrêts *Adams* (CSC) et *Côté* (CSC), précisant que les droits ancestraux peuvent exister indépendamment d'un titre ancestral, lequel ne constitue qu'une manifestation d'une conception plus large des droits ancestraux⁸³. Au passage, la Cour suprême du Canada a également mis fin à une controverse⁸⁴ qui subsistait relativement aux conséquences de la non-reconnaissance des droits ancestraux sous le régime colonial de la Nouvelle-France avant la transition à la souveraineté britannique en 1763; la Cour suprême du Canada a alors confirmé que la souveraineté française n'avait pas mis fin à l'existence potentielle de droits ancestraux sur le territoire de la Nouvelle-France, lesquels droits bénéficient depuis 1982 de la protection constitutionnelle accordée aux peuples autochtones par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁸⁵.

⁸² *Van der Peet* (CSC), *supra* note 19 au para 46. Pour un résumé des principes découlant du critère mis de l'avant dans *Van der Peet* (CSC), voir le résumé fait par la juge en chef McLachlin dans *Mitchell*, *supra* note 75 au para 12.

⁸³ *R c Adams*, [1996] 3 RCS 101 [*Adams* (CSC)].

⁸⁴ Voir notamment André Émond, « Existe-t-il un titre indien originaire dans les territoires cédés par la France en 1763? », (1996) 41:1 RD McGill 59; pour un résumé de cette controverse, voir aussi Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *supra* note 9 à la p 73.

⁸⁵ *R c Côté*, [1996] 3 RCS 139 [*Côté* (CSC)]. Le juge en chef Lamer précise, au para 52, que « le fait qu'une coutume, pratique ou tradition se soit poursuivie, sans être éteinte, après l'arrivée des Européens, quoique en l'absence du lustre formel que lui aurait donné sa reconnaissance juridique par le droit colonial français, ne doit pas saper la protection constitutionnelle accordée aux peuples autochtones. 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 ». Toutefois, pour une discussion des questions laissées sans réponses dans l'arrêt *Côté* (CSC) quant à la source des droits ancestraux au Québec pendant la période

Toujours en 1996, la Cour s'est également prononcée, dans l'arrêt *Pamajewon*⁸⁶, sur la norme juridique pertinente pour les revendications autochtones ayant trait au droit à l'autonomie gouvernementale, jugeant que c'est aussi le critère *Van der Peet*, soit celui de la « partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone », qui doit servir à l'analyse de telles revendications présentées en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Enfin, dans *Delgamuukw* (CSC), la Cour suprême du Canada a examiné en profondeur « la nature et la portée de la protection constitutionnelle accordée par le par. 35(1) au titre aborigène reconnu en common law »⁸⁷ et a apporté des précisions importantes quant au contenu précis du titre aborigène ou ancestral et quant au critère applicable pour en faire la preuve⁸⁸. Ce n'est toutefois qu'en 2014, dans l'arrêt *Tsilhqot'in*⁸⁹, que la plus haute Cour a reconnu, pour la première fois, l'existence d'un titre ancestral sur une partie du territoire du Canada revendiqué par un peuple autochtone (dans ce cas, par la nation Tsilhqot'in).

précédant la *Loi constitutionnelle de 1982*, voir Otis (1999) « Les sources des droits ancestraux » *supra* note 20 aux pp 594-599.

⁸⁶ *R c Pamajewon*, [1996] 2 RCS 821 [*Pamajewon*].

⁸⁷ *Delgamuukw* (CSC), *supra* note 10 au para 1.

⁸⁸ L'arrêt *Delgamuukw* (CSC), *ibid*, a aussi été l'occasion pour la Cour suprême du Canada de se pencher sur la question à savoir si le titre aborigène ou ancestral, en tant que droit foncier, devait commander une approche différente à l'égard du critère de justification d'abord énoncé dans *Sparrow* et précisé par la suite dans *Gladstone* (CSC). *Delgamuukw* (CSC) a également fourni une occasion à la Cour pour fournir des précisions quant aux modifications devant être apportées aux règles de la common law en matière de preuve afin de les adapter pour tenir compte du caractère *sui generis* des droits ancestraux. Voir les commentaires du juge Lamer aux paras 3-4.

⁸⁹ *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 RCS 257 [*Tsilhqot'in*].

Depuis les années charnières 1996-1997, la Cour suprême du Canada s'est prononcée à quelques autres occasions sur les droits ancestraux⁹⁰ et bien que l'approche de la Cour ait continué d'évoluer⁹¹, il demeure que la conception des droits ancestraux adoptée par la Cour suprême du Canada découle d'une interprétation téléologique – comme pour l'interprétation des droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*⁹², mais transposée dans le contexte des droits ancestraux⁹³ – et du développement d'une approche factuelle ou historique des droits ancestraux : la Cour suprême du Canada conçoit les droits ancestraux constitutionalisés comme la reconnaissance d'un simple fait historique (soit celui de l'existence dans le passé d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive d'un groupe autochtone).

De plus, il est digne de mention que cette approche ignore complètement les systèmes juridiques autochtones de sorte qu'il est possible de prouver l'existence d'un droit ancestral sans faire référence ou appel à ces derniers⁹⁴. En d'autres termes, les systèmes juridiques autochtones sont relégués à un statut strictement probatif (c'est-à-

⁹⁰ Voir notamment les arrêts *Mitchell*, *supra* note 75; *R c Sappier*; *R c Gray*, [2006] 2 RCS 686, 2006 CSC 54 [*Sappier/Gray*]; et *Bande indienne des Lax Kw'alaams c Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 RCS 535 [*Lax Kw'alaams* (CSC)].

⁹¹ Pour une discussion de cette évolution plus récente, voir Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *supra* note 9 aux pp 212 et s.

⁹² Éditée comme l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c 11 (R-U), entrée en vigueur le 17 avril 1982 [*Charte canadienne des droits et libertés*].

⁹³ Voir Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *ibid* à la p 211.

⁹⁴ Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *ibid* à la p 212 citant *R c Marshall*; *R c Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43 au para 39 et *Sappier/Gray*, *supra* note 90, au para 45.

dire qu'ils constituent un élément de preuve de l'existence d'une coutume, pratique ou tradition) plutôt que constitutif des droits ancestraux eux-mêmes⁹⁵.

La Cour suprême du Canada entretient pourtant une certaine ambivalence à cet égard en continuant de référer aux systèmes juridiques autochtones comme fondement théorique des droits ancestraux⁹⁶. Mais comme le souligne le professeur Grammond, les décisions récentes de la Cour suprême du Canada ne fournissent pas d'indications claires quant à l'existence d'un seul fondement théorique aux droits ancestraux⁹⁷.

Il semble en effet que la Cour suprême du Canada hésite entre deux théories principales qui présentent chacune des avantages et des désavantages⁹⁸ : d'une part, l'approche retenue par le juge en chef Lamer dans *Van der Peet* est factuelle (ou,

⁹⁵ Voir toutefois Kent McNeil, « Indigenous Law and Aboriginal Title », 12 août 2016, Osgoode Legal Studies Research Paper No 2/2017, disponible en ligne (SSRN) : <<https://ssrn.com/abstract=2825097>> qui voit dans l'arrêt *Tsilhqot'in* la reconnaissance par le droit canadien du fait que les normes juridiques autochtones gouvernent « l'aspect interne » du titre ancestral. Voir aussi Andrée Boisselle, « To Dignity Through the Back Door: Tsilhqot'in and the Aboriginal Title Test » (2015) 71:2d SCLR 27 pour qui l'arrêt *Tsilhqot'in* présente une réorientation des attentes de la Cour quant à la preuve nécessaire pour fonder les revendications de titre ancestral vers une plus grande attention sur l'agentivité politique et juridique des sociétés autochtones sur leurs territoires traditionnels, notamment sur les normes régissant la reconnaissance historique des frontières territoriales entre les sociétés autochtones.

⁹⁶ Voir notamment *Delgamuukw* (CSC), *supra* note 10, le juge en chef Lamer au para 114. Ce dernier écrit que le titre ancestral tire son origine non seulement dans « le fait physique » de l'occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté britannique, mais aussi dans « le rapport entre la common law et les régimes juridiques autochtones préexistants ».

⁹⁷ Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *supra* note 9 à la p 215. Pour une brève présentation et discussion des sources potentielles d'une théorie des droits ancestraux, voir aux pp 204 à 210. Pour une discussion de l'approche de la Cour suprême du Canada vis-à-vis des fondements théoriques des droits ancestraux, voir aux pp 211 à 217.

⁹⁸ Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *ibid* à la p 215.

selon la terminologie employée par Jean Leclair, « culturaliste » ou « identitaire »⁹⁹) et fonde les droits ancestraux dans la pratique historique qui balise alors les droits contemporains bénéficiant d'une protection. Cette approche, qui a fait l'objet de critiques assez acerbes dans la doctrine¹⁰⁰, a été réaffirmée par la Cour suprême du Canada dans *Sappier/Gray*¹⁰¹ de même que dans *Lax Kw'alaams* (CSC)¹⁰². D'autre part, la « doctrine de la continuité »¹⁰³ pourrait offrir une « justification cohérente et solide » aux droits ancestraux, en plus de réserver un rôle aux Autochtones et à leurs traditions juridiques dans la régulation et la définition de leurs droits¹⁰⁴; mais cette théorie (seule) entraînerait aussi des difficultés significatives au niveau de la preuve du contenu des systèmes juridiques autochtones et pourrait, sans autre balise, mener à

⁹⁹ Voir Jean Leclair, « "Il faut savoir se méfier des oracles" : Regards sur le droit et les autochtones » (2011) 41:1 *Recherches amérindiennes au Québec* 102 à la p 102 [Leclair (2011) « Il faut savoir se méfier des oracles »].

¹⁰⁰ Voir notamment la liste rapportée dans Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *supra* note 9 à la p 215, note 755.

¹⁰¹ Le juge Bastarache a alors reformulé le test relatif à la preuve de l'existence d'un droit ancestral sous le vocable de « mode de vie d'une collectivité autochtone »; voir *Sappier/Gray*, *supra* note 90, aux paras 24, 40 et 45. Le professeur Grammond voit dans cette reformulation une tentative de répondre à certaines critiques formulées à l'endroit du critère de la « partie distinctive », notamment du fait que ce critère implique que les juges (le plus souvent non autochtones) expriment leur avis sur la place ou l'importance plus ou moins grande qu'occupaient certaines pratiques données dans les cultures autochtones d'époques lointaines, ce qui entraîne un lot de difficultés et de problèmes pratiques et théoriques; voir Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *supra* note 9 aux pp 236-237.

¹⁰² *Lax Kw'alaams* (CSC), *supra* note 90, au para 54.

¹⁰³ Voir notamment les motifs dissidents de la juge McLachlin dans l'arrêt *Van der Peet* (CSC), *supra* note 19, aux paras 247-250. La proposition que les droits ancestraux découleraient directement des règles juridiques qui existaient dans les systèmes juridiques autochtones avant la colonisation a été réitérée dans l'arrêt *Mitchell*, *supra* note 75, au para 10 (la juge McLachlin devenue juge en chef) et aux paras 141 et s (le juge Binnie). Dans l'arrêt *Tsilhqot'in*, *supra* note 89, la juge en chef McLachlin a confirmé que les droits préexistants des peuples autochtones qui occupaient et utilisaient les terres avant l'arrivée des Européens grèvent le titre sous-jacent de la Couronne sur ces terres. Ces droits qui « grèvent le titre sous-jacent de la Couronne » ont ainsi « une existence juridique indépendante » qui donne naissance à une obligation fiduciaire de la part de la Couronne » (au para 69).

¹⁰⁴ Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *supra* note 9 à la p 216.

des résultats extrêmes (par exemple au niveau de la distribution des ressources) et inacceptables pour les tribunaux¹⁰⁵.

Cela étant dit, des propositions prometteuses ont été formulées, notamment par les professeurs Sébastien Grammond¹⁰⁶ et Brian Slaterry¹⁰⁷, afin de surmonter les difficultés découlant de l'approche factuelle et de la doctrine de la continuité. Dans les dernières années, la Cour suprême du Canada semble d'ailleurs avoir accepté¹⁰⁸ l'idée avancée par le professeur Slaterry selon laquelle les droits des peuples autochtones s'inscrivent maintenant dans un nouveau paradigme constitutionnel qui commande que le principe de reconnaissance des droits ancestraux dans leur forme historique soit complété par un principe de réconciliation de ces droits avec les intérêts de la société contemporaine au sens plus large (autochtone et non

¹⁰⁵ Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *supra* note 9 à la p 216.

¹⁰⁶ Le professeur Grammond suggère qu'une modification des composantes de la « doctrine de la continuité » pourrait permettre de reconnaître un spectre plus large de droits ancestraux alors que la protection constitutionnelle accordée à ces droits pourrait également être adaptée de façon à assurer que les droits et intérêts de tous les membres de la société (autochtones et non autochtones) soient pris en compte pour assurer une allocation équitable des ressources. Le professeur Grammond ajoute que les questions de justice distributive seraient mieux traitées dans le cadre d'analyse de la justification de l'intervention de l'État plutôt que dans une tentative de formuler une théorie abstraite des droits ancestraux. Voir Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *ibid* aux pp 216-217.

¹⁰⁷ Voir notamment Brian Slaterry, « The Metamorphosis of Aboriginal Title » (2006) 85:2 R du B can 255; Brian Slaterry, « The Generative Structure of Aboriginal Rights » (2007) *Paper 2262*, disponible en ligne : <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/scholarly_works/2262>.

¹⁰⁸ La Cour suprême du Canada s'est, sous la plume de la juge en chef McLachlin, prononcée à l'effet que l'obligation de la Couronne de consulter et d'accommoder les peuples autochtones s'inscrit dans ce que le professeur Slaterry a appelé un « ordre constitutionnel génératif » dans l'arrêt *Rio Tinto Alcan Inc. c Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 RCS 650 [*Rio Tinto*] au para 38. Plus récemment encore, dans l'arrêt *Mikisew Cree First Nation c Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, [2018] 2 RCS 765 [*Mikisew* (2018)], la juge Abella a aussi accepté l'idée d'un ordre constitutionnel génératif, écrivant au surplus dans ses motifs (auxquels souscrivaient la juge Martin) que les principes d'honneur et de réconciliation sous-tendent tant l'obligation de consulter « que le fondement même du droit moderne des Autochtones », au para 87.

autochtone)¹⁰⁹. Les droits ancestraux seraient donc devenus des droits « génératifs » que les tribunaux ne peuvent définir complètement puisque la véritable réconciliation ne peut être atteinte qu'à travers un processus d'engagement et de négociation entre l'État et les peuples autochtones¹¹⁰.

En ce qui a trait au contenu des droits ancestraux, le professeur Grammond souligne d'ailleurs que l'expression « droits ancestraux » n'a jamais été définie de façon exhaustive et que les tribunaux ont plutôt procédé à l'identification de différents types de droits pouvant être caractérisés comme tels (et, inversement, de droits qui ne peuvent l'être)¹¹¹. Le professeur Grammond note que les tribunaux procèdent ainsi d'une manière qui est particulièrement familière aux juristes de common law, soit par additions successives à une base déjà établie¹¹². Il revient ainsi aux chercheurs d'établir une typologie des droits ancestraux¹¹³.

Il convient également de mentionner que la Cour suprême du Canada a établi des critères de preuve différents pour les droits ancestraux liés à des activités¹¹⁴ et pour le

¹⁰⁹ Voir Brian Slaterry, « The Metamorphosis of Aboriginal Title » (2006), *supra* note 107; voir aussi Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *supra* note 9 à la p 217.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *ibid* à la p 226.

¹¹² Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *ibid* à la p 226. On peut ainsi déjà s'interroger quant à la plus proche parenté du droit canadien des Autochtones avec la tradition de common law et à ses conséquences potentielles, notamment chez les juges et juristes influencés par (ou issus de) différentes traditions juridiques.

¹¹³ Voir par exemple Brian Slaterry, « Making Sense of Aboriginal and Treaty Rights » (2000) 79 R du B can 196, cité dans Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *ibid* à la p 226.

¹¹⁴ Ces activités, comme par exemple la chasse, la pêche, l'usage d'une langue ou certaines pratiques rituelles, peuvent ou non être liées au territoire; voir l'arrêt *Adams* (CSC), *supra* note 83 et Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *supra* note 9 à la p 229.

titre ancestral¹¹⁵. Pour les droits ancestraux, c'est l'étendue des activités exercées dans le passé qui détermine l'étendue des droits ancestraux qui seront reconnus aujourd'hui. Dans ce contexte, les juges jouent un rôle prédominant puisqu'ils doivent spécifier l'étendue ou la portée du droit revendiqué. Cet exercice de caractérisation constitue la première étape du cadre d'analyse développé par la Cour suprême du Canada¹¹⁶ et comporte un aspect stratégique inévitable autant pour les juges que pour les parties à un litige concernant l'existence d'un droit ancestral :

« The characterization of the right being claimed is, therefore, a crucial step in the analytical framework. The courts can use it as a tool in a strategy aimed at denying aboriginal rights. On the other hand, indigenous peoples may skillfully formulate their claims in order to be able to easily prove the corresponding ancestral activities »¹¹⁷.

Dans le cas du titre ancestral, que la Cour suprême du Canada a défini comme un droit exclusif d'utiliser un territoire donné sous réserve d'une « limite intrinsèque »¹¹⁸, c'est plutôt le critère de l'occupation historique et antérieure à l'affirmation de la

¹¹⁵ Voir notamment les arrêts *Delgamuukw* (CSC), *supra* note 10 et *Tsilhqot'in*, *supra* note 89.

¹¹⁶ Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *supra* note 9 à la p 230.

¹¹⁷ Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *ibid* à la p 232.

¹¹⁸ Dans l'arrêt *Delgamuukw* (CSC), *supra* note 10, le juge en chef Lamer écrit ainsi au para 128 : « 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 ». Voir aussi *Tsilhqot'in*, *supra* note 89, au para 74. Pour une discussion de la limite interne du titre ancestral, voir Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *supra* note 9 aux pp 228-229 ainsi que Brian Slaterry, « The Constitutional Dimensions of Aboriginal Title » (2015) 71:2d SCLR 45 aux pp 58 et s.

souveraineté européenne qui a été retenu¹¹⁹. Dans *Delgamuukw* (CSC), le juge en chef Lamer écrit ainsi :

« Pour établir le bien-fondé de la revendication d'un titre aborigène, le groupe autochtone qui revendique ce titre doit satisfaire aux exigences suivantes: (i) il doit avoir occupé le territoire avant l'affirmation de la souveraineté; (ii) si l'occupation actuelle est invoquée comme preuve de l'occupation avant l'affirmation de la souveraineté, il doit exister une continuité entre l'occupation actuelle et l'occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté; (iii) au moment de l'affirmation de la souveraineté, cette occupation doit avoir été exclusive »¹²⁰.

Subséquemment, dans l'arrêt *Tsilhqot'in*, la Cour suprême du Canada a apporté d'importantes précisions quant aux trois caractéristiques permettant de fonder le titre ancestral, soit « une occupation suffisante avant l'affirmation de la souveraineté, une occupation continue (si l'occupation actuelle est invoquée) et une occupation historique exclusive »¹²¹. Soulignons que le titre ancestral, une fois établi, permet tout usage du territoire et de ses ressources qui respecte la « limite intrinsèque », sans que ce dernier usage n'ait à satisfaire au test de *Van der Peet* (soit le critère de la partie intégrante d'une culture distinctive)¹²². La juge en chef McLachlin précise que le titre ancestral est un intérêt bénéficiaire détenu par un peuple autochtone sur les terres qui exclut par le fait même qu'un tel intérêt soit détenu par la Couronne :

¹¹⁹ *Delgamuukw* (CSC), *ibid*, le juge en chef Lamer au para 128. Selon le juge en chef Lamer, cette occupation « est définie en fonction des activités qui ont été exercées sur les terres et des utilisations qui ont été faites de celles-ci par le groupe en question ».

¹²⁰ *Delgamuukw* (CSC), *ibid*, le juge en chef Lamer au para 143.

¹²¹ *Tsilhqot'in*, *supra* note 89, la juge en chef McLachlin aux paras 25 et 30.

¹²² Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *supra* note 9 à la p 227. Pour une discussion des attributs du titre ancestral, voir *Tsilhqot'in*, *supra* note 89, aux para 73 et s. Voir aussi Otis « Le titre aborigène: émergence d'une figure nouvelle et durable du foncier autochtone? » (2005), *supra* note 22; Brian Slattery, « The Constitutional Dimensions of Aboriginal Title » (2015), *supra* note 118.

« En termes simples, les titulaires du titre ont droit aux avantages associés aux terres — de les utiliser, d'en jouir et de profiter de leur développement économique. Par conséquent, la Couronne ne conserve pas un intérêt bénéficiaire sur les terres visées par un titre ancestral »¹²³.

La Couronne conserve toutefois un « titre absolu ou sous-jacent » sur les terres qui entraîne, d'une part, une obligation fiduciaire de la Couronne envers les Autochtones à l'égard de leurs terres ancestrales et, d'autre part, le droit pour le gouvernement de porter atteinte au titre ancestral s'il peut être démontré que l'atteinte en question est justifiée dans l'intérêt général du public, conformément à la jurisprudence de la Cour suprême du Canada relative à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹²⁴.

Ainsi, même dans le cadre de la revendication d'un titre ancestral ou lorsque l'existence d'un tel titre a été confirmée, les juges et les tribunaux conservent un rôle significatif dans le « processus de conciliation des intérêts autochtones et de l'intérêt général du public »¹²⁵. Les droits ancestraux au Canada, y compris le titre ancestral, sont donc des droits de common law qui ont été reconnus par des juges et qui ne découlent pas d'actes législatifs ni de concessions de la Couronne¹²⁶.

Dans ce contexte, et d'autant plus si les droits ancestraux et le titre ancestral sont – comme le soutient le professeur Slattery et comme semble l'accepter la Cour suprême

¹²³ *Tsilhqot'in*, *supra* note 89, au para 70.

¹²⁴ *Tsilhqot'in*, *ibid*, au para 71.

¹²⁵ *Tsilhqot'in*, *ibid*, au para 71 référant à la position de la Cour précédemment énoncée dans l'arrêt *Delgamuukw* (CSC).

¹²⁶ L'existence juridique des droits ancestraux et du titre ancestral ne dépend donc pas de la *Proclamation Royale de 1763*; Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *supra* note 9 aux pp 211-212. Voir aussi Kent McNeil (2016), « Indigenous Law and Aboriginal Title », *supra* note 95, à la p 23.

du Canada au moins dans certains contextes¹²⁷ – des droits « génératifs » qui doivent aujourd’hui être interprétés à la lumière de « principes de réconciliation »¹²⁸, quel rôle la méthodologie judiciaire peut-elle jouer dans le « processus de conciliation » des intérêts autochtones et non autochtones? Est-ce que certains facteurs liés aux traditions juridiques peuvent rendre plus facile ou difficile la prise en compte de principes de réconciliation par les juges? En d’autres termes, est-ce que la méthode privilégiée par la Cour suprême du Canada pour réaliser l’exercice de mise en balance des droits et intérêts autochtones et non autochtones est le reflet de l’approche de la common law? Si tel est le cas, comment des tribunaux plus civilistes réagiront-ils devant cet important défi? Et est-ce que les tribunaux internationaux partagent une conception semblable des droits ancestraux?

À ce sujet, mentionnons d’emblée que la question de la place des droits des peuples autochtones dans le droit international est éminemment vaste et complexe. Le droit international tire, en principe, sa source de l’action d’États souverains qui définissent la coutume et concluent des traités¹²⁹. Les individus et les groupes (par exemple les peuples autochtones) peuvent ainsi avoir des droits reconnus dans le système juridique international, mais ne pouvaient, jusqu’à récemment, participer à la définition et à l’élaboration des normes du système lui-même¹³⁰.

¹²⁷ Voir *supra* à la note 108.

¹²⁸ Voir Brian Slattery, « The Metamorphosis of Aboriginal Title » (2006), *supra* note 107, aux pp 284-285.

¹²⁹ Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *supra* note 9 à la p 144 citant, à la note 437, l’article 38 du *Statute of the International Court of Justice*, 26 juin 1945, Can TS No 7 ainsi que Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4e éd, Oxford, Oxford University Press, 1990.

¹³⁰ Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *supra* note 9 aux pp 144-145.

Une nouvelle tendance voit toutefois le droit international montrer un intérêt croissant pour la protection des droits humains, y compris les droits spécifiques aux Autochtones; et l'influence de groupes et d'organisations non étatiques dans la définition même des normes du droit international est elle aussi grandissante¹³¹. Le professeur Grammond note ainsi que l'action des peuples autochtones au niveau international a suivi cette tendance et participé à l'émergence graduelle de normes qui reconnaissent que d'autres entités que les États puissent être sujets de droit en droit international¹³².

Plusieurs textes (déclarations, conventions, etc.), doctrines et autres instruments contraignants et non contraignants de droit international ont ainsi été développés à travers les années et accordent différents degrés de reconnaissance et de protection aux peuples autochtones et à leurs droits¹³³. Des ouvrages entiers sont consacrés à ces textes, doctrines et instruments qui dépassent par ailleurs largement le cadre de la présente recherche¹³⁴.

¹³¹ Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *ibid* aux pp 144-145. Voir aussi Elvira Pulitano (2012) *Indigenous Rights in the Age of the UN Declaration*, *supra* note 9.

¹³² Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *ibid* à la p 145.

¹³³ Par exemple, la *Déclaration des Nations Unies*, *supra* note 8, est un instruments non contraignant qui vise spécifiquement la reconnaissance de droits aux peuples autochtones; voir aussi OÉA, Assemblée Générale, 3e sess, *Déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones*, Doc off OEA/AG/RES 2888 (XLVI-O/16), 15 juin 2016, disponible en ligne : <https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_FRA.pdf>. La *Convention (n°169) relative aux peuples indigènes et tribaux*, 28 juin 1989, 1650 RTNU 383, 28 ILM 1382 (entrée en vigueur : 5 septembre 1991) [*Convention n°169*] et la *Convention américaine* visent le même objectif, mais constituent des instruments contraignants pour les états les ayant ratifiés.

¹³⁴ Voir les références citées à la note 9. Plus précisément, pour une introduction à la situation des peuples autochtones dans le droit international, voir S James Anaya (2004), *Indigenous Peoples in International Law*; et pour un bref aperçu des enjeux que soulève la reconnaissance des droits des peuples autochtones en droit international, voir Grammond (2013), *Terms of Coexistence* aux pp 143-170.

Un élément retiendra toutefois notre attention, soit le fait que ces développements au regard du droit international ont permis à plusieurs peuples autochtones de dénoncer les violations de leurs droits devant les institutions internationales¹³⁵ et, lorsque des recours étaient disponibles, devant des tribunaux internationaux comme la Cour interaméricaine des droits de l'homme¹³⁶. Pour les fins de la présente recherche, nous nous intéresserons plus particulièrement à la jurisprudence de la Cour interaméricaine et il convient donc de dire un mot sur les sources des règles juridiques relatives aux droits territoriaux des peuples autochtones à l'intérieur du système juridique interaméricain.

Dans le système interaméricain des droits de l'homme, les droits territoriaux des peuples autochtones découlent principalement de l'article XXIII de la *Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'Homme*¹³⁷ et de l'article 21 de la *Convention américaine* qui protègent tous deux le droit à la « propriété »¹³⁸. Bien que le texte de ces articles ne mentionne pas expressément les droits des peuples autochtones, tant la

¹³⁵ Par exemple devant les organes créés au nom des traités internationaux des droits de l'homme (et même en l'absence de mécanismes internationaux visant la protection de leurs droits); voir Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *ibid* aux pp 155-156.

¹³⁶ Pour une discussion des droits territoriaux des peuples autochtones à la Cour européenne des droits de l'homme, voir Ghislain Otis et Aurélie Laurent, « Le défi des revendications foncières autochtones : la Cour européenne des droits de l'homme sur la voie de la décolonisation de la propriété? » (2011) 89 RTDH 43.

¹³⁷ OÉA, Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'Homme*, Doc off OEA/Ser.L/V/II.23/doc.21 rev 6 (1949), en ligne : <<http://www.cidh.org/basicos/french/b.declaration.htm>> [*Déclaration américaine*].

¹³⁸ OÉA, Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Indigenous and Tribal Peoples' Rights Over their Ancestral Lands and Natural Resources: Norms and Jurisprudence of the Inter-American Human Rights System*, Doc off OEA/Ser.L/V/II/Doc.56/09 (2009) à la p 2 [OÉA, *Indigenous and Tribal Peoples' Rights*]. Si la Commission interaméricaine des droits de l'homme [Commission interaméricaine] emploie l'expression « Indigenous and Tribal peoples », nous utiliserons, pour les fins du présent texte, l'expression « peuples autochtones » avec l'intention de référer aux mêmes groupes qui sont visés par l'appellation privilégiée par la Commission interaméricaine.

Commission interaméricaine des droits de l'homme que la Cour interaméricaine ont déterminé que les textes de ces deux articles protègent en fait des droits que les peuples autochtones détiennent sur leurs territoires, c'est-à-dire sur les terres et ressources naturelles qu'ils ont traditionnellement utilisées¹³⁹.

C'est dans l'affaire *Awas Tingni* que la Cour interaméricaine des droits de l'homme a reconnu pour la première fois¹⁴⁰ que la propriété communautaire des peuples autochtones sur leurs territoires constitue une composante du droit à la propriété protégé par l'article 21 de la *Convention américaine*. Cette affaire a eu pour conséquence l'affirmation du droit des peuples autochtones au libre accès à leurs terres et ressources et la reconnaissance d'une obligation positive pour les États de prendre des mesures pour empêcher toute interférence, y compris par des tiers, avec ces terres et ressources¹⁴¹. La Cour interaméricaine a par la suite développé tout un corpus jurisprudentiel autour des droits territoriaux des peuples autochtones sur la base des dispositions de la *Convention américaine* et de la *Déclaration américaine*¹⁴².

¹³⁹ *Indigenous and Tribal Peoples' Rights*, aux pp 2-3. Pour la Commission interaméricaine, le terme « territoire » (*territory*) réfère à « the totality of the lands and natural resources that indigenous and tribal peoples have traditionally used »; voir *Indigenous and Tribal Peoples' Rights*, à la p 13, note 83 citant l'affaire *Affaire Saramaka People (Suriname) (2007)*, *Inter-Am Ct HR (sér C) n° 172*.

¹⁴⁰ L'affaire *Awas Tingni*, *supra* note 24, constitue aussi le premier jugement contraignant d'un tribunal international à reconnaître, en droit international des droits humains, la propriété communautaire des peuples autochtones comme composante du droit à la propriété; voir Morales (2017) « Braiding the Incommensurable », *supra* note 30, à la p 71.

¹⁴¹ Morales (2017) « Braiding the Incommensurable », *ibid*, à la p 71.

¹⁴² Mentionnons que la Cour interaméricaine et la Commission interaméricaine mobilisent, dans l'interprétation et l'élaboration du droit des peuples autochtones à la propriété, différentes sources de droit en sus des instruments de protection des droits humains du système interaméricain, notamment la *Convention n°169* de l'Organisation internationale du travail, *supra* note 133, les dispositions d'autres traités internationaux relatifs aux droits humains, les interprétations produites par les organes de protection des droits humains des Nations Unies, de même que le droit coutumier international ainsi que d'autres instruments internationaux dont, de façon remarquable, la *Déclaration des Nations Unies*.

Ce sont donc les juges de la Cour interaméricaine qui ont défini le contenu des droits territoriaux des peuples autochtones dans le système interaméricain¹⁴³. Il est d'ailleurs digne d'intérêt que cette jurisprudence a caractérisé les droits territoriaux des peuples autochtones comme des droits de propriété dont le fondement réside non pas dans la reconnaissance officielle par l'État, mais dans l'usage et la possession traditionnelle de la terre et des ressources par les peuples autochtones¹⁴⁴. Les droits territoriaux des peuples autochtones trouvent aussi, selon cette même jurisprudence, leur fondement dans les cultures juridiques autochtones et dans leurs systèmes de propriété ancestraux, indépendamment de toute reconnaissance de ces systèmes par l'État ou le droit étatique¹⁴⁵.

Par un exercice d'interprétation judiciaire, l'article 21 de la *Convention américaine* a donc pris une importance singulière pour les peuples autochtones, reconnaissant non seulement formellement la valeur juridique de leurs lois et coutumes traditionnelles, mais assurant également une base fondamentale pour le développement culturel, la vie spirituelle, l'intégrité et la survie économique de leurs communautés¹⁴⁶.

Pour une présentation des sources d'interprétation des droits territoriaux des peuples autochtones dans le système interaméricain, voir OÉA, *Indigenous and Tribal Peoples' Rights*, *supra* note 138, aux pp 2-9.

¹⁴³ OÉA, *Indigenous and Tribal Peoples' Rights*, *ibid*, à la p 3.

¹⁴⁴ OÉA, *Indigenous and Tribal Peoples' Rights*, *ibid*, à la p 26.

¹⁴⁵ OÉA, *Indigenous and Tribal Peoples' Rights*, *ibid*, aux pp 26-27. Les droits de propriété des peuples autochtones sont donc aussi fondés sur les systèmes de tenure qui ont traditionnellement existé dans les communautés autochtones. En d'autres termes, la jurisprudence du système interaméricain reconnaît une valeur normative au droit coutumier autochtone comme fondement de la propriété.

¹⁴⁶ OÉA, *Indigenous and Tribal Peoples' Rights*, *ibid*, à la p 1.

Comment les juges de la Cour interaméricaine en sont-ils arrivés à cette interprétation? Les traditions juridiques ont-elles pu influencer ces interprétations judiciaires et la construction de ces règles de droit? D'autres tribunaux internationaux ou nationaux, où l'influence des traditions juridiques est différente de celle prévalant à la Cour interaméricaine, pourraient-ils arriver à des interprétations différentes? C'est là une question qui risque de se poser prochainement si des États, comme le Canada, décident de mettre en œuvre la *Déclaration des Nations Unies*¹⁴⁷ et alors que son article 26 reconnaît aux peuples autochtones des droits territoriaux qui se rapprochent beaucoup de l'interprétation qu'a donnée la Cour interaméricaine du droit à la propriété¹⁴⁸. L'étude des méthodologies et des discours judiciaires apparaît, dans ce contexte, comme un sujet à la fois pertinent et d'actualité.

1.2.5 Une illustration de l'interface entre les traditions juridiques et la construction du droit des Autochtones : les tribunaux d'héritage mixte du Québec et les conceptions québécoises des droits ancestraux

L'étude des méthodologies et des discours judiciaires relatifs au droit des Autochtones au Québec fait face à des défis particuliers qui peuvent toutefois permettre d'illustrer l'influence que peuvent avoir les traditions juridiques sur la construction du droit.

¹⁴⁷ Au Canada, un projet de loi a été proposé en ce sens et adopté par la Chambre des communes, mais est demeuré bloqué au Sénat jusqu'au déclenchement des nouvelles élections; voir PL C-262, *Loi visant à assurer l'harmonie des lois fédérales avec la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 1^{re} sess, 42^e parl, 2015.

¹⁴⁸ L'article 26 de la *Déclaration des Nations Unies*, *supra* note 8, reconnaît notamment que les peuples autochtones ont un « droit aux terres, territoires et ressources qu'ils possèdent et occupent traditionnellement ou qu'ils ont utilisés ou acquis » et commande aux états d'accorder « reconnaissance et protection juridiques à ces terres, territoires et ressources » tout en « respectant dûment les coutumes, traditions et régimes fonciers des peuples autochtones concernés ».

Comme nous l'avons déjà mentionné, le Québec est une juridiction de droit mixte influencée à la fois par la tradition juridique civiliste et par celle de common law¹⁴⁹. De plus, la majorité des jugements rendus par les tribunaux québécois le sont en langue française. En matière de droit des Autochtones, les tribunaux québécois doivent donc appliquer des règles et principes juridiques développés principalement dans le contexte de la common law canadienne et s'inspirer d'une jurisprudence le plus souvent en anglais¹⁵⁰.

Comme le souligne le professeur Daniel Jutras dans un article sur le caractère distinctif de la common law au Québec, le facteur linguistique¹⁵¹, voire culturel, est à lui seul susceptible d'entraîner un développement du droit public « sur des voies séparées, parfois parallèles, parfois divergentes, au Québec et ailleurs au Canada »¹⁵². Mais le professeur Jutras ajoute qu'un autre facteur, systémique, ayant trait plutôt au

¹⁴⁹ Jukier (2013) « Inside the Judicial Mind », *supra* note 41. Voir aussi Palmer (2009), *supra* note 41.

¹⁵⁰ Notons que la Cour suprême du Canada regroupe trois juges issus du Québec et six juges provenant de différentes juridictions canadiennes de common law (voir l'article 6 de la *Loi sur la Cour suprême* (LRC (1985), c S-26); par convention, trois des six juges issus des juridictions de common law proviennent de l'Ontario, deux proviennent de l'ouest canadien et un provient des provinces atlantiques) et que ses jugements sont rendus disponibles dans les deux langues officielles (voir Cour suprême du Canada, « Renseignements généraux sur la Cour », disponible en ligne : < <https://www.scc-csc.ca/court-cour/info/index-fra.aspx> >). On peut ainsi peut-être – à l'instar du juge LeBel – caractériser la Cour suprême du Canada comme possédant une « culture juridique mixte » (voir Louis LeBel, « Les cultures de la Cour suprême du Canada: vers l'émergence d'une culture dialogique? » cité dans Juneau (2016), « Mixité », *supra* note 16 à la p 822). Toutefois, il demeure que chez les tribunaux de première instance et les cours d'appel à l'extérieur du Québec, la tradition juridique dominante au Canada est celle de la common law et les jugements sont majoritairement en anglais, bien que certains jugements puissent être rendus en français dans certaines provinces.

¹⁵¹ Selon le professeur Jutras, le cadre linguistique différent entre le Québec et le reste du Canada « fait en sorte, d'une part, que la jurisprudence des autres provinces n'a pas toujours au Québec la valeur persuasive qu'elle pourrait y avoir autrement, et d'autre part, que la jurisprudence de common law québécoise est souvent ignorée hors du Québec lorsqu'elle est rédigée en français »; voir Daniel Jutras, « Regard sur la common law au Québec: perspective et cadrage » (2008) 10 RCLF 311 [Jutras (2008) « Regard sur la common law au Québec »] à la p 313.

¹⁵² Jutras (2008) « Regard sur la common law au Québec », *ibid*, à la p 313.

cadre normatif et à « l'ensemble des sources différentes, et la culture juridique mixte dans lesquelles elle s'inscrit » est aussi susceptible d'accentuer le caractère distinctif de la common law au Québec¹⁵³.

De manière similaire, se pourrait-il donc qu'il existe une « différence québécoise » dans le traitement judiciaire du droit des Autochtones? La transposition du raisonnement du professeur Jutras dans le contexte du droit des Autochtones soulève des questions fondamentales sur la nature du droit des Autochtones et son rapport aux traditions juridiques, notamment quant à la mesure où celui-ci est lié au « cadre normatif », à la reconnaissance de certaines sources et à la culture juridique et à l'expression de ces facteurs dans les décisions judiciaires.

Dans leur article « Quebec's Conceptions of Aboriginal Rights »¹⁵⁴, les auteurs Lajoie, Melançon, Rocher et Janda ont étudié les attitudes des juges et des politiciens québécois relativement aux droits ancestraux. Plus précisément, les auteurs ont analysé, du côté judiciaire, les conceptions des droits ancestraux qui ressortaient des jugements de juges québécois dans différents tribunaux, y compris ceux des juges québécois à la Cour suprême du Canada, entre 1763 et 1997—année où la Cour suprême du Canada a rendu l'arrêt *Delgamuukw*(CSC)¹⁵⁵. Du côté politique, les auteurs ont analysé les conceptions explicites et implicites des droits ancestraux qui étaient identifiables dans les discours politiques tels que reflétés dans les rapports des débats de l'Assemblée nationale et de ses commissions parlementaires permanentes

¹⁵³ Jutras (2008) « Regard sur la common law au Québec », *ibid*, à la p 314.

¹⁵⁴ Cette étude s'inscrivait dans une recherche plus large qui cherchait à mieux comprendre le rôle des juges dans la production du droit à travers l'interprétation de langage constitutionnel à texture ouverte (*open-ended constitutional wording*); voir Lajoie et al (1998) *supra* note 36 à la p 64.

¹⁵⁵ *Delgamuukw* (CSC), *supra* note 10.

pour la période (beaucoup plus restreinte que celle considérée dans l'analyse des jugements) correspondant à la Première session de la 34^{ème} législature, soit entre le 28 novembre 1989 et le 18 mars 1992¹⁵⁶, qui a notamment été marquée par la Crise d'Oka¹⁵⁷.

Pour ce qui est des discours judiciaires, l'analyse des auteurs a révélé différentes conceptions qui se sont succédées depuis l'époque de la Conquête britannique, lesquelles coïncident avec des points tournants comme la *Proclamation Royale* de 1763, l'arrêt *St-Catherine's Milling* en 1888, l'arrêt *Calder* en 1973, la *Loi constitutionnelle de 1982* et, plus récemment, les décisions de la Cour suprême du Canada dans les années 1996-1997. Les auteurs divisent ainsi leur revue des jugements québécois en quatre époques et notent que :

*« Higher courts' decisions were not followed universally in Québec (...) However, the meanings, content and scope given to aboriginal rights by Québec judges, as well as their vocabulary, cannot be understood if not in some sort of reaction to these landmark cases »*¹⁵⁸.

Au terme de leur examen de la jurisprudence des tribunaux québécois en matière de droits ancestraux, les auteurs concluent à la présence de deux tendances : d'une part, une forte présence et persistance de l'idée que les droits ancestraux ne comprenaient

¹⁵⁶ Lajoie et al (1998) *supra* note 36 aux pp 75-76. Les auteurs ont analysé les discours politiques dans les débats de l'Assemblée nationale et de ses commissions parlementaires permanentes relatifs à la législation provinciale qui, en raison des « contradictions inhérentes du fédéralisme », était susceptible d'affecter les Autochtones même si elle touchait à des « compétences provinciales » au regard de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

¹⁵⁷ Pour une brève discussion des événements entourant la Crise d'Oka, voir James Rodger Miller, *Skyscrapers Hide the Heavens: A History of Native-Newcomers Relations in Canada*, 4e éd, Toronto, University of Toronto Press, 2018 aux pp 308-311.

¹⁵⁸ Lajoie et al (1998), *supra* note 36, à la p 75. Les auteurs ajoutent que « *the Québec courts maintained their reluctance towards aboriginal title even after entrenchment in 1982* ».

pas de droits de propriété, ce que les auteurs attribuent au fait que les juges québécois opéraient « *within civil law from a strict positivist perspective* »¹⁵⁹. D'autre part, les auteurs notent que les juges québécois ont démontré à quelques occasions une certaine ouverture à la reconnaissance des ordres juridiques autochtones (voire même une forme de pluralisme juridique)¹⁶⁰, ce qu'ils expliquent du fait que « *political autonomy is more easily distinguished from land ownership in civil than in common law* »¹⁶¹. Cette posture un peu plus ouverte par rapport à l'autonomie des peuples autochtones est toutefois limitée, particulièrement dans les périodes plus récentes, à un nombre très petit de décisions judiciaires¹⁶² et aurait au surplus subi un recul significatif avec l'arrêt *Pamajewon*¹⁶³. En somme, les auteurs concluent que les conceptions des droits ancestraux des juges québécois « *find their explanation in the positivist perspective of which they are the product* »¹⁶⁴.

Enfin, concernant les discours politiques analysés par Lajoie, Melançon, Rocher et Janda, les auteurs distinguent les mentions explicites des droits ancestraux des significations implicites associées aux droits ancestraux dans les discours politiques

¹⁵⁹ Lajoie et al (1998), *ibid*, à la p 65. Notons que cette posture dut toutefois nécessairement évoluer suite à la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, notamment avec les arrêts *Adams* (CSC), *supra* note 83 et *Côté* (CSC), *supra* note 85. Voir la discussion de ces arrêts dans la section 1.2.4.

¹⁶⁰ Voir notamment la discussion des affaires *Connolly v Woolrich* (1867), 17 RJRQ 75 et *sub nom Johnstone v Connolly* [1869] 17 RJRQ 266 dans Lajoie et al (1998) *ibid* à la p 67.

¹⁶¹ Lajoie et al (1998), *ibid*, à la p 75.

¹⁶² Voir Lajoie et al (1998), *ibid*, aux pp 70 et 73. Pour la période plus contemporaine, les auteurs citent essentiellement les affaires *Deer v Okpik*, JE 80-1004 (CS), *Max "One-Onti" Gros-louis v Societe de developpement de la Bale James*, [1974] RP 38 (CS), *Bande d'Eastmain v Gilpin (no 1)*, [1987] RJQ 1637 (CP) et *Quebec (A.G.) v Adams*, [1993] RJQ 1011 (CA).

¹⁶³ Lajoie et al (1998), *ibid*, à la p 75.

¹⁶⁴ Lajoie et al (1998), *ibid*, à la p 66.

recensés¹⁶⁵. Alors que l'analyse des mentions explicites révèle des divisions claires selon les lignes de parti des partis politiques de l'époque¹⁶⁶, celui des significations implicites révèle des divisions moins partisans et plus idéologiques¹⁶⁷.

Lajoie, Melançon, Rocher et Janda avancent ainsi l'hypothèse que la mentalité des juges du Québec était, dans les décisions judiciaires qu'ils ont analysées, imprégnée de l'esprit civiliste, lequel serait marqué par un positivisme juridique strict qui a longtemps constitué un obstacle à la reconnaissance de droits fonciers aux Autochtones du Québec¹⁶⁸. L'esprit civiliste aurait également favorisé, à certaines occasions, une conceptualisation particulière (notamment en dissociant l'autonomie

¹⁶⁵ L'analyse des significations implicites consiste, selon les auteurs, en l'identification des postulats sous-jacents et essentiels aux déclarations explicites. Les auteurs ont étendu leur analyse des significations implicites non seulement aux droits ancestraux comme tels, mais aussi au système juridique jugé applicable aux Autochtones vivant au Québec. Voir Lajoie et al (1998), *ibid*, aux pp 76-77.

¹⁶⁶ Soit le Parti Québécois (PQ) et le Parti Libéral du Québec (PLQ).

¹⁶⁷ Les auteurs classent les différentes significations implicites des droits ancestraux recensées dans les discours politiques selon trois postures ou courants : (i) une posture restrictive (qui était majoritaire dans les discours recensés) que les auteurs décrivent comme étant « monologique » et correspondant à un monisme juridique centré sur l'État [*statecentric*]; (ii) une posture intermédiaire (minoritaire dans les discours recensés) dite « dialogique » et où certains particularismes autochtones étaient reconnus à l'occasion, de façon pragmatique; et (iii) une posture plus ouverte que les auteurs assimilent à un pluralisme juridique « faible », c'est-à-dire des discours où l'on se montrait ouvert à la coexistence de différents ordres juridiques (autochtones et non autochtones) sous l'hégémonie de l'État.

¹⁶⁸ Voir à ce titre les propos suivants concernant les décisions judiciaires québécoises de la période 1888-1973 dans Lajoie et al (1998), *supra* note 36, à la p 68 : « *Indian title as collective exclusive property rights thus continued to be denied in all cases where it was in question (...) In the Star Chrome case, the fact that such rights had not been expressly recognized during the French Regime led the Privy Council to the conclusion that they did not exist in 1763, and thus could not have survived the Proclamation, which confirmed existing rights only. (...) This is what we refer to when we conclude that these judges operated within civil law from a strict positivist perspective, an approach which denies — at least implicitly as outside the purview of legal imagination — the existence of aboriginal legal orders before the arrival of the French, and their maintainance in the absence of surrender during the French or English Regimes* ».

politique de la propriété de la terre¹⁶⁹) qui aurait rendu possible la reconnaissance d'une certaine autonomie politique et juridique aux Autochtones, bien que dans des cas très limités.

Ces auteurs ont ainsi amorcé une réflexion sur l'influence d'une tradition juridique sur les conceptions des droits ancestraux qu'il apparaît aujourd'hui pertinent de continuer à la fois en poursuivant leur analyse de la jurisprudence en matière de droits ancestraux et en élargissant le champ d'investigation pour inclure d'autres conceptions judiciaires des droits ancestraux, intégrant ainsi une composante comparative susceptible de contribuer à une meilleure compréhension des processus de création du droit non seulement à l'intérieur du cadre national canadien, mais également à l'extérieur de ce dernier.

1.3 Question de recherche

Comme l'illustre bien l'article de Lajoie, Melançon, Rocher et Janda, les discours judiciaires entourant les droits ancestraux varient et il est pertinent de s'intéresser au rapport de ces discours avec les traditions juridiques et à leur rôle dans la construction du droit des Autochtones.

Pour les fins de la présente recherche, il nous importait de cibler des contextes où tradition(s) juridique(s) et droit des Autochtones sont configurés différemment, mais demeuraient comparables. C'est ainsi que nous avons arrêté notre choix sur les

¹⁶⁹ Voir à ce propos Lajoie et al (1998), *ibid*, à la p 67 alors qu'ils décrivent les décisions judiciaires de la période 1763-1888 : « *With regard to legal and political autonomy, the denial of title as collective property did not have the consequences in civil law that a common lawyer might fear: in the continental legal tradition of the Quebec legal community, land ownership and political jurisdiction over territory have been distinguished ever since the end of feudalism and consequently can be severed more easily in Quebec judges' minds than in common law discourse.* »

décisions judiciaires de trois tribunaux présentant de telles « configurations différentes » et ayant aussi tous traité d'enjeux comparables en matière de droit des Autochtones, en l'occurrence la reconnaissance de droits territoriaux.

Ces tribunaux, soit la Cour d'appel du Québec, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et la Cour interaméricaine des droits de l'homme, nous apparaissent de dignes représentants des différents systèmes juridiques dont ils font partie (soit celui du Québec, celui de la Colombie-Britannique et le système interaméricain) et sont en quelque sorte des tribunaux « emblématiques » de « pratiques discursives » et de « cadres conceptuels » – pour employer les expressions de Mitchel Lasser¹⁷⁰ – qu'on est susceptible de retrouver de façon plus générale dans chacun de ces systèmes juridiques.

Notre choix d'étudier les décisions judiciaires de ces trois tribunaux « emblématiques » nous a ainsi permis de cibler notre recherche et de stabiliser notre question de recherche de façon à ce que le projet soit réalisable dans le contexte de la présente thèse. Ainsi, la question qui a animé la présente recherche est la suivante : Comment les jugements de tribunaux judiciaires issus de différentes traditions juridiques, en l'occurrence la Cour d'appel du Québec, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et la Cour interaméricaine des droits de l'homme, traitent-ils des notions de droits territoriaux?

Cette question de recherche tente de saisir les deux dimensions derrière notre intérêt pour le traitement du droit des Autochtones par des tribunaux issus de différentes traditions juridiques, soit une dimension analytique du droit judiciaire et une dimension comparative visant à identifier des spécificités dans le traitement du droit

¹⁷⁰ Lasser (2004) *Judicial Deliberations*, *supra* note 25.

des Autochtones qui seraient propres aux tribunaux appartenant à une ou plusieurs traditions juridiques différentes, le tout en s'inscrivant également dans une réflexion plus large sur l'évolution du droit des Autochtones au Canada et ailleurs dans le monde.

CHAPITRE II

CADRE THÉORIQUE ET APPROCHE MÉTHODOLOGIQUE

Ce chapitre présente les assises théoriques de notre projet de recherche et la méthodologie adoptée pour étudier la problématique présentée au chapitre précédent et répondre à la question de recherche. Le chapitre débute avec une discussion de différentes théories du droit nous permettant de définir une conception de la décision judiciaire qui prenne en compte l'influence de différents facteurs, dont les traditions juridiques, dans la construction du droit. Ensuite, nous présentons le processus par lequel nous avons élaboré une méthodologie permettant l'étude de décisions judiciaires de tribunaux et de systèmes juridiques différents dans une perspective comparative. Cette présentation débute par une discussion des théories et méthodes du droit comparé pour ensuite aborder les différents choix effectués dans l'élaboration de cette méthodologie, notamment la méthode d'analyse des décisions judiciaires, le choix des tribunaux étudiés et le processus de sélection des décisions judiciaires. Nous enchaînons ensuite avec une brève discussion de certaines limites inhérentes à l'approche adoptée dans le cadre du présent projet de recherche.

Le reste du chapitre est consacré à l'élaboration d'une grille d'analyse servant de cadre de référence pour étudier différents facteurs liés aux traditions juridiques et leur influence dans les jugements des tribunaux sous étude. Nous proposons ainsi différents critères d'analyse pour les décisions judiciaires correspondant à des éléments de style et de méthodologie judiciaire que nous avons recensés dans la doctrine, particulièrement celle s'étant intéressée au contexte juridique mixte du

Québec, et qui sont liés aux traditions juridiques. Nous nous attardons donc au « style » du juge québécois qui se trouve sous l'influence simultanée de deux traditions. Ensuite, nous passons à une description de l'influence des traditions juridiques dans le rapport aux « sources de droit » et aux « méthodologies judiciaires », lequel nous illustrons encore une fois à travers l'exemple (juridiquement mixte) québécois. Nous passons ensuite à une description d'un autre élément qui diffère d'une tradition juridique à l'autre, soit les notions fondamentales qui structurent à la fois la réflexion juridique et l'éventail des solutions disponibles dans un domaine du droit. Nous portons alors notre attention sur les conceptions de la propriété en droit civil et en common law et sur le caractère significatif des différences entre ces conceptions pour le droit des Autochtones.

Enfin, nous présentons les autres facteurs que nous avons identifiés comme étant particulièrement pertinents en matière de droit des Autochtones et qui sont susceptibles de varier d'un système ou d'une tradition juridique à l'autre : la référence par les juges à des valeurs de morale politique et la référence par ces derniers à des éléments exogènes au droit étatique comme la perspective des Autochtones, la mobilisation de l'histoire ou encore d'autres déterminants externes du droit. Nous terminons le chapitre avec une description de la grille d'analyse qui récapitule les éléments développés tout au long du présent chapitre.

2.1 Une théorie de la décision judiciaire pour aborder le droit des Autochtones

En tentant d'identifier des différences dans les approches judiciaires de tribunaux issus de différents systèmes et traditions juridiques qui ont abordé des questions par ailleurs semblables, soit la reconnaissance des droits territoriaux, la présente recherche place la décision judiciaire au centre de son attention. Une telle entreprise requière la mobilisation d'une théorie de la décision judiciaire qui permette d'aborder les jugements de différents tribunaux tout en demeurant sensible à la méthodologie

judiciaire propre à chacun d'eux, y compris à la mobilisation des différentes sources et doctrines juridiques du droit des Autochtones. La théorie de l'interprétation du droit de Ronald Dworkin¹⁷¹, qui accorde une place centrale au rôle du juge dans la création du droit, nous apparaît répondre à cet impératif. La théorie de Dworkin permet en effet d'aborder les décisions judiciaires comme une manifestation du « droit en action » et de porter attention à la manière par laquelle les règles du droit positif sont mobilisées à travers la méthodologie judiciaire¹⁷² propre à chacun des tribunaux (et, par extension, des systèmes juridiques) sous étude. Cette théorie nous apparaît au surplus en phase avec la description que fait la juge Rousseau-Houle de ce qu'implique aujourd'hui « l'art de juger »¹⁷³. Ceci étant, d'autres théories du droit peuvent également apporter des contributions pertinentes à l'étude des décisions judiciaires, de leur mécanique et de leurs déterminants. Ainsi, dans la présente section, nous discuterons d'abord des théories positivistes avant de présenter plus en détail la théorie de l'interprétation du droit de Ronald Dworkin pour finir avec une brève discussion d'autres théories qui, sans constituer le cadre d'analyse du présent projet de recherche, nous apparaissent tout de même pertinentes pour l'analyse des décisions judiciaires en matière de droit des Autochtones.

¹⁷¹ Voir notamment Ronald Dworkin, « Le positivisme » (1985) 1 *Droit et Société* 31; Ronald Dworkin, « La Chaîne du droit » (1985) 1 *Droit et Société* 51; et Ronald Dworkin, « La théorie du droit comme interprétation » (1985) 1 *Droit et Société* 81.

¹⁷² Pour une problématisation de la notion de méthodologie judiciaire, voir Aditi Bagchi, « On the Very Idea of Legal Methodology » dans Jürgen Basedow, Holger Fleischer et Reinhard Zimmermann, dir, *Legislators, judges, and Professors*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, 193 [Bagchi (2016) « On the Very Idea of Legal Methodology »].

¹⁷³ Thérèse Rousseau-Houle, « L'art de juger : sources et méthodologie. Ce que révèle l'œuvre du juge Louis LeBel » (2016) 57:2 C de D 231 [Rousseau-Houle (2016) « L'art de juger »] aux pp 235-236.

2.1.1 Un regard sur le droit positif : les décisions judiciaires en droit des Autochtones

En ayant pour objet l'étude des décisions judiciaires, la portée de la présente thèse se limite certes à des expressions du « droit positif » au sens où l'entendraient des auteurs comme H.L.A. Hart¹⁷⁴ et Joseph Raz¹⁷⁵ : les décisions judiciaires sont rendues par les tribunaux, soit des entités étatiques (ou supra-étatiques dans le cas de la Cour interaméricaine des droits de l'homme) et elles deviennent, une fois rendues et publiées, sources de règles de droit formelles reconnues comme telles par les autorités¹⁷⁶.

Pour employer la terminologie de Hart, on peut considérer que le droit des Autochtones en vigueur dans un système juridique donné, qu'il s'agisse par exemple du Canada ou du système interaméricain, est composé d'un corpus de « règles primaires » dont l'application (par exemple la reconnaissance de l'existence de droits ancestraux dans des circonstances précises) est régie par des règles secondaires « de décision » conférant le pouvoir aux juges de décider et des règles secondaires « de reconnaissance » leur permettant d'identifier les sources du droit fondant les règles en cause¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Herbert Lionel Adolphus Hart, *Le concept de droit*, 2e éd, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005 [Hart, *Le concept de droit*].

¹⁷⁵ Joseph Raz, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon, 1979.

¹⁷⁶ Ajoutons que la force contraignante de ces règles varie en fonction de la hiérarchie des sources propre à un système juridique.

¹⁷⁷ Hart décrit ces dernières règles secondaires comme « conférant des pouvoirs » dont celui permettant de reconnaître les critères établissant la validité des règles primaires; voir Hart, *Le concept de droit*, *supra* note 174, aux pp 113-116.

Dans les cas faciles qui tombent dans un « noyau de certitude »¹⁷⁸, les sources du droit identifiées par la règle de reconnaissance permettent aux juges d'arriver à une conclusion (par exemple, à savoir si ces sources commandent de reconnaître l'existence de droits ancestraux dans les circonstances d'une affaire donnée). Dans d'autres cas, où il subsiste une « pénombre de doute »¹⁷⁹, les sources du droit positif n'offrent pas toujours une réponse complète à la question soulevée et les juges doivent alors exercer leur discrétion pour trancher. Pour les positivistes, ce pouvoir limité d'appréciation des juges est alors libre et peut être fondé, ou pas, sur des considérations morales.

Cette conception du droit met certes l'accent sur la certitude et le formalisme dans l'identification de règles juridiques, mais ne permet pas d'identifier les « façons de faire et de penser » liées aux traditions juridiques qui intéressent la présente recherche. Notre intention en analysant les décisions judiciaires (qui font certes partie du droit positif) de tribunaux issus de différents systèmes et traditions juridiques est en effet de déceler, dans ces décisions, la part jouée par des facteurs autres que positivistes et, le cas échéant, d'identifier des motifs ou formes récurrentes (des « *patterns* ») qui pourraient être liées aux traditions juridiques.

2.1.2 Un regard antipositiviste : au-delà de la lettre des règles juridiques

La théorie de l'interprétation du droit de Ronald Dworkin¹⁸⁰ accorde une place centrale à la décision judiciaire et permet de rendre compte de façon structurée de

¹⁷⁸ Hart, *Le concept de droit*, *ibid*, aux pp 141-142.

¹⁷⁹ Hart, *Le concept de droit*, *ibid*, aux pp 141-142.

¹⁸⁰ Voir *supra* note 171.

l'influence de facteurs autres que positivistes dans le processus décisionnel. Ainsi, le cadre de Dworkin apparaît plus prometteur que le cadre positiviste pour révéler ce que la présente recherche tente de déceler.

En effet, pour Ronald Dworkin, le juge faisant face à un « cas difficile » qui tombe dans la « pénombre du doute » n'exerce jamais un pouvoir complètement discrétionnaire puisqu'il doit toujours procéder à un exercice structuré d'interprétation du droit existant¹⁸¹. Pour Dworkin, le droit est constitué à la fois de règles explicites qui s'appliquent (ou pas) à une situation donnée et de principes, souvent implicites, qui traversent différentes règles et correspondent plutôt à des raisons militent en faveur d'une orientation particulière, mais ne commandant pas une décision précise¹⁸².

Ainsi, le juge qui fait face à un cas difficile doit procéder à un exercice d'interprétation qui se déroule en plusieurs étapes allant de la considération des règles de droit positif, à l'identification de principes et au soupèsement de ces derniers selon leur poids et leur importance dans le domaine du droit qui est concerné¹⁸³.

Les principes identifiés doivent satisfaire au « test de convenance », c'est-à-dire qu'ils doivent s'accorder avec et justifier le mieux possible le droit dans son

¹⁸¹ *Ibid*, particulièrement Dworkin (1985) « La théorie du droit comme interprétation » et « La Chaîne de droit ».

¹⁸² Voir notamment Dworkin (1985) « La Chaîne de droit », *ibid*, à la p 57 : « La théorie du droit comme unité demande aux juges de supposer, dans toute la mesure du possible, que le droit est structuré par un ensemble de principes cohérents concernant la justice, l'équité et la procédure, et d'appliquer ceux-ci dans les cas nouveaux dont ils sont saisis, de sorte que la situation de chaque personne puisse être jugée avec équité et justice d'après les mêmes standards ».

¹⁸³ Voir Dworkin (1985) « La Chaîne du droit », *ibid*, aux pp 56 et s.

ensemble¹⁸⁴. Si nécessaire, le juge peut même devoir élargir le champ de recherche des principes applicables à d'autres domaines du droit¹⁸⁵, mais il doit alors respecter le principe de la « priorité locale »¹⁸⁶ qui impose à tout jugement interprétatif des contraintes de cohérence à l'intérieur des limites de la branche ou domaine du droit qui est alors en jeu.

Le travail du juge a aussi, selon Dworkin, une dimension de morale politique : le juge doit décider quelle interprétation montrera le droit « sous son meilleur jour » ou comme étant le meilleur possible du point de vue de la morale politique¹⁸⁷. Les valeurs constitutives de la morale politique doivent être déduites *par* le juge en fonction *de l'ensemble du système*, c'est-à-dire selon les convictions propres du juge de ce que commandent à la fois la justice abstraite et les convictions, la culture et l'histoire politique de la société dans son ensemble. Cette détermination (et le poids à accorder à chacun des éléments à considérer) est donc susceptible de varier de juge en juge¹⁸⁸.

On imagine très bien la mécanique décrite par Dworkin à l'œuvre dans le domaine du droit des Autochtones, par exemple lorsqu'un juge doit déterminer si des circonstances nouvelles justifient qu'un droit ancestral soit reconnu judiciairement ou encore s'il convient de reconnaître un nouveau type de droit ancestral.

¹⁸⁴ Dworkin (1985) « La Chaîne du droit », *ibid*, aux 60-61.

¹⁸⁵ Dworkin (1985) « La Chaîne du droit », *ibid*, à la p 58.

¹⁸⁶ Dworkin (1985) « La Chaîne du droit », *ibid*, aux pp 61-63.

¹⁸⁷ Dworkin (1985) « La Chaîne du droit », *ibid*, à la p 64.

¹⁸⁸ Dworkin (1985) « La Chaîne du droit », *ibid*, à la p 64.

C'est aussi dans le jeu des éléments de cette mécanique décisionnelle que les traditions juridiques peuvent avoir des incidences différentes sur la construction du droit : les juges civilistes et ceux de common law partagent-ils la même conception de la « convenance » (au sens dworkinien) et des contraintes de cohérence qui s'imposent dans l'exercice d'interprétation judiciaire? Le recours à des principes occupe-t-il la même place chez tous ces juges, ou encore, ces derniers valorisent-ils différents principes ou différentes idées de morale politique?

À titre d'exemple, plusieurs juristes soulignent l'importance qu'accordent les civilistes québécois à la cohérence interne de leur droit civil¹⁸⁹. Certains ont même vu dans la protection de l'intégrité du droit civil québécois un thème dominant de la pensée juridique à une certaine époque¹⁹⁰. La théorie du droit de Dworkin permet donc, selon nous, de prendre en compte ces autres éléments qui peuvent entrer en jeu dans le processus de décision judiciaire et qu'une analyse strictement positiviste ne met pas en évidence.

Au surplus, la théorie de Dworkin apparaît également s'accorder avec la description que fait la juge Rousseau-Houle de ce qui constitue aujourd'hui « l'art de juger »¹⁹¹. En fait, la juge Rousseau-Houle va plus loin : elle évoque l'analogie de Dworkin selon laquelle le juge qui rend une décision et rédige un jugement collabore à l'élaboration d'un ouvrage collectif en écrivant le nouveau chapitre d'un « roman à la

¹⁸⁹ Voir notamment Baudouin (2016) « L'art de juger », *supra* note 52 à la p 334.

¹⁹⁰ Voir Normand (1987), « Un thème dominant », *supra* note 58.

¹⁹¹ Rousseau-Houle (2016) « L'art de juger », *supra* note 173.

chaîne »¹⁹², mais elle ajoute que le juge « ne peut se contenter de raconter la suite », qu'il doit aussi « être créatif et imaginaire » et que l'art de juger « implique de plus en plus des choix de politique juridique »¹⁹³.

Écrivant encore que le jugement établit une « relation au monde »¹⁹⁴ et participe d'un processus constant d'ajustement du droit à la réalité sociale¹⁹⁵, la juge Rousseau-Houle exprime d'élégante façon une conception de la décision judiciaire qui nous apparaît dépasser le cadre dworkinien :

« En réglant un problème circonscrit par le droit, le juge touche beaucoup d'autres dimensions de la vie que le droit n'a normalement pas à connaître, mais que le juge ne peut ignorer »¹⁹⁶.

Cette observation de la juge Rousseau-Houle nous semble particulièrement juste dans le contexte singulier du droit des Autochtones et soulève la question importante de la considération, par les juges de différentes traditions juridiques, de ces « autres dimensions de la vie ».

¹⁹² Rousseau-Houle (2016) « L'art de juger », *ibid*, à la p 235 référant à Ronald Dworkin, *L'empire du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1994 et Ronald Dworkin, « La chaîne du droit », (1985) 1 *Droit et société* 51.

¹⁹³ Rousseau-Houle (2016) « L'art de juger », *ibid*, à la p 236.

¹⁹⁴ Rousseau-Houle (2016) « L'art de juger », *ibid*, à la p 236 citant Guy Thuilier, *L'art de juger*, Paris, Economica, 2001, p 3.

¹⁹⁵ Rousseau-Houle (2016) « L'art de juger », *ibid*, à la p 237.

¹⁹⁶ Rousseau-Houle (2016) « L'art de juger », *ibid*, à la p 237.

2.1.3 Un regard ouvert sur le pluralisme juridique, l'histoire et les déterminants externes du droit

Dans son ouvrage *The Terms of Coexistence*, le professeur Grammond souligne lui-aussi les insuffisances d'une analyse strictement positiviste en matière de droit des Autochtones lorsqu'il écrit : « *in no area other than indigenous peoples' law the need to discard the blinders of legal positivism is felt more acutely* »¹⁹⁷. Suivant les remarques de la juge Rousseau-Houle et du professeur Grammond, il convient de porter notre attention sur certaines autres théories du droit (et de son rapport à la société) qui s'intéressent à ces « autres dimensions de la vie » que le juge appelé à décider de questions touchant aux droits des peuples autochtones ne peut, ou ne devrait, ignorer.

Le pluralisme juridique offre à ce titre un regard beaucoup plus ouvert sur les différents ordres de normativité qui sont susceptibles d'entrer en interaction lorsque les droits des peuples autochtones et leur relation avec la société non autochtone et l'État sont en jeu. Le pluralisme juridique remet en question le postulat du positivisme juridique selon lequel l'État aurait le monopole de la normativité¹⁹⁸ en attirant plutôt l'attention sur les différents modes de production de cette

¹⁹⁷ Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *supra* note 9 à la p 25.

¹⁹⁸ Voir notamment Jean-Guy Belley, « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit » dans Jean Kellerhals, Dominique Manaï et Robert Roth, dir, *Pour un droit pluriel. Études offertes au professeur Jean-François Perrin*, Genève / Bâle / Munich, Helbing & Lichtenhahn (Collection genevoise), 2002, 135 aux pp 135-136; Roderick MacDonald, « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés avancées », (2002-3) *Revue de droit de Sherbrooke* 135 aux pp 138-139; Ghislain Otis, « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique » dans Ghislain Otis, dir, *Méthodologie du pluralisme juridique*, Éditions Karthala, Paris, 2012. Voir également Kirsten Anker, *Declarations of Interdependence: A Legal Pluralist Approach to Indigenous Rights*, Burlington, Vermont, Ashgate, 2014 [Anker (2014) *Declarations of Interdependence*] à la p 4 et Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *supra* note 9 aux pp 30-31.

normativité¹⁹⁹ qui, selon le contexte, peut avoir une effectivité au même titre que le droit étatique ou encore rendre ce dernier inefficace²⁰⁰.

Le professeur Michel Morin souligne l'existence, à l'intérieur du courant du pluralisme juridique, de diverses conceptions des droits des peuples autochtones²⁰¹. L'une d'elles, qui se situerait à l'extrémité du spectre de la reconnaissance de la normativité non étatique, reconnaît la survie des coutumes autochtones peu importe l'attitude du système juridique dominant à leur égard²⁰². Une autre, toujours selon Morin, postule que les peuples autochtones conservent des pouvoirs gouvernementaux ancestraux tant qu'ils n'en sont pas expressément privés par la loi²⁰³. Une troisième, prend appui sur des normes étatiques, par exemple lorsque des tribunaux donnent effet aux traditions juridiques autochtones ou incorporent – peut-être au risque de les déformer – les coutumes autochtones²⁰⁴. Cette dernière

¹⁹⁹ Pour une réflexion sur la production du droit en marge de l'État dans le contexte précis des systèmes juridiques autochtones, voir Otis (2018) « La production du droit autochtone » *supra* note 7.

²⁰⁰ Voir à ce titre l'étude faite par le professeur Roderick Macdonald du recours par les membres de diverses communautés culturelles aux tribunaux civils pour régler leurs conflits dans Macdonald (2002-3) « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés avancées », *supra* note 198, aux pp 145 et s.

²⁰¹ Michel Morin, « Quelques réflexions sur le rôle de l'histoire dans la détermination des droits ancestraux et issus de traités » (2000) 34 RJT 329 aux pp 335-338.

²⁰² Morin (2000) « Quelques réflexions sur le rôle de l'histoire dans la détermination des droits ancestraux et issus de traités », *ibid*, à la p 336.

²⁰³ Morin (2000) « Quelques réflexions sur le rôle de l'histoire dans la détermination des droits ancestraux et issus de traités », *ibid*, à la p 336.

²⁰⁴ Morin (2000) « Quelques réflexions sur le rôle de l'histoire dans la détermination des droits ancestraux et issus de traités », *ibid*, à la p 337. Morin souligne que ce type de reconnaissance a notamment eu lieu en matière d'adoption. Voir aussi la discussion du courant jurisprudentiel reconnaissant les traditions juridiques autochtones que fait le juge Grammond dans *Pastion v Dene Tha' First Nation*, 2018 FC 648 au para 8 ainsi que Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *supra* note 9 aux pp 374-385.

conception nous interpelle particulièrement puisqu'elle est observable dans les décisions judiciaires, lesquelles peuvent se montrer plus ou moins ouvertes à la reconnaissance des traditions juridiques autochtones. Serait-il possible que les juges issus d'une tradition juridique particulière soient plus frileux que d'autres et, le cas échéant, que les traditions juridiques aient quelque chose à voir avec de telles réticences²⁰⁵?

Notre attention, dans l'analyse des décisions judiciaires, se portera aussi sur la place qui est accordée à la perspective des Autochtones. Notre approche s'inspire à cet égard du courant du pluralisme juridique radical ou critique qui s'intéresse particulièrement à la perspective des acteurs sociaux et à leur rôle dans la constitution même du droit²⁰⁶. On s'interrogera ainsi à savoir si la volonté déclarée de la Cour suprême du Canada de tenir compte de la perspective autochtone²⁰⁷ se traduit par une véritable reconnaissance de cette perspective dans les décisions des tribunaux sous étude.

Dans son livre *Declarations of Interdependence*²⁰⁸, la professeure Anker soutient que c'est justement le cadre du pluralisme juridique critique qui constitue l'approche à

²⁰⁵ C'est en quelque sorte ce qu'avançaient les auteurs dans Lajoie et al (1998), *supra* note 36, lorsqu'ils associaient le droit civil québécois, surtout dans ses expressions jurisprudentielles plus récentes, à un positivisme strict qui faisait obstacle à la reconnaissance de droits ancestraux. D'ailleurs, plus récemment, la juge Ann-Marie Jones de la Cour du Québec écrivait dans un jugement concernant une requête à l'admissibilité à l'adoption d'une enfant autochtone (crie) que contrairement à la common law, « la législation québécoise sur l'adoption, déterminée et encadrée par les préceptes du *Code civil du Québec*, ne reconnaît pas l'adoption coutumière »; voir *Adoption — 1212*, 2012 QCCQ 2873 (CanLII) [*Adoption — 1212*] aux paras 457 et 462.

²⁰⁶ Voir notamment la présentation qui est faite de ce courant dans Macdonald (2002-3) « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés avancées », *supra* note 198, aux pp 141 et s.

²⁰⁷ Voir par exemple *Van der Peet* (CSC), *supra* note 19, au para 50; *Delgamuukw* (CSC), *supra* note 10, aux paras 147-148; *Tsilhqot'in*, *supra* note 89, aux paras 14 et 34-35.

²⁰⁸ Anker (2014) *Declarations of Interdependence*, *supra* note 198.

privilégier pour faire une véritable place aux ordres juridiques autochtones et ainsi « prendre le risque » d'une réelle coexistence avec ceux-ci plutôt que de les garder confinés à des espaces restreints désignés à cet effet par le droit étatique²⁰⁹.

La conception pluraliste proposée par la professeure Anker fait également écho à l'appel des études juridiques critiques (les *critical legal studies*, la *critical race theory* et les études féministes) à porter une attention particulière au rôle du droit dans la création et la perpétuation des inégalités et de l'oppression, notamment dans sa capacité (ou son incapacité) à refléter une diversité de perspectives²¹⁰. Il importera donc de diriger notre regard vers l'ouverture plus ou moins grande dont peuvent faire preuve les juges et les tribunaux envers les considérations soulignées par ces perspectives critiques et pluralistes.

Une autre perspective théorique prenant une importance particulière en matière de droit des Autochtones est celle ayant pour objet l'étude de la relation entre le droit et l'histoire. En effet, de la recherche sur les coutumes juridiques précoloniales des peuples autochtones à l'étude des lois de la période coloniale jusqu'à l'adoption de la conception historique des droits ancestraux par la Cour suprême du Canada, le droit des Autochtones est profondément ancré dans l'histoire²¹¹. L'histoire a non seulement modelé ce domaine du droit, mais elle constitue également une source vers laquelle les juges se tournent pour interpréter et faire évoluer le droit, faisant du droit des

²⁰⁹ Anker (2014) *Declarations of Interdependence*, *ibid*, à la p 3.

²¹⁰ Anker (2014) *Declarations of Interdependence*, *ibid*, à la p 10.

²¹¹ Voir la discussion dans Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *supra* note 9 aux pp 25-30.

Autochtones un des lieux d'une « nécessaire convergence entre droit et histoire »²¹². Mais comme l'écrit Jean-Marie Fecteau, la relation entre le droit et l'histoire est complexe et conflictuelle puisque les perspectives sur cette dernière sont constamment tiraillées « entre les besoins professionnels de la pratique et les exigences analytiques des sciences sociales »²¹³.

Ainsi, l'avocat René Morin a suggéré que l'approche retenue par la Cour suprême du Canada en matière de droit des Autochtones depuis les années 1970 avait mené à une véritable « judiciarisation de l'histoire »²¹⁴. Pour le professeur Alain Beaulieu, l'histoire est devenue « un instrument que l'on manipule pour faire valoir des droits particuliers ou en contester l'existence »²¹⁵. Il importe donc de porter une attention particulière aux processus par lesquels les juges mobilisent l'histoire dans les décisions judiciaires²¹⁶.

²¹² Jean-Marie Fecteau, « Savoir historique et mutations normatives : Les défis d'une nécessaire convergence entre droit et histoire » dans Pierre Noreau, dir, *Dans le regard de l'autre*, Montréal, Université de Montréal, Centre de recherche en droit public et Éditions Thémis, 2007.

²¹³ Fecteau (2007) « Savoir historique et mutations normatives : Les défis d'une nécessaire convergence entre droit et histoire », *ibid*, à la p 37.

²¹⁴ René Morin, « La Cour suprême du Canada et la cause autochtone : l'histoire au banc des accusés » (2009) *Conférence des juristes de l'État 2009*, disponible en ligne : <<https://www.conferencedesjuristes.gouv.qc.ca/files/documents/el/96/lacoursupremeducanadaetlacaueautochtone.pdf>> aux pp 392-393. Morin écrit qu'on aurait assisté à « une reconstruction juridique d'une relation historique » par la reconsidération de faits historiques à travers le prisme des principes beaucoup plus récents tels que la relation de fiduciaire et l'honneur de la Couronne, lesquels sont étrangers à la pensée des historiens (aux pp 393 et 397).

²¹⁵ Alain Beaulieu, « Une histoire instrumentalisée : Réflexions sur l'usage du passé dans les revendications autochtones » (2009) *Conférence des juristes de l'État 2009*, disponible en ligne : <<https://www.conferencedesjuristes.gouv.qc.ca/files/documents/cu/34/unehistoireinstrumentalisee.pdf>> à la p 354.

²¹⁶ Par exemple, le professeur Morin rapporte le cas du juge en chef de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, Allan McEachern, qui a rendu le jugement de première instance dans l'affaire *Delgamuukw c British-Columbia*, [1991] 3 WWR 97 et qui avait suscité de nombreuses critiques en

Il en va d'ailleurs de même quant au traitement judiciaire de tous les déterminants externes du droit. Ainsi, le professeur Jean Leclair souligne que le recours par les juges et les tribunaux aux disciplines exogènes au droit (comme l'histoire, la sociologie, l'anthropologie et l'archéologie) soulève de multiples difficultés, dont notamment le risque que certains d'entre eux présument d'une unanimité théorique et épistémologique au sein de ces champs disciplinaires qui ne reflèterait pas l'état véritable des connaissances²¹⁷. Le recours à ces disciplines demeure toutefois nécessaire pour faire le pont entre le droit et la société²¹⁸ – une distinction d'ailleurs remise en question par les études socio-juridiques²¹⁹ – et impose tout simplement, comme le souligne le professeur Leclair, au juriste s'aventurant hors des sentiers positivistes qu'il effectue un « examen de conscience épistémologique »²²⁰.

raison de la conception réductrice de l'histoire et de l'ethnocentrisme reflétés dans son jugement; voir Michel Morin, « Les insuffisances d'une analyse purement historique des droits des peuples autochtones » (2003) 57 :2 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 237 à la p 238 note 4.

²¹⁷ Voir Leclair (2011) « Il faut savoir se méfier des oracles », *supra* note 99, à la p 105.

²¹⁸ Sur le plan de la théorie du droit, notons que la conception du professeur Slattery quant à la nature « générative » des droits ancestraux a quelque chose de tout à fait novateur en ancrant les règles juridiques applicables non seulement dans des règles juridiques et des principes, mais aussi – à travers les « principes de réconciliation » – dans le contexte (social, économique, historique) précis des populations autochtones. Voir notamment *supra* note 107.

²¹⁹ Annelise Riles, « Comparative Law and Socio-legal Studies » dans Mathias Reimann et Reinhard Zimmermann, dir, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 775 à la p 800.

²²⁰ Jean Leclair, « Les périls du totalisme conceptuel en droit et en sciences sociales » (2009) 14:1 *Lex Electronica* 1 à la p 1.

2.2 L'élaboration d'une méthodologie de droit comparé

Dans la terminologie des sciences sociales telle que la présente notamment John Creswell²²¹, on pourrait qualifier la posture adoptée par le présent projet de recherche de « postpositiviste » puisque ce dernier s'intéresse aux effets d'une variable, soit la tradition juridique, sur la mise en œuvre et la construction du droit des Autochtones dans les décisions judiciaires de tribunaux issus de différentes traditions juridiques.

En comparant les décisions judiciaires de différents tribunaux et systèmes juridiques ainsi que les méthodologies judiciaires qui y sont reflétées, la présente recherche a clairement une visée comparative, ce qui rend nécessaire une discussion des théories et méthodes du droit comparé afin de présenter les choix effectués pour adapter la méthode et les outils retenus aux fins recherchées²²².

2.2.1 Les théories et méthodes du droit comparé

Dans l'introduction du récent volume *Comparative Law Methodology* qu'ils ont édité, les auteurs Adams, Husa et Oderkerk affirment qu'il est impossible de parler de « la » méthode du droit comparé car ce dernier consiste plutôt en une collection de méthodes qui peuvent être pertinentes pour répondre à des questions sur le droit ou sur des objets pertinents pour le droit (comme les normes, les cultures, les systèmes

²²¹ John W Creswell, *Research Design: Qualitative, Quantitative, and Mixed Methods Approaches*, 2e éd., Thousand Oaks, London Sage Publications, 2003 aux pp 6-8.

²²² Geoffrey Samuels, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Oxford et Portland, Oregon, Hart, 2014 à la p 108.

juridiques, les institutions)²²³. Cette observation nous interpelle particulièrement puisqu'elle invite à adapter la méthode choisie aux fins recherchées²²⁴ tout en reconnaissant que ces choix méthodologiques comportent aussi des limites. Ainsi, nous prétendons qu'il est possible de produire des connaissances sur le droit des Autochtones en ne comparant que des décisions judiciaires sans pour autant nier qu'il puisse y avoir beaucoup plus dans ce champ du droit que ce que notre méthode permet de faire apparaître.

De façon générale, certains auteurs offrent des lignes directrices pour l'élaboration d'une méthodologie de droit comparé; par exemple l'idée que le juriste qui étudie le droit d'un système juridique étranger doive analyser lui-même la jurisprudence et se familiariser avec les constructions juridiques à l'œuvre dans ce système²²⁵ ou encore la « règle des trois C » de Léontin Jean Constantinesco qui suggère au comparatiste de procéder « en trois stades successifs, à savoir connaître, comprendre, comparer »²²⁶.

Béatrice Jaluzot a produit une typologie de différentes méthodes comparatives, notant au passage qu'il existe un assez grand nombre d'écoles ou d'approches et que leurs

²²³ Maurice Adams, Jaakko Husa et Marieke Oderkerk, « Method and Methodology of Comparative Law: Introductory Remarks » dans *Comparative Law Methodology*, Edward Elgar Publishing, 2017.

²²⁴ Constantinesco suggérait quant à lui d'organiser le processus comparatif comme une « série d'opérations s'enchaînant dans une marche raisonnée, dirigée vers un but précis »; voir Béatrice Jaluzot, « Méthodologie du droit comparé : bilan et perspective » (2005) 57:1 RIDC 29 [Jaluzot (2005) « Méthodologie du droit comparé »] à la p 35 citant Léontin Jean Constantinesco, *Traité de droit comparé, tome 2 : La méthode comparative*, 1974, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, à la p 122.

²²⁵ Jaluzot (2005) « Méthodologie du droit comparé », *ibid*, à la p 32.

²²⁶ Jaluzot (2005) « Méthodologie du droit comparé », *ibid*, à la p 35.

fondements théoriques demeurent souvent imprécis²²⁷. Chacune de ces méthodes offre toutefois des avantages et des limites les rendant plus ou moins appropriées à la poursuite d'objectifs spécifiques. Ainsi, alors que certaines méthodes sont tombées en désuétude ou simplement disparues²²⁸, d'autres comme la « méthode conceptuelle » qui s'attarde à la comparaison de notions ou d'institutions dans des droits différents, s'avèrent toujours nécessaires malgré leur « évidence » et malgré les inconvénients que peuvent présenter les défauts de « correspondance parfaite » des notions ou institutions d'un système juridique à l'autre²²⁹. La « méthode fonctionnelle » propose plutôt une approche « orientée en fonction du problème », c'est-à-dire une approche fondée sur la comparaison des solutions apportées par différents systèmes juridiques à des problèmes spécifiques à résoudre²³⁰. Une telle approche requiert du comparatiste qu'il étudie « non seulement les institutions juridiques en tant que telles, mais aussi et surtout le rôle et les objectifs qu'elles poursuivent dans leur propre système juridique » (leur « fonction »), ce qui nécessite de considérer les institutions ou règles juridiques dans leur contexte propre²³¹.

Une autre approche, soit la « méthode factuelle », est un peu le prolongement de la méthode fonctionnelle et se concentre sur la comparaison des solutions juridiques produites dans différents systèmes juridiques dans des situations factuelles bien

²²⁷ Jaluzot (2005) « Méthodologie du droit comparé », *ibid*, aux pp 38 et s.

²²⁸ Jaluzot indique que la méthode purement descriptive qui se restreignait à la seule étude de la loi est tombée en désuétude, alors que l'approche « évolutionniste » qui transposait les théories de Darwin au domaine du droit est tout simplement disparue puisque ses postulats se sont avérés faux; voir Jaluzot (2005) « Méthodologie du droit comparé », *ibid*, aux pp 38-39.

²²⁹ Jaluzot (2005) « Méthodologie du droit comparé », *ibid*, à la p 39.

²³⁰ Jaluzot (2005) « Méthodologie du droit comparé », *ibid*, à la p 39.

²³¹ Jaluzot (2005) « Méthodologie du droit comparé », *ibid*, à la p 40.

précises et semblables²³². Cette méthode rend évidentes les différences de solutions et de raisonnement et pousse le chercheur vers un niveau de recherche plus profond qui dépasse l'attention aux seuls mécanismes juridiques déployés pour aussi chercher à les expliquer par des raisons de politique juridique²³³.

Enfin, une autre approche qualifiée de « contextualiste ou culturelle » s'opposerait en principe à une approche purement « textualiste », c'est-à-dire qui se restreint à l'étude du droit dans les textes²³⁴. L'approche contextualiste ou culturelle cherche à appréhender le « droit en action » en s'intéressant aux facteurs environnementaux (comme l'économie, la politique, la sociologie) pour expliquer et situer la règle de droit dans son contexte²³⁵. En d'autres termes, cette approche s'intéresse particulièrement aux déterminants externes du droit²³⁶.

2.2.2 Une méthode sur mesure pour étudier la construction du droit dans les décisions judiciaires de différentes traditions juridiques

Qu'en est-il donc de notre propre approche? À l'image des droits ancestraux qui sont au cœur de la présente recherche, il nous est apparu qu'une méthodologie qui soit

²³² Jaluzot (2005) « Méthodologie du droit comparé », *ibid*, aux pp 41-42.

²³³ Jaluzot (2005) « Méthodologie du droit comparé », *ibid*, à la p 42 citant Basil Markesinis, « Unité ou divergence : à la recherche des ressemblances dans le droit européen contemporain », *RIDC* 2001, pp 810 et s.

²³⁴ Jaluzot (2005) « Méthodologie du droit comparé », *ibid*, à la p 42.

²³⁵ Jaluzot (2005) « Méthodologie du droit comparé », *ibid*, aux pp 42-43.

²³⁶ Selon Jaluzot, l'approche contextualiste ou culturelle « repose sur l'idée selon laquelle le droit ne peut plus être uniquement compris comme étant le produit ou la cause de phénomènes sociaux, mais qu'il est aussi une manière de structurer l'expérience sociale »; voir Jaluzot (2005) « Méthodologie du droit comparé », *ibid*, à la p 43.

adaptée aux objectifs de notre projet devrait, elle aussi, être *sui generis*! En d'autres termes, il nous est apparu pertinent pour répondre à notre question de recherche d'emprunter à plusieurs des méthodes présentées précédemment.

Ainsi, notre prétention est que les textes des décisions judiciaires reflètent au moins une part de « droit en action »²³⁷ et que leur analyse « textualiste » dans une perspective comparative peut révéler bien des choses quant aux « différences de solutions et de raisonnement » pouvant exister entre tribunaux et systèmes juridiques issus de différentes traditions juridiques. Comme le suggère le comparatiste Pierre Legrand, nous avons fait « l'hypothèse de la différence » entre ces textes²³⁸.

De plus, notre approche emprunte à divers degrés aux méthodes conceptuelles et factuelles dans la mesure où nous nous intéressons à la fois à des concepts (les droits territoriaux) et à des situations factuelles (la revendication de droits territoriaux par des populations autochtones dans différentes juridictions) comparables. Ceci dit, la présente recherche n'étudie pas spécifiquement les notions de droits territoriaux dans une perspective comparative, mais plutôt les décisions judiciaires elles-mêmes dans leur rapport à ces notions. Et bien que nous souhaitions porter une attention aux facteurs externes pouvant influencer les décisions judiciaires en matière de droit des Autochtones, nous sommes conscients que notre approche nous limite aux seuls facteurs qui sont déjà reflétés dans les décisions judiciaires—ce qui nous éloigne sans doute des prescriptions de la méthode contextualiste ou culturelle.

²³⁷ Les décisions judiciaires reflètent en effet des exercices nombreux de qualification juridique, d'interprétation des faits et du droit ainsi que de mobilisation des sources et autorités qui, à notre sens, rendent ces textes beaucoup plus « vivants » et font essentiellement le pont entre le « droit dans les livres » et la société.

²³⁸ Pour une présentation de l'approche herméneutique de Pierre Legrand, voir Samuels (2014), *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, *supra* note 222, aux pp 108 et s.

2.3 Les choix méthodologiques

Le droit comparé nous offre ainsi une conception scientifique et des outils méthodologiques permettant l'étude systématisée des décisions judiciaires de différents tribunaux et systèmes juridiques. Puisqu'il y a toujours « *un choix* à faire en parlant du droit comparé »²³⁹, il importe de présenter certains des choix effectués dans l'élaboration de la présente recherche.

2.3.1 L'analyse littéraire des décisions judiciaires comme fenêtre sur l'univers conceptuel des traditions juridiques

Le premier de ces choix a trait à plusieurs « orientations méthodologiques » se rapprochant de celles présentées par Mitchel Lasser dans son ouvrage *Judicial Deliberations*²⁴⁰. Dans ce livre, Lasser s'intéresse à l'analyse des discours judiciaires et examine plus particulièrement comment les juges de différents systèmes juridiques raisonnent, argumentent et décident des affaires qui se retrouvent devant eux²⁴¹.

Lasser considère que sa démarche méthodologique est composée de trois éléments qui sont tous dignes de mention dans le contexte de notre propre recherche. Le premier nous apparaît relever plus de considérations épistémologiques et postule qu'il est possible pour un comparatiste d'arriver, à travers une analyse détaillée, à

²³⁹ H Patrick Glenn, « Quel droit comparé? » (2013) 43 RDUS 23 à la p 25.

²⁴⁰ Lasser (2004) *Judicial Deliberations*, *supra* note 25.

²⁴¹ Lasser (2004) *Judicial Deliberations*, *ibid* à la p 10. Lasser décrit le but ultime de sa démarche comme suit : « *The ultimate goal of such analysis is to understand, to whatever extent possible, how other judicial systems conceive of law, how they conceptualize their own legal systems, and how they imagine their legal systems to function—or how they should function—and why* ».

comprendre l'univers discursif de systèmes juridiques étrangers, du moins tant qu'on n'est pas confronté à des « cultures juridiques radicalement différentes »²⁴². Dans notre cas, il importe de mentionner que notre capacité à comprendre les décisions judiciaires – autant du point de vue linguistique que juridique – des tribunaux sous étude a certainement influencé notre choix d'étudier précisément ces tribunaux et les traditions juridiques desquelles ils sont issus²⁴³.

Ensuite, Lasser adopte une démarche proche de l'analyse littéraire et de l'herméneutique et soutient à ce titre qu'une analyse littéraire rigoureuse des discours déployés dans des systèmes juridiques « étrangers » constitue une méthode appropriée pour acquérir des connaissances sur la manière par laquelle les juristes (étrangers) s'expriment, voire même sur leur façon de penser²⁴⁴. Lasser précise :

*« In other words, this literary methodology assumes that legislative statutes, academic articles, judicial decisions, and other legal texts are significant not only because of the substantive results that they enact, suggest, or order, but also because of the way in which those texts are composed. The methodology claims that each of these documents reflects, constructs, and presents its own worldview, one that expresses particular conceptions about all of the issues, arguments, institutions, characters, and the like to which the documents implicitly or explicitly refer, and about the relationships between them. In short, the methodology affirms that legal texts express an implicit conceptual universe that can fruitfully, if imperfectly, be made explicit by meticulous literary analysis »*²⁴⁵.

²⁴² Lasser (2004) *Judicial Deliberations*, *ibid*, aux pp 10-11.

²⁴³ Il importe peut-être de mentionner ici que l'auteur de la présente thèse a été formé à la fois en droit civil et en common law dans une université canadienne et qu'il maîtrise le français et l'anglais ainsi que, dans une mesure un peu plus limitée, l'espagnol.

²⁴⁴ Lasser (2004) *Judicial Deliberations*, *supra*, note 25 à la p 11.

²⁴⁵ Lasser (2004) *Judicial Deliberations*, *ibid*, aux pp 11-12.

Lasser ajoute toutefois un troisième élément méthodologique, soit une extension de son champ d'investigation au-delà des sources formelles du droit. Ce troisième élément se voudrait une réponse à « l'injonction antipositiviste » voulant qu'une analyse littéraire des discours juridiques ne soit pas limitée aux seules sources formelles du droit et aux seuls textes issus des organes étatiques, lesquels n'offriraient qu'un portrait incomplet du fonctionnement pratique réel d'un système juridique²⁴⁶.

À l'instar de cet auteur, nous avons fait le choix de traiter les décisions judiciaires des différents tribunaux sous étude comme des objets littéraires sérieux et de les soumettre à une analyse rigoureuse. Cette analyse a d'ailleurs pu être systématisée grâce à l'élaboration d'une grille d'analyse (qui fait l'objet d'une présentation beaucoup plus détaillée à la fin du présent chapitre) qui nous a permis de comparer les décisions judiciaires étudiées sur la base de critères identiques.

Notre approche diffère toutefois de celle de Lasser dans sa portée puisque nous avons restreint notre analyse aux seuls textes des décisions judiciaires²⁴⁷ des tribunaux sous étude et des discours des juges qui y sont exprimés²⁴⁸. Nos conclusions ont conséquemment une portée plus limitée, mais demeurent – à notre sens – susceptibles de contribuer à l'atteinte d'une meilleure compréhension du fonctionnement des systèmes juridiques.

²⁴⁶ Lasser (2004) *Judicial Deliberations*, *ibid*, à la p 12.

²⁴⁷ Lasser a, pour sa part, analysé un ensemble plus vaste de documents (avis, rapports, etc.) liés aux tribunaux visés par son étude.

²⁴⁸ Nous avons donc traité toutes les décisions judiciaires comme s'il s'agissait de textes de droit étranger, et ce, même si la Cour d'appel du Québec et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique font toutes les deux parties du système juridique canadien et appliquent en principe les mêmes règles de droit des Autochtones; voir *supra* note 68 et le texte correspondant.

2.3.2 Trois tribunaux « modèles » pour étudier le lien entre traditions juridiques et la construction du droit des Autochtones

Un autre choix important dont il convient de discuter a trait aux trois tribunaux retenus pour analyse (qui sont, rappelons-le, la Cour d'appel du Québec, la Cour d'appel de Colombie-Britannique et la Cour interaméricaine des droits de l'homme). Ici encore, la démarche de Lasser dans *Judicial Deliberations* est digne de mention. Lasser se penche en effet lui aussi sur trois tribunaux ayant des racines différentes dans le droit civil et la common law, soit plus précisément la Cour suprême des États-Unis, la Cour de cassation française et la Cour de justice des Communautés européennes²⁴⁹. Lasser soutient que ces tribunaux seraient en fait « emblématiques » des pratiques discursives et des cadres conceptuels qui caractérisent le système juridique dont ces tribunaux sont issus²⁵⁰.

Au terme de son analyse, Lasser conclut que le système juridique français a pour caractéristique fondamentale une « bifurcation » en deux champs discursifs distincts, soit celui des arrêts judiciaires officiels (qui sont syllogistiques et déductifs) et un autre, caché (et dont les manifestations se trouvent dans des avis et rapports qui ne sont d'ordinaire pas publiés), où les magistrats français construisent une argumentation non pas en termes déductifs, mais plutôt en fonction des avantages et désavantages que présente une interprétation judiciaire vis-à-vis d'autres²⁵¹. Lasser soutient que cette bifurcation caractérisait non seulement le style et la pratique judiciaire dans le système juridique français en droit civil, mais aussi à la Cour de

²⁴⁹ Il est à noter que la Cour de justice des Communautés européennes a été renommée la Cour de justice de l'Union européenne à la suite de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009; voir la section « Présentation » sur le site officiel de la Cour de justice de l'Union européenne, disponible en ligne : < https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/fr/ >.

²⁵⁰ Lasser (2004) *Judicial Deliberations*, *supra*, note 25 aux pp 19-20.

²⁵¹ Lasser (2004) *Judicial Deliberations*, *ibid*, à la p 15.

justice des Communautés européennes où les deux champs discursifs étaient toutefois rendus publics (faisant l'objet de publications), ce qui influençait également le discours déployé par les juges de cette cour et menait à des formes distinctes de raisonnement et d'argumentation judiciaire²⁵². Enfin, Lasser conclut que le discours judiciaire américain de common law est quant à lui caractérisé par une intégration des champs discursifs formels et plus argumentatifs (ou d'orientation plus politique) à l'intérieur du même espace discursif, soit celui de la décision judiciaire (ou « *judicial opinion* »)²⁵³.

À l'instar de Lasser, nous avons aussi choisi d'étudier trois tribunaux « modèles » (y compris un tribunal transnational) qui ont des ancrages différents dans les traditions juridiques. Toutefois, nos objectifs et, conséquemment, les facteurs ayant motivé notre choix, de même que les tribunaux retenus pour analyse, sont différents. Notre objectif d'étudier la construction du droit des Autochtones dans les décisions judiciaires nous a ainsi mené à sélectionner des tribunaux présentant non seulement des racines dans différentes traditions juridiques, mais ayant aussi traité des mêmes enjeux de droit des Autochtones, lesquels nous avons circonscrits à ce que nous appellerons les « droits territoriaux »²⁵⁴.

Nous avons ainsi arrêté notre choix sur des tribunaux offrant trois contextes particuliers où les droits territoriaux des peuples autochtones ont pu évoluer aux

²⁵² Lasser (2004) *Judicial Deliberations*, *ibid*, à la p 16. Voir aussi Mitchel de S-O-L'E Lasser, « Trois palais; deux styles ? » dans Nicholas Kasirer, dir, *Le droit civil, avant tout un style?*, Montréal, Centre de recherche en droit privé & comparé du Québec, Éditions Thémis, 2003, 121 aux pp 126-127.

²⁵³ Lasser (2004) *Judicial Deliberations*, *ibid* à la p 15.

²⁵⁴ L'expression « droits territoriaux » permet, selon nous, à la fois d'englober les notions de droit canadien de « droit ancestral » (relatif au territoire ou ayant une dimension territoriale) et « de titre ancestral » et de désigner des rapports juridiques semblables entre populations autochtones et territoire dans d'autres juridictions qui utiliseraient une terminologie différente.

termes des interprétations judiciaires : la Cour d'appel du Québec offre un exemple tiré d'un système civiliste-mixte; la Cour d'appel de Colombie-Britannique en offre un tiré de la common law canadienne; et la Cour interaméricaine des droits de l'homme illustre les dynamiques particulières d'un système juridique transnational.

Notons qu'il est plus difficile de rattacher la Cour interaméricaine des droits de l'homme à une tradition juridique particulière. En effet, si Lasser caractérisait la Cour de justice des Communautés européennes comme partageant surtout le style civiliste français marqué par une « bifurcation discursive »²⁵⁵, le style des jugements de la Cour interaméricaine des droits de l'homme nous apparaît se rapprocher davantage de la forme « intégrée » des différentes sphères discursives que Lasser associe à la common law²⁵⁶. On doit aussi considérer la hiérarchie des sources de droit reconnues par les autorités judiciaires à l'intérieur du système interaméricain et qui accorde une importance significative, sinon prépondérante, à l'interprétation des textes²⁵⁷. On pourrait aussi s'attarder au cadre procédural de la Cour interaméricaine des droits de l'homme²⁵⁸ ainsi qu'aux traditions juridiques auxquelles peuvent appartenir les États

²⁵⁵ Lasser décrit aussi la forme des décisions de la Cour de justice des Communautés européennes comme étant « *highly condensed, ritualised and impersonal* »; Lasser (2004) *Judicial Deliberations*, *supra* note 25, à la p 106. Voir aussi sa présentation générale des décisions de la Cour de justice des Communautés européennes aux pp 104-112.

²⁵⁶ Les jugements de la Cour interaméricaine des droits de l'homme n'adoptent pas vraiment la forme syllogistique et impersonnelle des arrêts français ou de ceux de la Cour de justice des Communautés européennes (maintenant la Cour de justice de l'Union européenne). Les jugements de la Cour interaméricaine sont plutôt élaborés, avec de longues discussions laissant place à l'argumentation et où il est permis aux juges de soumettre des motifs personnalisés; voir l'article 66 de la *Convention américaine*, *supra* note 24; voir aussi par exemple *Awais Tingni*, *supra* note 24 et les motifs concurrents du juge Hernán Salgado Pesantes dans cette même affaire.

²⁵⁷ OÉA, *Indigenous and Tribal Peoples' Rights*, *supra* note 138, aux pp 2 et s.

²⁵⁸ Pour une discussion des différences, dans la procédure, associées aux traditions du droit civil et de la common law, voir Rosalie Jukier, « The Impact of Legal Traditions on Quebec Procedural Law : Lessons from Quebec's New Code of Civil Procedure » (2015) 93 R du B can 1 [Jukier (2015) « The Impact of Legal Traditions on Quebec Procedural Law »]. La professeure Jukier souligne entre autres

membres du système interaméricain et les juges siégeant à la Cour interaméricaine. Le nombre important et la complexité de tous ces facteurs nous ont poussé à considérer la Cour interaméricaine comme représentant, au niveau des traditions juridiques, une certaine mixité transnationale.

Les trois tribunaux dont nous avons analysé la jurisprudence récente en matière de droits territoriaux présentent quelques avantages additionnels qui sont dignes de mention. D'abord, ils occupent tous une position assez élevée dans la hiérarchie judiciaire de leurs systèmes juridiques respectifs pour que leurs décisions aient des répercussions sur les tribunaux inférieurs. Au Québec et en Colombie-Britannique, la cour d'appel constitue l'autorité provinciale suprême, dont les décisions ne peuvent être renversées que par la Cour suprême du Canada.

La Cour interaméricaine des droits de l'homme constitue quant à elle l'une des deux instances établies par l'Organisation des États Américains pour veiller au respect des droits humains – l'autre étant la Commission interaméricaine. C'est à la Cour interaméricaine que la Commission interaméricaine soumet des affaires et comparaît (ou encore à laquelle elle s'adresse pour demander des avis consultatifs²⁵⁹) et les arrêts de la Cour interaméricaine sont définitifs et sans appel²⁶⁰. La jurisprudence de

la distinction (correspondant plus à différents degrés qu'à une dichotomie) entre systèmes contradictoires et inquisitoires. La professeure Jukier s'attarde aussi à décrire les différences entre les deux traditions quant au rôle du juge, notamment dans le contrôle de la preuve, de même que quant au rôle de la preuve et à la conception sous-jacente de la vérité, au rôle du procès comme processus continu ou plus segmenté ainsi qu'à la formation, à la nomination et au statut des juges. Son analyse l'amène à conclure que la procédure québécoise « mixte » évoluerait dans une direction plus civiliste, une tendance qui serait d'ailleurs également présente dans de nombreuses autres juridictions, y compris de common law comme la Grande-Bretagne; voir plus particulièrement à la p 38. Un exercice d'analyse semblable serait nécessaire pour caractériser le cadre procédural de la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

²⁵⁹ Article 64 de la *Convention américaine*, *supra* note 24.

²⁶⁰ Article 67 de la *Convention américaine*, *ibid.*

la Cour interaméricaine est non seulement contraignante pour les États qui ont ratifié la *Convention américaine*, elle a aussi été reconnue comme étant pertinente pour l'interprétation des droits protégés par la *Déclaration américaine* y compris à l'égard des États qui ne sont pas parties à la *Convention américaine*²⁶¹.

En conséquence, il nous apparaît que nos conclusions par rapport aux discours de ces tribunaux sont à tout le moins significatives pour les systèmes juridiques auxquels ils appartiennent, particulièrement vu l'importance des décisions judiciaires dans le développement du droit des Autochtones²⁶² et sans qu'il nous soit pour autant nécessaire de prétendre à un degré de généralisation aussi élevé que ne le fait Lasser dans *Judicial Deliberations* relativement au caractère emblématique des pratiques discursives qu'il a identifiées.

2.3.3 Le processus de sélection des décisions judiciaires retenues pour analyse

Une fois notre choix arrêté sur les trois tribunaux modèles, nous avons procédé à la recherche et à la sélection des jugements traitant des droits ancestraux et du titre ancestral dans chacun des tribunaux sous étude. Ce processus de recherche et de sélection a fait l'objet d'une stratégie de recherche guidée par certains facteurs permettant la création d'un bassin de jugements pertinents pour les fins du présent projet.

²⁶¹ Sophie Thériault, « Justice environnementale et peuples autochtones : les possibilités et les limites de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme » (2015) Hors-série RQDI 129 à la p 132, note 7. Voir aussi Ghislain Otis, « Coutume autochtone et gouvernance environnementale dans le système interaméricain de protection des droits de l'homme » (2010) 20 JELP 233 à la p 236.

²⁶² Rappelons que les décisions judiciaires jouent un rôle particulièrement important dans la reconnaissance et la définition des droits ancestraux—voir *supra* note 73 et le texte correspondant.

Le premier de ces facteurs a trait à la temporalité des jugements retenus, l'un de nos objectifs étant d'arriver à des conclusions quant à l'influence des traditions juridiques sur la construction des droits territoriaux qui soient d'une certaine actualité et qui reflètent l'évolution récente du droit des Autochtones. Notre analyse de la jurisprudence de la Cour d'appel du Québec, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme porte donc, sauf indication expresse à cet effet, sur des jugements rendus au courant des 30 dernières années²⁶³.

Ensuite, les décisions judiciaires canadiennes (incluant donc celles de la Cour d'appel du Québec et celles de la Cour d'appel de Colombie-Britannique) ont été identifiées dans la base de données de CanLII²⁶⁴ à travers une recherche par mots clés, en anglais et en français, ainsi que par la recherche de « citations croisées »²⁶⁵ à partir des jugements les plus importants de la Cour suprême du Canada en matière de droits ancestraux et de titre ancestral²⁶⁶.

Quant aux décisions de la Cour interaméricaine, elles ont été identifiées en nous référant à des recensions de la jurisprudence du système interaméricain de protection

²⁶³ Nous voulions également éviter de répéter au complet l'exercice d'analyse des décisions judiciaires rendues par des juges québécois déjà effectué dans Lajoie et al (1998); voir supra note 42 et le texte correspondant.

²⁶⁴ La portée des collections de la base de données de CanLII s'étend en principe à toutes les décisions de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique depuis 1990 et à toutes les décisions de la Cour d'appel du Québec depuis 1986; voir CanLII, « Portée des collections de CanLII », < <https://www.canlii.org/fr/collections.html> >.

²⁶⁵ La recherche par citations croisées (ou *cross-reference* en anglais) consiste en l'identification de textes par leur référence à un autre texte ou partie de texte, par exemple une décision judiciaire spécifique.

²⁶⁶ Plus précisément, les arrêts *Van der Peet* (CSC) supra note 19, *Delgamuukw* (CSC), supra note 10 et *Tsilhqot'in*, supra note 89.

des droits humains concernant les droits des peuples autochtones²⁶⁷ et le texte des décisions identifiées a été obtenu à partir du site web de la Cour interaméricaine des droits de l'homme²⁶⁸.

En ce qui a trait à la constitution du bassin des décisions judiciaires retenues pour analyse, il importe de mentionner que notre objectif n'était pas d'effectuer une revue exhaustive de la jurisprudence des tribunaux sous étude, mais plutôt d'arriver à un échantillon jugé suffisant – constitué à partir de critères objectivement et explicitement définis et considérant aussi le temps et les ressources disponibles – pour réaliser une exploration qualitative de l'influence des traditions juridiques sur la construction du droit des Autochtones. Ce ne sont donc pas tous les jugements potentiellement pertinents qui auront été retenus et analysés et, à ce titre, la présente recherche ne produit pas un constat empirique quantitatif, mais plutôt qualitatif.

2.3.4 Quelques limites de l'approche retenue

Enfin, il importe de dire un mot sur certaines limites de l'approche que nous avons retenue. Dans son texte sur les sources de droit et les méthodes en droit comparé, l'auteur Stefan Vogenauer offre la mise en garde suivante :

²⁶⁷ OÉA, *Indigenous and Tribal Peoples' Rights*, *supra* note 138; Rosmerlin Estupiñan Silva et Juana María Ibáñez Rivas, « La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas y tribales » dans Red de Derechos Humanos y Educación Superior (dhes), *Derechos Humanos De Los Grupos Vulnerables* (2014), disponible en ligne : < https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHGV_Manual.pdf >, aux pp 301-336. Voir aussi Thomas Antkowiak, « A Dark Side of Virtue: The Inter-American Court and Reparations for Indigenous Peoples » (2014) 25:1 Duke J Comp & Int'l L 1.

²⁶⁸ Cour interaméricaine des droits de l'homme, « *Jurisprudence finder* », disponible en ligne : < <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=en> >.

« It is well known that there is a difference between 'saying' and 'doing' in that the courts frequently propagate rules of application and interpretation which conform to constitutional and political orthodoxy, but are disregarded if they lead to undesirable results. »²⁶⁹

Cet avertissement nous semble d'intérêt dans le contexte d'une recherche portant sur les décisions judiciaires puisqu'il souligne qu'un texte peut contenir des arguments de façade comme il peut également ne pas refléter toutes les considérations pouvant avoir influencé son ou ses auteurs. Il est ainsi vrai que notre analyse centrée sur le texte présente des limites quant à sa capacité à découvrir et déchiffrer les méthodes et mentalités judiciaires et donc l'influence des traditions juridiques sur ces dernières. Toutefois, certains facteurs viennent à notre sens mitiger cette limite inhérente à notre méthode.

Les décisions judiciaires des cours d'appel du Québec et de la Colombie-Britannique comme celles de la Cour interaméricaine sont, de façon générale, le produit de délibérations collectives²⁷⁰. Lorsque les juges de chacune de ces cours ne sont pas unanimes, ces derniers peuvent rédiger des motifs concurrents ou dissidents qui sont signés par leur auteur. Aussi, les décisions judiciaires de ces trois tribunaux présentent, selon nous et de manière générale, des motifs détaillés dans une forme se rapprochant plus du style que Lasser associe à la common law (américaine), soit celui

²⁶⁹ Stefan Vogenauer, « Sources of Law and Legal Method in Comparative Law » dans Mathias Reimann et Reinhard Zimmermann, dir, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 869 [Vogenauer (2006), « Sources of Law and Legal Method in Comparative Law »] à la p 889.

²⁷⁰ Trois juges siègent habituellement pour entendre les appels à la Cour d'appel du Québec de même qu'à la Cour d'appel de Colombie-Britannique; voir l'article 9 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, RLRQ c T-16 et l'article 13 du *Court of Appeal Act*, RSBC 1996, c 77. La Cour interaméricaine comprend quant à elle un banc de sept juges et le quorum requis pour les délibérations de la Cour est de cinq juges; voir les articles 52 et 53 de la *Convention américaine*, *supra* note 24.

d'un discours judiciaire qui intègre dans les mêmes motifs les sphères discursives formelles et argumentatives.

Le fait que les jugements de ces tribunaux soient l'expression d'un exercice de délibération collective, leur caractère personnalisé et leur forme élaborée faisant place au formalisme déductif et à l'argumentation rendent, à notre sens, la limite identifiée précédemment (soit le fait que les jugements sont susceptibles de ne pas refléter parfaitement la mécanique du raisonnement judiciaire) moins importante dans le contexte de la présente recherche et ne nous empêchent pas d'étudier, au moins partiellement, le « droit en action » dans les décisions judiciaires elles-mêmes.

Le dernier aspect de notre méthodologie, qui a trait aux modalités d'analyse des décisions judiciaires à travers l'élaboration et l'application d'une grille d'analyse identique pour tous les jugements retenus, est présenté dans la section qui suit.

2.4 La grille d'analyse des jugements : des éléments de style et de méthodologie judiciaire comme cadre de référence

Nous nous tournons maintenant vers le dernier aspect de notre démarche méthodologique, soit l'élaboration et l'utilisation d'une grille d'analyse permettant l'étude comparée des décisions judiciaires sur la base de critères communs. Un prototype de la grille d'analyse des décisions judiciaires que nous avons élaborée et utilisée dans le cadre de la présente recherche est joint en **Annexe A**.

Dans l'élaboration de cette grille, notre considération première a été de faire une place aux éléments de style et de méthodologie judiciaire permettant de distinguer

l'influence des traditions juridiques dans le texte des jugements²⁷¹. Nous nous sommes donc tournés vers différentes sources doctrinales afin d'identifier des critères permettant de comparer les décisions judiciaires entre elles et de distinguer l'influence de différentes traditions juridiques dans ces dernières.

C'est dans ce contexte que nous avons recensé plusieurs travaux ayant traité de l'influence des traditions juridiques chez les juges québécois²⁷². Nous présentons donc ici différents éléments de style et de méthodologie judiciaire identifiés dans la doctrine, notamment ceux associés au juge québécois et à ses influences mixtes, que nous avons retenus afin de comparer les décisions judiciaires en matière de droits ancestraux et de titre ancestral.

2.4.1 Le « style » du juge québécois au carrefour de deux traditions juridiques

Le Québec a souvent été caractérisé de système juridique mixte²⁷³. Référant à une doctrine abondante s'étant penchée sur cette question²⁷⁴, la professeure Rosalie Jukier écrit que le Québec peut être considéré comme une juridiction juridiquement mixte de plusieurs façons : dans son droit substantif, ses règles procédurales, ses institutions de justice et sa culture judiciaire²⁷⁵.

²⁷¹ Le tout en étant attentif aux différents éléments constitutifs des décisions judiciaires tels que présentés précédemment dans la section 2.1 « Une théorie de la décision judiciaire pour aborder le droit des Autochtones ».

²⁷² En sus des autres références citées dans le présent chapitre, voir notamment les nombreuses références additionnelles citées dans Jukier (2015) « The Impact of Legal Traditions on Quebec Procedural Law », *supra* note 258, aux notes de bas de page 1 à 8.

²⁷³ Voir Jukier (2013) « Inside the Judicial Mind », *supra* note 41.

²⁷⁴ Jukier (2013) « Inside the Judicial Mind », *ibid* à la p 3, note 10.

²⁷⁵ Jukier (2013) « Inside the Judicial Mind », *ibid* aux pp 3-5.

Dans ce contexte de mixité juridique, la professeure Jukier s'est également interrogée à savoir quelles sont les caractéristiques particulières, s'il en est, de la méthodologie judiciaire des juges québécois. L'interrogation de la professeure Jukier rejoint celle exprimée par le juge Pierre Dalphond qui posait déjà en 2003 la question suivante :

« S'il existe une façon dite civiliste de faire la règle de droit, quelles sont les conséquences qui en découlent pour les juges? En somme, existe-t-il un style de justice dit civiliste? Le juge québécois en fait-il partie? »²⁷⁶

Le juge Dalphond répondait positivement à ces questions au terme d'une analyse considérant trois angles particuliers du système judiciaire québécois, soit le rôle du juge, l'organisation judiciaire et l'importance de la jurisprudence comme source de droit²⁷⁷. Il concluait ainsi que « l'appartenance à une société de droit civil a une conséquence importante sur la définition du rôle du juge en matière de création de la règle de droit, par opposition à la common law », notant également que le rôle du juge civiliste ne se résume pas non plus à l'application mécanique des règles de droit énoncées par le législateur²⁷⁸.

Le juge Dalphond avançait aussi que la promiscuité du juge québécois avec la common law encourageait un style judiciaire plus personnel et plus proche du dialogue (un concept supplantant, selon lui, celui « d'autorité » dans les sociétés occidentales modernes) donnant ainsi un visage plus humain à la justice. Le juge

²⁷⁶ Pierre J Dalphond, « Le style civiliste et le juge : le juge québécois ne serait-il pas le prototype du juge civiliste de l'avenir? », dans Nicholas Kasirer, dir, *Le droit civil, avant tout un style?*, Montréal, Centre de recherche en droit privé & comparé du Québec, Éditions Thémis, 2003, 81 [Dalphond (2003) « Le style civiliste et le juge »] à la p 83.

²⁷⁷ Dalphond (2003) « Le style civiliste et le juge », *ibid*, à la p 83.

²⁷⁸ Dalphond (2003) « Le style civiliste et le juge », *ibid*, à la p 98.

Dalphond allait ainsi jusqu'à dire que le juge québécois pourrait être à l'avant-garde de ce que devrait être le juge civiliste (français, belge ou autre) au 21^{ème} siècle²⁷⁹.

Nous retiendrons ainsi des analyses de la professeure Jukier et du juge Dalphond qu'il y a des conséquences à l'adhésion d'une société au style civiliste, notamment quant au rôle du juge et à sa façon de solutionner les litiges et d'interpréter – voire même de construire²⁸⁰ – les règles de droit.

2.4.2 L'influence des traditions juridiques dans le rapport aux « sources de droit » et aux « méthodologies judiciaires »

L'auteur Stefan Vogenauer consacre un chapitre entier du prestigieux ouvrage *The Oxford Handbook of Comparative Law*²⁸¹ à présenter l'importance, en droit comparé, de deux éléments constitutifs du droit en vigueur dans tout système juridique et qui sont d'un grand intérêt dans le cadre de la présente recherche, étant notamment observables dans les décisions judiciaires. Il s'agit de ce que Vogenauer appelle les « *sources of law* » et les « *legal methods* » et que nous traduirons par « sources de droit » et « méthodes juridiques ».

Comme le mentionne Vogenauer, ces deux éléments et leur interaction ont longtemps constitué le critère déterminant dans la classification des systèmes juridiques par les comparatistes (notamment en différentes « familles »)²⁸². Les sources de droit et les

²⁷⁹ Dalphond (2003) « Le style civiliste et le juge », *ibid*, à la p 99.

²⁸⁰ Pour une discussion du rôle du juge québécois en tant que créateur de droit et de la nécessité de cette fonction dans la formation et l'évolution du système juridique québécois, voir Louis LeBel, « La loi et le droit : la nature de la fonction créatrice du juge dans le système de droit québécois », (2015) 56:1 C de D 87.

²⁸¹ Vogenauer (2014) « Sources of Law and Legal Method in Comparative Law », *supra* note 269.

²⁸² Vogenauer (2014) « Sources of Law and Legal Method in Comparative Law », *ibid*, à la p 873.

méthodes juridiques sont donc du plus haut intérêt pour le droit comparé et, comme l'écrit Vogenauer lui-même :

*« Every attempt to separate, say, one 'legal tradition' from the other has to give prominent weight to the sources of law and legal methods prevailing in the respective traditions »*²⁸³.

Au surplus, Vogenauer souligne qu'on peut difficilement comprendre le rapport entre les sources de droit et les méthodes juridiques dans un système juridique donné sans porter attention à l'historique de ce système juridique²⁸⁴, ce qui implique selon nous de considérer également la place des traditions juridiques dans cet historique. Dans les paragraphes qui suivent, nous définissons ce que nous entendons par les concepts de « sources » et de « méthodes » et nous illustrons leur utilité pour l'étude comparative de l'influence des traditions juridiques dans les décisions judiciaires en nous référant au cas des juges du Québec tel que rapporté dans la doctrine.

2.4.3 La mobilisation des sources de droit et l'exemple du « *de facto use of precedent* » au Québec

Tout d'abord, que veut dire l'expression « source de droit »? Comme l'écrit Vogenauer : « *Law does not just happen. Every rule of law has an origin. It can be said to 'flow', 'emerge', or 'descend' from this 'source' »*²⁸⁵. Mais l'expression « source de droit » est susceptible de porter à confusion puisqu'on peut lui attribuer

²⁸³ Vogenauer (2014) « Sources of Law and Legal Method in Comparative Law », *ibid*, à la p 874.

²⁸⁴ Vogenauer (2014) « Sources of Law and Legal Method in Comparative Law », *ibid*, à la p 891.

²⁸⁵ Vogenauer (2014) « Sources of Law and Legal Method in Comparative Law », *ibid*, à la p 877.

plusieurs significations différentes, mais apparentées²⁸⁶. À ce titre, Vogenauer en répertorie au moins cinq, soulignant que cette expression est employée tour à tour pour référer (i) aux personnes ou institutions qui créent les règles de droit, (ii) à la conduite ou aux actes générant ces règles (comme l'adoption d'une loi), (iii) aux facteurs influençant ces personnes ou institutions dans la création des règles de droit, (iv) au corpus juridique découlant des actes reconnus comme générant des règles de droit valides (comme le droit statutaire, le droit coutumier, etc.) et finalement (v) aux documents et instruments à partir desquels les juristes peuvent prendre connaissance de ces règles (tels que les traités, les recueils de lois et de jurisprudence)²⁸⁷.

Il semble qu'une des questions les plus difficiles sur le plan de la terminologie des « sources de droit » ait trait à leur force contraignante (*bindingness*) : dans certains systèmes juridiques, on ne parlerait de « source de droit » que pour référer aux éléments qui doivent nécessairement être pris en considération dans la solution juridique apportée à un problème donné; alors qu'ailleurs le simple fait qu'un élément puisse possiblement être pris en considération serait suffisant pour en faire une « source de droit »²⁸⁸. De telles conceptions différentes peuvent exister non seulement entre systèmes juridiques, mais parfois même entre différents groupes de personnes à l'intérieur d'un même système juridique. Certains auteurs soulignent ainsi qu'aux fins d'une étude comparative, il importe de considérer comme une

²⁸⁶ Vogenauer (2014) « Sources of Law and Legal Method in Comparative Law », *ibid*, à la p 878.

²⁸⁷ Vogenauer (2014) « Sources of Law and Legal Method in Comparative Law », *ibid*, aux pp 878-881.

²⁸⁸ Vogenauer (2014) « Sources of Law and Legal Method in Comparative Law », *ibid*, aux pp 878-879.

source de droit « *everything that shapes or helps to shape the law* » et de concevoir l'expression « source de droit » dans son sens le plus large possible²⁸⁹.

Pour les fins du présent projet, nous avons donc effectivement adopté une conception large des « sources de droit » tout en restreignant le champ de notre analyse aux seules sources qui sont mobilisées par les juges et mentionnées dans les décisions judiciaires. Dans notre grille d'analyse, les sources de droit réfèrent donc davantage aux documents et instruments desquels on peut tirer les règles de droit applicables à un cas d'espèce et, dans certains cas où ils étaient mentionnés, les autres facteurs ayant influencé les juges dans la détermination de la solution juridique appropriée.

Un autre aspect crucial relatif aux sources de droit a trait à leur mobilisation, par les acteurs juridiques, selon une certaine hiérarchie. Comme l'écrit Vogenauer :

*« A hierarchy can be established between different kinds of sources in the sense that the source that is lower in the hierarchy may not contradict the higher source »*²⁹⁰.

La « hiérarchie des sources » qui prévaut dans un système juridique peut différer de celle prévalant dans un autre système. C'est d'ailleurs précisément cette hiérarchie qui a longtemps mené, dans les travaux de droit comparé, au rattachement des systèmes juridiques occidentaux à la common law ou au droit civil selon la place dominante qu'y occupait respectivement la jurisprudence et les codes et autres éléments de droit statutaire²⁹¹. La hiérarchie des sources est donc un site privilégié où

²⁸⁹ Vogenauer (2014) « Sources of Law and Legal Method in Comparative Law », *ibid*, à la p 879 citant Konrad Zweigert, 'Zur Methode der Rechtsvergleichung', (1960) 13 *Studium Generale* 193, 196.

²⁹⁰ Vogenauer (2014) « Sources of Law and Legal Method in Comparative Law », *ibid*, à la p 880.

²⁹¹ Vogenauer (2014) « Sources of Law and Legal Method in Comparative Law », *ibid*, à la p 873.

s'exprime l'influence des traditions juridiques. En conséquence, notre grille d'analyse cherche à décrire comment les juges mobilisent différentes sources (législatives, jurisprudentielles, doctrinales) dans les jugements en matière de droits ancestraux et de titre ancestral.

Il importe toutefois de noter que les sources de droit peuvent être hiérarchisées formellement (par exemple par l'adoption de législation à cet effet ou selon des impératifs constitutionnels) ou informellement, auquel cas on parlera plutôt de « théorie des sources » pour décrire cette hiérarchie. Les auteurs notent ainsi qu'un comparatiste s'intéressant à un système juridique étranger doit regarder par-delà son « folklore » (c'est-à-dire les suppositions et a priori que les juristes de ce système tiennent peut-être pour acquis) et développer « une certaine sensibilité » pour identifier ce qui est effectivement considéré comme une source de droit et déterminer comment différentes sources sont perçues et classées dans ce système²⁹². Ainsi importe-t-il de porter attention à la hiérarchie véritable (et parfois implicite) selon laquelle les sources de droit sont mobilisées. Comme l'écrit Vogenauer, « *even a de facto source which is habitually followed needs to be, and indeed is, applied and interpreted according to certain methodological standards* »²⁹³.

Dans le contexte juridique québécois, la doctrine souligne qu'on retrouve justement une hiérarchie implicite des sources de droit qui se superpose à la hiérarchie plus

²⁹² Vogenauer (2014) « Sources of Law and Legal Method in Comparative Law », *ibid*, à la p 885 empruntant cet usage de l'expression « folklore » à John Henry Merryman. Vogenauer ajoute aussi : « *In most legal systems, a closer look will show that the conventions as to the determination of the sources of law are far from settled. In reality 'the law' or, indeed, any specific legal rule will be constituted by a blend of various factors. The solution to a fact pattern will emerge from the interplay of statutory texts, judicial glosses, and suggestions in, maybe even contradictory, academic writings* ».

²⁹³ Vogenauer (2014) « Sources of Law and Legal Method in Comparative Law », *ibid*, à la p 895. Vogenauer souligne aussi que ces pratiques méthodologiques ont trop longtemps été ignorées dans la recherche comparative.

traditionnelle des systèmes juridiques civilistes²⁹⁴. La professeure Jukier note ainsi que deux propositions concernant la jurisprudence québécoise doivent être réconciliées : d'une part, il n'y a pas de *stare decisis* formel en droit civil québécois, donc les juges ne sont techniquement pas liés par les décisions précédentes²⁹⁵. D'autre part, les juges québécois utilisent souvent et beaucoup la jurisprudence comme une autorité très persuasive²⁹⁶. Ces deux constats mènent la professeure Jukier à conclure que la méthodologie judiciaire du Québec peut être qualifiée de « *de facto use of precedent in decision-making* »²⁹⁷. Ce « *de facto use of precedent* » dans le système juridique mixte du Québec illustre l'influence de la tradition juridique de la common law sur la mobilisation de certaines sources de droit dans un système où la hiérarchie traditionnelle des sources accorde en principe une place moindre à la jurisprudence.

²⁹⁴ Pour une description de la hiérarchie des sources de droit dans le système juridique québécois, voir notamment John E Brierley et Roderick Macdonald, *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Edmond Montgomery Publications, 1993, aux p 112-135.

²⁹⁵ Jukier (2013) « Inside the Judicial Mind », *supra* note 41, aux pp 5-6. Pour une présentation de la règle du *stare decisis* et des conceptions « stricte » et « moderne » de cette dernière par la juge France Thibault de la Cour d'appel du Québec, voir *Laurentienne-vie, Cie d'assurances inc. c Empire, Cie d'assurance-vie*, 2000 CanLII 9001 (QCCA) aux paras 57 et s. Le juge Pierre Dalphond a aussi et plus récemment écrit qu'il « n'y a pas vraiment de *stare decisis* en droit civil », soulignant également que la règle de *stare decisis* est maintenant assez flexible même en *common law*; voir *Genex Communications inc. c Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2009 QCCA 2201 (CanLII) au para 27 et à la note 3.

²⁹⁶ Jukier (2013) « Inside the Judicial Mind », *ibid*, aux pp 5-6. Voir aussi Dalphond (2003) « Le style civiliste et le juge », *supra* note 276, aux pp 95-96.

²⁹⁷ Jukier (2013) « Inside the Judicial Mind », *ibid*, à la p 6. La professeure Jukier s'est également intéressée aux facteurs pouvant expliquer pourquoi les juges du Québec adoptent la méthodologie qui est la leur. Elle identifie plus précisément cinq éléments ou hypothèses qui pourraient expliquer ces us et coutumes judiciaires; voir les pp 6 et suivantes de son article.

2.4.4 Méthodes juridiques et méthodologies judiciaires : des traits caractéristiques de l'art de juger dans différentes traditions juridiques

Pour ce qui est des « méthodes juridiques », Vogenauer en donne la définition suivante :

« In a legal context, the term 'method' is usually employed to refer to the 'path' or the 'way' from an existing source of law to the decision on a particular legal issue in a given situation. Understood in this sense, it concerns the application and the interpretation of the law and is a synonym for the expression 'legal reasoning' that is more frequently used in common law systems. »²⁹⁸

Notons que nous nous concentrons sur les méthodes employées par les juges et reflétées dans leurs jugements (lesquelles peuvent différer d'autres méthodes utilisées par différents groupes de juristes d'un même système juridique, comme les avocats, les légistes et les professeurs de droit²⁹⁹) : nous parlerons donc, dans ce contexte plus précis, de « méthode judiciaire » ou « méthodologie judiciaire ».

Il importe aussi de souligner, comme le fait Vogenauer, que la mise en application d'une méthodologie judiciaire constitue un processus créatif susceptible de générer de nouvelles règles de droit et qui participe donc, du moins dans certains cas, à la construction du droit lui-même :

« Today it is widely accepted that the application and interpretation of law is, at least in some instances, a creative process that generates new

²⁹⁸ Vogenauer (2014) « Sources of Law and Legal Method in Comparative Law », *supra* note 269, à la p 885.

²⁹⁹ Voir Basedow et al (2016), *Legislators, judges, and Professors*, *supra* note 40.

*law. As a consequence, the legal method of a legal system necessarily affects the creation of law in that system. »*³⁰⁰

Vogenauer souligne aussi que bien qu'on puisse associer la « méthode » aux modes de « raisonnement juridique » (ou « *legal reasoning* », expression qui serait plus fréquemment employée dans les systèmes de common law), il convient d'aborder les questions de méthode en leur reconnaissant un sens plus large pour inclure « *the 'ways' of lawmaking in a general sense* »³⁰¹. Pour l'étude des décisions judiciaires, cette conception plus large fait porter l'attention du chercheur non seulement sur les modes de raisonnement, mais aussi sur le style de rédaction des jugements, sur les facteurs qui sont pris en compte dans l'application et l'interprétation du droit ainsi qu'au poids plus ou moins grand qui leur est accordé³⁰².

Dans un article assez récent, le juge Jean-Louis Baudouin s'est penché sur les traits de forme et de fond qui caractérisent le discours judiciaire québécois lorsqu'un magistrat décide d'une cause de droit civil³⁰³. Le juge Baudouin s'est ainsi interrogé à savoir s'il y a « une forme particulière d'expression du discours judiciaire » qui soit à la fois fidèle au modèle de rédaction des jugements britanniques comme c'est le cas chez les jugements des magistrats québécois, mais qui soit présente lorsque la

³⁰⁰ Vogenauer (2014) « Sources of Law and Legal Method in Comparative Law », *supra* note 269, à la p 885. Voir aussi LeBel (2015) « La loi et le droit : la nature de la fonction créatrice du juge dans le système de droit québécois », *supra* note 280.

³⁰¹ Vogenauer (2014) « Sources of Law and Legal Method in Comparative Law », *ibid*, aux pp 885-886.

³⁰² Vogenauer (2014) « Sources of Law and Legal Method in Comparative Law », *ibid*, à la p 886. Hors du contexte judiciaire, Vogenauer souligne qu'il peut aussi être pertinent de s'attarder au style de rédaction des lois de même qu'à l'identité des personnes ou institutions qui sont tâchées d'appliquer et d'interpréter le droit.

³⁰³ Baudouin (2016) « L'art de juger », *supra* note 52.

question touche le droit civil³⁰⁴. Soulignons que les observations du juge Baudouin dans le cadre de cet article étaient restreintes aux décisions judiciaires portant sur une cause de droit civil, mais que ces traits de méthodologie judiciaire pourraient, selon nous, très bien se retrouver à divers degrés dans les décisions judiciaires relevant d'autres domaines du droit, y compris le droit des Autochtones. On peut en effet se demander si les juges changent de méthodologie judiciaire selon le type de cause dont ils ont à décider ou bien s'ils ne conservent pas toujours avec eux un certain bagage méthodologique et des « habitudes de pensée »³⁰⁵.

Le juge Baudouin identifie trois caractéristiques substantives singulières du jugement de droit civil, soit i) la rationalité du processus de raisonnement, ii) la référence à des valeurs constituantes et iii) la recherche d'une cohérence synthétique générale³⁰⁶.

Concernant la première, soit la rationalité du processus de raisonnement, le juge Baudouin souligne que le raisonnement en droit civil est caractérisé par la démonstration faisant appel à l'abstraction et par l'utilisation d'un modèle déductif et systématique. Ainsi, le juge civiliste désigne d'abord le texte de loi applicable, les principes généraux et les concepts du législateur pour ensuite les appliquer à une situation de faits précise et trancher le débat. La rationalité du juge civiliste serait donc déductive et conceptualiste, alors que par contraste, la rationalité du jugement

³⁰⁴ Baudouin (2016) « L'art de juger », *ibid.*, à la p 330.

³⁰⁵ L'expression est ici empruntée à la professeure Jukier (« *habits of legal thought* » dans le texte original); voir Jukier (2013) « Inside the Judicial Mind », *supra* note 41, à la p 14.

³⁰⁶ Baudouin (2016) « L'art de juger », *supra* note 52, à la p 331.

de common law est généralement une rationalité inductive d'orientation conséquentialiste³⁰⁷.

Le juge Baudouin ajoute que cette distinction est probablement liée à la conception différente que les systèmes civiliste et de common law se font du droit. Pour le juriste civiliste, le droit serait le reflet d'un idéal d'organisation sociale et se voudrait un système cohérent et rationnel³⁰⁸. Pour le juriste de common law, le droit serait plutôt une pratique sociale, un catalogue de solutions juridiques. Le *common lawyer* emploierait donc plus souvent un mode de raisonnement de type « analogique » (ayant recours à l'analogie) puisque l'objectif du droit est, selon lui, de trouver la meilleure solution pratique à un problème spécifique en se fondant sur l'expérience du passé³⁰⁹. Ces distinctions théoriques ont des incidences allant à la racine de ce qui, dans un système juridique, est reconnu comme constituant du « droit », ce qui n'empêchera pas pour autant des juristes de différents systèmes ou traditions d'arriver souvent au même résultat³¹⁰.

La deuxième caractéristique identifiée par le juge Baudouin, soit la référence à des principes ou « valeurs constitutantes » a trait au fait que le juge civiliste puise son

³⁰⁷ Baudouin (2016) « L'art de juger », *supra* note 52, aux pp 331-332. Comme le souligne le juge Baudouin, il s'agit ici de généralisations et les différences de raisonnement entre droit civil et common law tiennent le plus souvent à de simples nuances.

³⁰⁸ Baudouin (2016) « L'art de juger », *ibid*, à la p 332.

³⁰⁹ Baudouin (2016) « L'art de juger », *ibid*, à la p 332.

³¹⁰ Le professeur Aditi Bagchi souligne ainsi que des différences dans la méthodologie judiciaire peuvent refléter des conceptions radicalement différentes de la nature du droit, mais tout de même mener à un résultat identique. Le professeur Bagchi cite en exemple la lecture d'un contrat pour en déterminer le contenu substantif; il souligne que ce contrat pourra très bien être lu de la même façon—reflétant donc le même contenu—peu importe le poids plus ou moins important pouvant être accordé par un juge à l'intention des parties. Voir Bagchi (2016) « On the Very Idea of Legal Methodology », *supra* note 172, aux pp 203-204.

interprétation à la fois dans la Loi et dans les principes juridiques généraux qui sont considérés comme des valeurs constitutives du droit. Ces principes – comme l’ordre public, la bonne foi et l’abus de droit – « constituent l’ossature même du système » et « tracent donc le décor général dans lequel toute solution doit s’intégrer avec harmonie »³¹¹. Selon le juge Baudouin, ces notions fondatrices « déterminent ainsi l’orientation générale du droit au-delà des solutions ponctuelles et ont la prétention d’être à vocation universelle »³¹². Cette caractéristique reflète, toujours selon le juge Baudouin, une appréciation différente de la prévisibilité de la norme juridique en droit civil et en common law :

« En droit civil, il s’agit d’une prévisibilité logique et abstraite, tributaire d’une confrontation à un système global. En common law, c’est plutôt une prévisibilité pratique et concrète en rapport avec la prédictibilité et l’évaluation des chances des recours judiciaires futurs. »³¹³

La troisième caractéristique des jugements civilistes, soit la recherche d’une cohérence synthétique générale, reposerait quant à elle sur une distinction plus fine ou nuancée : sans sous-entendre que les juges civilistes seraient les seuls à rechercher la cohérence dans leurs jugements, cette caractéristique renverrait plutôt à l’existence de nuances vis-à-vis cette recherche de cohérence entre l’approche civiliste et celle de common law. Comme l’écrit le juge Baudouin :

« Il faut reconnaître que la common law, qui a pour objet de donner une solution pratique à un problème individuel, n’impose pas au juge d’intégrer nécessairement la solution qu’il offre dans un ensemble abstrait

³¹¹ Baudouin (2016) « L’art de juger », *supra* note 52, aux pp 332-333.

³¹² Baudouin (2016) « L’art de juger », *ibid.*, à la p 332.

³¹³ Baudouin (2016) « L’art de juger », *ibid.*, à la p 333.

mais simplement d'apporter une nouvelle pierre à l'édifice jurisprudentiel auquel il est confronté et dont il est d'ailleurs aussi dépendant. »³¹⁴

La recherche de la cohérence n'est donc pas évacuée par le juge de common law, mais elle est peut-être priorisée à un moindre degré. Le juge Baudouin compare ainsi l'expression des règles judiciaires dans un système de common law au « joyeux désordre » qui règne dans un jardin à l'anglaise. Il compare cette expression à celle de la règle de droit civiliste qui, comme les jardins à la française « où tout est ordonné (parfois un peu artificiellement) », mise beaucoup plus sur l'harmonie fondée sur la cohérence de l'ensemble³¹⁵.

Le juge Baudouin observe aussi que les juges de common law ont dû, depuis l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*, utiliser davantage un type d'analyse et de raisonnement plus proche du droit civil. La *Charte canadienne des droits et libertés*, avec ses grands principes et ses termes non définis par le législateur, donne en effet un large pouvoir au tribunal « de dire, sinon de faire, le droit »³¹⁶. On pourrait avancer l'hypothèse que les droits ancestraux des peuples autochtones—notamment depuis qu'ils sont reconnus et confirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*—créent une situation analogue. Enfin, comme le souligne aussi le juge Baudouin, on doit également reconnaître que la Cour suprême du Canada doit souvent définir « une politique judiciaire cohérente qui dépasse largement les enjeux particuliers de la cause »³¹⁷ et que les décisions de cette cour ont ainsi une portée et une influence certaine autant en province ou territoire de common law qu'en terre civiliste.

³¹⁴ Baudouin (2016) « L'art de juger », *ibid*, à la p 333.

³¹⁵ Baudouin (2016) « L'art de juger », *ibid*, à la p 334.

³¹⁶ Baudouin (2016) « L'art de juger », *ibid*, à la p 331.

³¹⁷ Baudouin (2016) « L'art de juger », *ibid*, à la p 332.

Bien que les caractéristiques et distinctions identifiées par le juge Baudouin reposent certainement sur quelques généralisations (et dressent ainsi des portraits qui relèvent peut-être plus d'« idéaux-types » au sens wébérien), nous retenons tout de même leur pertinence pour mesurer, en quelque sorte, l'influence des traditions juridiques dans les décisions judiciaires. Nous avons donc transposé ces caractéristiques et distinctions dans notre grille d'analyse des décisions judiciaires.

2.4.5 Les notions fondamentales et l'exemple des conceptions de la propriété en droit civil et en common law

En sus des sources et des méthodes, les traditions juridiques comprennent aussi des ensembles de concepts ou des notions fondamentales qui varient d'une tradition à l'autre³¹⁸. C'est le cas notamment en ce qui concerne les concepts utilisés pour décrire les différentes formes de propriété et les droits qui en découlent. Comme l'écrit l'auteure Barbara Pierre :

*« The classification of property in a legal tradition both reflects and generates a particular approach to allocating the powers and benefits of property generally, and of land in particular. In other words, it creates a mind-set, which is manifested in the kinds and deployment of institutions recognised in the tradition, and influences the options that are perceived for responding to the demands of our changing societies. »*³¹⁹

³¹⁸ Certains auteurs parlent ainsi des fondements « conceptuels, didactiques et explicatifs nécessaires à la connaissance du droit »; S Axel-Luc Hountohotegbè, « De l'ombre à la lumière : l'hypothèse de la renaissance de la filiation romano-germanique de la procédure civile québécoise » (2015) 60:2 RD McGill 215 à la p 218 citant Antonio Gambaro, Rodolfo Sacco et Louis Vogel, *Traité de droit comparé : le droit de l'Occident et d'ailleurs*, Paris, LGDJ, 2011 à la p 14.

³¹⁹ Barbara Pierre, « Classification of Property and Conceptions of Ownership in Civil and Common Law » (1997) 28:2 RGD 235 [Pierre (1997) « Classification of Property and Conceptions of Ownership »] à la p 238.

En droit civil et en common law, les concepts fondamentaux relatifs à la propriété diffèrent significativement, sinon dans leurs effets, du moins dans leur nature et dans leurs caractéristiques³²⁰. Pour Pierre, les différences qui existent entre les types de droit de propriété dans la tradition du droit civil et celle de la common law sont des conséquences directes de conceptions bien distinctes de la propriété elle-même³²¹.

En droit civil, la propriété est une institution employée pour décrire l'interaction entre une personne et toute chose, qu'il s'agisse de la terre (*land*) ou d'objets³²². Influencée par le concept romain de « dominium »³²³, la propriété au sens civiliste dénote aussi la totalité des pouvoirs qui peuvent être exercés sur un bien et la capacité à percevoir tous les bénéfices pouvant en découler; il s'agit donc d'un concept unificateur, mais aussi rigide³²⁴.

³²⁰ C'est le constat auquel arrive Barbara Pierre après avoir disséqué ces notions fondamentales et en avoir retracé l'évolution historique; voir Pierre (1997) « Classification of Property and Conceptions of Ownership », *ibid.* Voir toutefois Yaëll Emerich, « Regard civiliste sur le droit des biens de la common law : pour une conception transsystémique de la propriété » 38:2 (2008) RGD 339 pour une remise en question de l'idée « d'une opposition radicale entre le droit des biens civiliste et la *common law property* » (à la p 339).

³²¹ Pierre (1997) « Classification of Property and Conceptions of Ownership », *ibid.*, à la p 240.

³²² Pierre (1997) « Classification of Property and Conceptions of Ownership », *ibid.*, à la p 240. On pourrait offrir une formulation alternative en proposant que l'institution civiliste de la propriété s'applique à tous les biens, meubles ou immeubles. Voir aussi la définition du terme « propriété » dans le *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues : Les biens*, Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé, Montréal, Yvon Blais, 2012 [*Dictionnaire de droit privé*], à la p 177 : « Droit réel conférant à son titulaire, le *propriétaire*, la prérogative exclusive d'user, de jouir et de disposer de son bien dans les limites fixées par la loi ».

³²³ Le concept de « dominium » en droit romain est associé à l'idée de domaine complet sur une chose, à l'unification de tous les attributs relatifs à l'exercice d'un pouvoir sur la terre; voir Pierre (1997) « Classification of Property and Conceptions of Ownership », *ibid.*, aux pp 248-249. Les auteurs du *Dictionnaire de droit privé* remarquent : « Selon la conception traditionnelle, la propriété comporte trois attributs : l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* ; à ce triptyque, certains auteurs ajoutent l'*accessio* »; *Dictionnaire de droit privé*, *ibid.*, à la p 21.

³²⁴ Pierre (1997) « Classification of Property and Conceptions of Ownership », *ibid.*, à la p 240.

En common law, il n'existe pas de tel concept unificateur de la propriété qui permettrait une systématisation des nombreuses règles techniques constituant ce domaine du droit et qui diffèrent d'ailleurs selon qu'elles s'appliquent à la terre (*land*) ou sur toute autre chose³²⁵. Même dans le seul domaine de la « *real property* », soit celle portant sur la terre, la common law reconnaît différents types de liens juridiques pouvant exister entre une personne et la terre³²⁶ et permet la superposition simultanée d'une pluralité de tels liens. En d'autres termes, plusieurs personnes peuvent détenir au même moment un domaine ou des intérêts bénéficiaires dans la même parcelle de terre (une « multi-propriété » en quelque sorte)³²⁷.

Le terme « propriétaire » n'a donc pas le même sens en droit civil et en common law. Cette distinction entre les notions de propriété dans les deux traditions juridiques est pertinente à de nombreux égards³²⁸ et tout particulièrement en matière de droit des Autochtones. En effet, la construction théorique du titre ancestral – même s'il comporte certains aspects *sui generis* – repose essentiellement sur la séparation entre titre légal et intérêt bénéficiaire, typique de la common law³²⁹.

³²⁵ Pierre (1997) « Classification of Property and Conceptions of Ownership », *ibid*, à la p 241. Voir aussi Bruce H Ziff, *Principles of Property Law*, 7e éd, Toronto, Thomson Reuters Canada, 2018 [Ziff (2018), *Principles of Property Law*] aux pp 87 et s et 242.

³²⁶ Par exemple les « *estates* » (domaines), « *hereditaments* » (héritages), « *interests* » (intérêts), etc. Voir Pierre (1997) « Classification of Property and Conceptions of Ownership », *ibid*, à la p 241.

³²⁷ Pierre emploie le terme « *multi-proprietorship* »; voir Pierre (1997) « Classification of Property and Conceptions of Ownership », *ibid*, aux pp 249-250.

³²⁸ Pierre écrit notamment que cette distinction « *determines what is considered a proprietary right, and subject to the law of property, as opposed to a mere personal right in each tradition* »; voir Pierre (1997) « Classification of Property and Conceptions of Ownership », *ibid*, à la p 251.

³²⁹ Voir l'arrêt *Tsilhqot'in*, *supra* note 89, en général et plus précisément au para 70. Pour une discussion de la nature du titre ancestral et de ses affinités avec le droit de la propriété de la common law, voir Ziff (2018), *Principles of Property Law*, *supra* note 325, à la p 229.

En fait, les tribunaux ont vacillé, à travers l'histoire, entre deux manières de caractériser le titre ancestral, une première interprétation ayant décrit ce dernier comme un droit personnel d'usufruit³³⁰, ce qui a pu mener à une certaine confusion³³¹. Un débat a alors divisé les juristes à savoir si le titre ancestral était, ou pas, un véritable droit de propriété, existant « *at the pleasure of the Crown* » ou créant des droits opposables à la Couronne³³² ou encore s'il s'agissait d'un droit personnel puisque le titre ancestral ne peut être transféré à des tiers³³³.

Ces débats sont aujourd'hui résolus et la caractérisation du titre ancestral comme un droit personnel d'usufruit a été répudiée; comme l'écrit le professeur Ziff :

« Some Aboriginal rights, such as the right to fish or hunt in a certain locale, may be purely usufructuary, meaning that these entitlements relate to use only and, therefore, are non-possessory. However, when speaking of Aboriginal title, a beneficial right to exclusive possession is contemplated. The corollary is that the Crown does not retain a beneficial interest as long as the Aboriginal title is extant. As with fee simple title, the bundle of ownership rights is large and includes rights to control, use,

³³⁰ Le Conseil privé a en effet caractérisé le titre ancestral comme un droit personnel d'usufruit dans l'affaire *St. Catherine's Milling*; voir Anker (2014) « Translating *Sui Generis* Aboriginal Rights », *supra* note 10, à la p 10 note 24, citant *St Catherine's Milling and Lumber Co v The Queen* (1888), 14 App Cas 46 (JCPC).

³³¹ La professeure Anker souligne que la référence à un droit d'usufruit dans la jurisprudence de common law n'est pas sans présenter certaines contradictions. Sans doute inspiré par sa connaissance de l'usufruit en droit romain, William Blackstone aurait introduit cette notion dans ses *Commentaries on the Laws of England* en 1766 pour décrire un droit limité d'usage découlant de l'occupation d'une terre. Pourtant, cette conception de l'usufruit ne correspond pas à la notion d'usufruit en droit romain qui accorde, elle, un droit d'usage équivalent à celui que possède un propriétaire, mais pour une période définie et ne nécessitant pas une occupation continue; voir Anker (2014) « Translating *Sui Generis* Aboriginal Rights », *supra* note 10, à la p 10 et à la note 23 ainsi que les références y citées.

³³² Voir Anker (2014) « Translating *Sui Generis* Aboriginal Rights », *supra* note 10, aux pp 10-11. La professeure Anker souligne également que ce débat porte lui-même à confusion puisque l'usufruit en droit civil est un droit réel opposable une fois qu'il est créé.

³³³ Anker (2014) « Translating *Sui Generis* Aboriginal Rights », *supra* note 10, à la p 3.

*and profit from the lands. And as with fee simple, ultimate or radical title is reposed in the state. »*³³⁴

Les tribunaux ont donc plutôt retenu la seconde manière de caractériser le titre ancestral, soit une approche dite « *sui generis* »³³⁵. Il importe en effet de souligner que certains aspects du titre ancestral le distinguent des concepts de propriété traditionnels de la common law et du droit civil³³⁶. La Cour suprême du Canada a d'ailleurs réitéré à plusieurs reprises que le titre ancestral ne peut pas être décrit au moyen des (seuls) concepts traditionnels du droit des biens, lesquels apparaissent donc toujours comme étant quelque peu inadéquats³³⁷.

En somme, certaines notions fondamentales, comme les concepts du droit de la propriété, diffèrent d'une tradition juridique à l'autre. Certaines de ces notions fondamentales ont eu une influence claire sur l'articulation des concepts de droit des

³³⁴ Ziff (2018), *Principles of Property Law*, *supra* note 325, à la p 229.

³³⁵ La professeure Anker écrit à ce propos que « *the sui generis approach locates the characteristics of Aboriginal rights in norms that developed, in an “inter-societal” fashion, during the course of interactions between Aboriginal groups and colonial authorities in the formative years of the European settlement of North America* ». Voir Anker (2014) « Translating *Sui Generis* Aboriginal Rights », *supra* note 10 à la p 3, citant le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Van der Peet* (CSC) *supra* note 19, lui-même employant une expression utilisée par Brian Slattery.

³³⁶ Entre autres, le titre ancestral ne peut être vendu, hypothéqué ou loué; il ne peut être cédé qu'à la Couronne; il est détenu collectivement par les membres d'un peuple autochtone; sa source antédote l'affirmation de la souveraineté coloniale, ce qui le distingue notamment du domaine (*estate*) de common law qui découle généralement de concessions faites après la souveraineté; et il est sujet à une limite intrinsèque qui restreint les usages possibles de la terre à ceux qui ne sont pas incompatibles « avec la nature de l'attachement qu'ont les revendicateurs pour ces terres »; voir l'arrêt *Delgamuukw* (CSC), *supra* note 10, au para 125; voir aussi l'arrêt *Tsilhqot'in*, *supra* note 89, aux paras 73 et s; Anker (2014) « Translating *Sui Generis* Aboriginal Rights », *supra* note 10 à la p 3; et Ziff (2018), *Principles of Property Law*, *supra* note 325, aux pp 229-230.

³³⁷ Voir *Tsilhqot'in*, *supra* note 89, au para 72, citant le juge La Forest dans *Delgamuukw* (CSC) au para 190; voir aussi l'arrêt *Guerin c La Reine*, [1984] 2 RCS 335 [*Guerin*] à la p 382; et Anker (2014) « Translating *Sui Generis* Aboriginal Rights », *supra* note 10, à la p 3 qui rapporte les propos du juge Dickson dans *Guerin*.

Autochtones comme le titre ancestral³³⁸. Dans le cadre de la présente recherche, il nous importe donc de porter une attention particulière à la référence et à la mobilisation, dans les décisions judiciaires sous étude, des notions fondamentales comme celles relatives au droit de la propriété par les juges issus de différentes traditions juridiques.

2.4.6 Les « autres facteurs » dans l'application et l'interprétation du droit

Enfin, il importe de revenir brièvement sur certains éléments mentionnés précédemment et qui pourraient entrer dans la catégorie des (autres) « facteurs pris en compte dans l'application et l'interprétation du droit »³³⁹. Premièrement, lors de notre présentation de la théorie de la décision judiciaire de Ronald Dworkin³⁴⁰, nous avons mentionné que ce dernier réserve une place – dans sa conception du droit et de la décision judiciaire – à ce qu'il appelle la « morale politique » ou la « dimension politique du droit »³⁴¹. Deuxièmement, nous avons aussi vu que le droit des Autochtones soulève des questions particulières qui ont, à l'occasion, mené à la mobilisation de différents éléments exogènes au droit étatique comme la considération de la perspective des Autochtones, l'appréciation judiciaire de l'histoire et d'autres déterminants externes³⁴². La mobilisation de tous ces « autres facteurs »

³³⁸ Si le droit des Autochtones a surtout été articulé à travers le vocabulaire de la common law, la professeure Anker s'est adonnée à l'exercice ré-articuler les concepts de titre ancestral et de droits ancestraux *sui generis* en employant le vocabulaire civiliste; voir Anker (2014) « Translating *Sui Generis* Aboriginal Rights », *supra* note 10, généralement et plus particulièrement aux pp 3 et 20-30.

³³⁹ Vogenauer (2014) « Sources of Law and Legal Method in Comparative Law », *supra* note 269, à la p 886.

³⁴⁰ Voir la section 2.1.2.

³⁴¹ Dworkin (1985) « La chaîne de droit », *supra* note 171, aux pp 63-64.

dans les jugements relève d'aspects particuliers des méthodologies judiciaires qu'il nous importait également de considérer dans notre grille d'analyse.

Quelques commentaires sur la considération, par les juges, de « valeurs de morale politique » permettront d'illustrer notre démarche. Ainsi, rappelons que selon la conception de Ronald Dworkin, un juge qui a considéré les règles et principes juridiques applicables sans que cet exercice n'ait permis d'identifier clairement une seule solution juridique pour résoudre le problème qui se pose à lui est tout à fait justifié de se tourner vers « la seconde dimension du jugement interprétatif », c'est-à-dire qu'il doit décider quelle interprétation « montre la jurisprudence comme étant la meilleure possible du point de vue de la morale politique »³⁴³.

Si, pour Dworkin, la justice, l'équité et la procédure sont les « vertus constitutives de la morale politique », il mentionne aussi deux considérations fort importantes : d'une part, que ces valeurs doivent être considérées à la fois du point de vue de la justice abstraite et en fonction des convictions, de la culture et de l'histoire politique de la société; et d'autre part, que les juges auront nécessairement, entre eux, des conceptions différentes de ces valeurs, du poids devant être accordé à chacune et de la meilleure manière de résoudre les conflits entre elles³⁴⁴. Nombre d'autres valeurs peuvent sans doute influencer les juges dans la détermination d'une solution juridique et dans la construction du droit³⁴⁵. Dans le cadre de la présente recherche, nous nous

³⁴² Voir la section 2.1.3.

³⁴³ Dworkin (1985) « La chaîne de droit », *supra* note 171, à la p 64.

³⁴⁴ Dworkin (1985) « La chaîne de droit », *ibid*, à la p 64.

³⁴⁵ Voir par exemple la conception du droit de Lon Fuller qui réserve également une place importante aux principes moraux ou valeurs morales; voir notamment Lon L Fuller, *La moralité du droit*, Presses de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 2017 (traduction de l'édition révisée en 1969 de l'ouvrage original *The Morality of Law* publié pour la première fois en 1964).

sommes toutefois surtout intéressés à la question de savoir : quelles valeurs sont mobilisées dans les décisions judiciaires en matière de droit des Autochtones et les traditions juridiques peuvent-elles influencer ces considérations de morale politique?

Ici encore, la doctrine traitant du cas particulier des juges du Québec offre une illustration intéressante de l'influence des traditions juridiques—dans ce cas-ci en ce qui concerne une propension chez certains juges et juristes à faire appel à certaines valeurs. Le professeur Sylvio Normand a ainsi avancé que la « sauvegarde de l'intégrité du droit civil constitue un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec »³⁴⁶.

Le professeur Normand a réalisé une étude portant plus spécifiquement sur la manifestation du thème de « la sauvegarde de l'intégrité du droit civil » pendant la période de l'entre-deux-guerres (1922-1939) dans la *Revue du droit*, un important véhicule de la doctrine juridique au Québec à cette époque³⁴⁷. L'étude du professeur Normand a révélé que la protection de l'intégrité du droit civil constituait une préoccupation majeure pour de nombreux juristes québécois, notamment du fait qu'elle était perçue comme étant intimement liée à la protection de l'identité québécoise et de son caractère distinctif, au même titre que la langue française et la religion catholique³⁴⁸. Dans ce contexte (certes bien différent de celui qu'on connaît aujourd'hui), les tentatives d'uniformisation du droit au Canada de même que la prolifération du « droit statutaire », c'est-à-dire des lois particulières dérogeant au

³⁴⁶ Normand (1987), « Un thème dominant », *supra* note 58, à la p 559.

³⁴⁷ Pour le professeur Normand, la *Revue du droit* constitue « un témoin privilégié de l'état de la pensée juridique québécoise » de son époque, soit avant et pendant la crise économique de 1929; voir Normand (1987), « Un thème dominant », *ibid*, à la p 561.

³⁴⁸ Normand (1987), « Un thème dominant », *ibid*, à la p 559.

droit commun, étaient le plus souvent vues d'un bien mauvais œil par les juges et juristes attachés au droit civil³⁴⁹. C'est donc dire que ces juges et juristes considéraient la protection du droit civil – y compris de ses notions fondamentales et de la méthode qui lui est propre – comme une valeur en soi devant, dans certains cas, servir de guide dans l'interprétation du droit. Normand souligne aussi que le thème de la sauvegarde de l'intégrité du droit civil a peu à peu perdu de sa popularité, notamment alors qu'un nombre croissant de voix s'est élevé pour demander que le droit, plutôt que d'être figé dans un « nationalisme défensif » et conservateur, se transforme plutôt au même rythme que la société³⁵⁰.

Bien que le contexte social et juridique soit aujourd'hui bien différent de celui de la période examinée par Normand, certaines dynamiques résultant du caractère mixte du droit au Québec – avec son héritage civiliste et sa proximité de la common law – demeurent. D'ailleurs, encore récemment, la professeure Jukier concluait d'une analyse des interprétations judiciaires dans les décisions procédurales que les juges du Québec ne s'entendent toujours pas quant au rôle approprié pour les sources de common law et aussi qu'on peut discerner une tendance claire à la Cour suprême du Canada, largement menée par le juge LeBel, démontrant une volonté expresse de promouvoir l'intégrité et l'héritage de la tradition civiliste³⁵¹.

³⁴⁹ Plusieurs craignaient en effet que le droit commun « soit de plus en plus grugé pour ne plus trouver application que dans un nombre limité de cas »; Normand (1987), « Un thème dominant », *ibid*, à la p 598.

³⁵⁰ Normand (1987), « Un thème dominant », *ibid*, aux pp 598-600.

³⁵¹ Jukier (2015) « The Impact of Legal Traditions on Quebec Procedural Law », *supra* note 258, aux pp 29-30. Voir aussi LeBel et Le Saunier (2006) « L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada », *supra* note 5. Voir également Rosalie Jukier, « La contribution du juge LeBel au droit judiciaire et à la tradition civiliste » (2016) 94 R du B can 507.

Si la volonté de promouvoir l'intégrité et l'héritage d'une tradition est toujours présente chez certains juges, qu'arrive-t-il lorsque la cohérence du système ou ses notions fondamentales (pensons par exemple à la conception civiliste de la propriété) sont, sinon mises à mal, du moins remise en cause ou écartées, par l'entrée en jeu de concepts étrangers à ce système comme ceux des droits ancestraux *sui generis* et du titre ancestral?

2.5 Description de la grille d'analyse

Passons maintenant à une description de la grille d'analyse des décisions judiciaires dont, rappelons-le, un prototype est joint en **Annexe A**. D'abord et avant tout, nous avons élaboré la grille d'analyse de façon à pouvoir identifier chacune des décisions judiciaires analysées ainsi que le tribunal ayant décidé de l'affaire. Puisque nous avons fait le choix d'étudier les décisions de tribunaux où siègent plusieurs juges, il nous est apparu pertinent d'identifier les juges ayant entendu chacune des affaires et, le cas échéant, de prendre note de la rédaction par certains d'entre eux de motifs séparés, concordants ou dissidents.

Nous avons également réservé un espace où inclure un bref résumé de chacune des décisions judiciaires ainsi qu'un autre espace pour identifier les droits ancestraux qui étaient revendiqués par les Autochtones dans chaque affaire, le tout simplement aux fins de faciliter le traitement et l'analyse des données.

Ensuite, nous avons prévu un espace où traiter de la mobilisation des « sources de droit » (au sens décrit ci-haut dans la section 2.4.3) par les juges, plus spécifiquement à celles qui le sont dans l'analyse des droits territoriaux. Nous nous intéressons donc au nombre de sources mobilisées et à la nature (jurisprudentielle, législative, doctrinale ou autre) de ces dernières. La langue des sources mobilisées a aussi retenu notre attention puisque, comme l'a souligné le professeur Jutras, le facteur

linguistique³⁵², voire culturel, est à lui seul susceptible d'entraîner un développement du droit public « sur des voies séparées, parfois parallèles, parfois divergentes, au Québec et ailleurs au Canada »³⁵³. Il nous importait donc de porter attention à ce facteur pour identifier toute tendance qui serait discernable dans le contexte multilingue des différents tribunaux sous étude. L'analyse des sources de droit pose aussi un défi additionnel du fait que les juges n'accordent pas nécessairement la même « autorité » ou force contraignante à toutes les sources citées dans une décision judiciaire; nous avons donc prévu un espace pour noter toute particularité à cet effet, le cas échéant.

Passant maintenant à des questions que nous avons identifiées plus haut (à la section 2.4.4) comme relevant plus de la « méthodologie judiciaire », nous avons inclus dans la grille d'analyse chacune des trois caractéristiques identifiées par le juge Baudouin³⁵⁴ : (i) le type de raisonnement judiciaire; (ii) la référence à des principes généraux du droit; et (iii) le souci d'assurer une cohérence synthétique générale ou d'intégrer la solution retenue dans un ensemble juridique abstrait. En effet, en décrivant le discours judiciaire québécois en matière civile, le juge Baudouin a élaboré des « idéaux-types » correspondant aux influences de la tradition du droit civil et de celle de la common law que nous reprenons ici aux fins d'analyser les décisions judiciaires en matière de droits territoriaux.

³⁵² Selon le professeur Jutras, le cadre linguistique différent entre le Québec et le reste du Canada « fait en sorte, d'une part, que la jurisprudence des autres provinces n'a pas toujours au Québec la valeur persuasive qu'elle pourrait y avoir autrement, et d'autre part, que la jurisprudence de common law québécoise est souvent ignorée hors du Québec lorsqu'elle est rédigée en français »; voir Jutras (2008) « Regard sur la common law au Québec », *supra* note 151, à la p 313.

³⁵³ Jutras (2008) « Regard sur la common law au Québec », *ibid*, à la p 313.

³⁵⁴ Voir *supra* note 306 et le texte correspondant.

Ensuite, nous avons inclus une case où recenser toute référence à ce que nous avons appelé (dans la section 2.4.5) des « notions fondamentales » propres à une tradition juridique comme les conceptions de la propriété. Ces notions ou ensembles de concepts, dont peuvent découler des droits différents d'une tradition juridique à l'autre, façonnent la mentalité judiciaire et influencent les options ou solutions juridiques perçues comme étant disponibles.

Nous avons également prévu un espace pour noter toute référence implicite ou explicite à ce que nous avons décrit comme des « valeurs de morale politique » (voir la section 2.4.6). De même, il nous importait de pouvoir consigner les références faites par les juges aux éléments « exogènes au droit étatique » et qui prennent une importance particulière dans le contexte du droit des Autochtones, soit notamment la considération de la perspective des Autochtones eux-mêmes et l'interprétation judiciaire de l'histoire ainsi que d'autres déterminants externes.

Enfin, nous avons réservé un espace pour noter le dispositif de chacune des décisions judiciaires étudiées en ce qui concerne les droits ancestraux revendiqués. Tout en reconnaissant que l'issue des décisions judiciaires est le produit de plusieurs facteurs – à commencer par les faits de chaque affaire – il nous apparaissait quand même pertinent de chercher à discerner toute tendance à cet égard chez les tribunaux et traditions sous étude.

CHAPITRE III

RÉSULTATS ET ANALYSE : UNE LECTURE DES DÉCISIONS JUDICIAIRES EN MATIÈRE DE DROITS TERRITORIAUX À TRAVERS LA LENTILLE DES TRADITIONS JURIDIQUES

Dans ce chapitre, nous présentons les décisions judiciaires de la Cour d'appel du Québec, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et de la Cour interaméricaine que nous avons analysées et nous situons ces dernières dans trois moments de construction du droit qui nous apparaissent comme étant communs aux trois tribunaux sous étude. Nous présentons ensuite les résultats de notre recherche sous la forme de portraits généraux de chacun des tribunaux dressés à partir d'exemples tirés de la jurisprudence que nous avons analysée et correspondant aux éléments de notre grille d'analyse. Finalement, nous exposons les principales conclusions que nous tirons de notre analyse comparative des décisions judiciaires en matière de droits territoriaux et nous suggérons quelques pistes liant ces conclusions à d'autres enjeux pertinents pour la recherche en droit.

3.1 Le corpus des décisions judiciaires : des jugements s'inscrivant dans trois moments importants de construction du droit

Au chapitre précédent, nous avons décrit le processus de recherche initiale des décisions judiciaires qui seraient retenues pour fins d'analyse plus détaillée (section 2.3.3). Il importe toutefois de mentionner que la recherche des décisions judiciaires n'a été que la première étape de la constitution du corpus des décisions que nous

avons analysées en détail. Les décisions judiciaires sont éminemment contextuelles – que ce soit en fonction des faits de chaque espèce ou encore de la procédure applicable selon le type de cause (par exemple une demande ou « *claim* » de droit privé, une demande de jugement déclaratoire ou encore des procédures pénales pour infraction à une loi ou à un règlement régissant certaines activités comme la pêche ou la chasse) de même que selon le cheminement procédural du dossier (étape préliminaire, interlocutoire, mérite, etc.). Ainsi, même les jugements qui mentionnent, voire qui traitent, des droits territoriaux des peuples autochtones ne possèdent pas tous la même valeur sur le plan de leur contribution à la construction du droit des Autochtones et donc de leur pertinence pour la présente recherche.

Du bassin de décisions judiciaires identifiées initialement, nous avons fait une première lecture de chacune afin de sélectionner celles qui nous sont apparues comme les plus marquantes ou importantes pour la construction du droit relatif aux droits territoriaux par chacun des tribunaux sous étude. La liste des décisions judiciaires ultimement retenues et analysées en détail à l'aide de notre grille d'analyse est jointe en **Annexe B**.

Avant même d'entreprendre notre analyse détaillée à l'aide de la grille d'analyse décrite au chapitre précédent, un premier constat s'est imposé à la lecture des décisions judiciaires pour en sélectionner les plus marquantes, soit que celles-ci s'inscrivaient de façon générale dans ce que nous appellerons différents « moments de construction » des droits territoriaux.

Au Canada, le premier de ces moments correspond aux décisions des années 1990 où les tribunaux cherchaient à définir le régime des droits ancestraux et du titre ancestral. Les décisions des cours d'appel de cette époque sont particulièrement intéressantes puisqu'elles ont été rendues avant que la Cour suprême du Canada n'exerce son

influence unificatrice sur tous les tribunaux au pays avec la série d'arrêts rendus en 1996 et 1997³⁵⁵.

Ainsi, pendant cette période, les juges des tribunaux provinciaux ont dû eux-mêmes user de leur pouvoir créatif pour interpréter et définir les droits ancestraux reconnus et affirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Au surplus, les cours d'appel provinciales n'étant pas mixtes comme la Cour suprême du Canada, on peut au moins supposer que l'influence des traditions juridiques s'y manifestait d'une façon plus caractéristique de la culture judiciaire de chaque province.

C'est donc sans grande surprise qu'une bonne partie des décisions judiciaires que nous avons retenues comme étant les plus marquantes correspondent précisément aux décisions des tribunaux d'appel dans les dossiers susmentionnés qui ont éventuellement cheminé jusqu'à la Cour suprême du Canada : au Québec, il s'agit des arrêts *Adams* (CAQ)³⁵⁶ et *Côté* (CAQ)³⁵⁷, alors que du côté de la Colombie-Britannique, on s'attardera particulièrement aux arrêts *Van der Peet* (CACB)³⁵⁸, *Gladstone* (CACB)³⁵⁹ et *Delgamuukw* (CACB)³⁶⁰. Nous ajoutons aux décisions de cette période de construction du régime juridique encadrant les droits ancestraux quelques arrêts rendus par les tribunaux d'appel dans les années qui ont suivi

³⁵⁵ Voir notamment *Van der Peet* (CSC) *supra* note 19, *N.T.C. Smokehouse* *supra* note 81, *Gladstone* (CSC) *supra* note 80, *Adams* (CSC), *supra* note 83, *Côté* (CSC), *supra* note 85 et *Delgamuukw* (CSC) *supra* note 10.

³⁵⁶ *R c Adams*, 1993 CanLII 3728 (QC CA) [*Adams* (CAQ)].

³⁵⁷ *R c Côté*, 1993 CanLII 3913 (QC CA) [*Côté* (CAQ)].

³⁵⁸ *Regina v Van Der Peet*, 1993 CanLII 4519 (BC CA) [*Van der Peet* (CACB)].

³⁵⁹ *R v Gladstone*, 1993 CanLII 4520 (BC CA) [*Gladstone* (CACB)].

³⁶⁰ *Delgamuukw v British Columbia*, 1993 CanLII 4516 (BC CA) [*Delgamuukw* (CACB)].

l'énonciation initiale des règles applicables par la Cour suprême du Canada, soit les arrêts *Young*³⁶¹, *Goulet*³⁶² et *Pariseau*³⁶³ au Québec et l'arrêt « parallèle » en Colombie-Britannique dans le dossier *Seward*³⁶⁴. Le régime juridique encadrant la protection des droits ancestraux n'ayant pour autant cessé d'évoluer par la suite, nous nous attarderons également à l'arrêt de 2009 de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Lax Kw'alaams* (CACB)³⁶⁵, subséquemment confirmé par la Cour suprême du Canada. Mentionnons aussi l'arrêt *Commanda*³⁶⁶ de la Cour d'appel du Québec où les droits ancestraux n'ont pas tant fait l'objet d'une analyse en profondeur, mais formaient plutôt la trame de fond dans laquelle se sont posées des questions de droit à la divulgation de la preuve. Cet arrêt illustre bien le nécessaire exercice de mise en balance de différentes considérations par les juges dans le contexte « complexe et nuancé » du droit des Autochtones, particulièrement lorsque celui-ci interagit avec d'autres domaines du droit, chacun étant animé par ses propres objectifs, principes et valeurs.

Un deuxième moment marquant de construction du droit des Autochtones au Canada correspond à l'émergence du devoir de la Couronne de consulter les peuples autochtones et de prendre en compte leurs intérêts avant même que les droits des peuples en question – y compris leurs droits ancestraux ou leur titre ancestral – aient

³⁶¹ *Québec (Procureur général) c Young*, 2003 CanLII 47908 (QC CA) [*Young*].

³⁶² *Goulet c Québec (Procureur général)*, 2003 CanLII 42450 (QC CA) [*Goulet*].

³⁶³ *Pariseau c Québec (Procureur général)*, 2003 CanLII 47910 (QC CA) [*Pariseau*].

³⁶⁴ *R v Seward et al*, 1999 BCCA 163 (CanLII) [*Seward*].

³⁶⁵ *Lax Kw'alaams Indian Band v Canada (Attorney General)*, 2009 BCCA 593 (CanLII) [*Lax Kw'alaams* (CACB)].

³⁶⁶ *R. c Commanda*, 2007 QCCA 947 (CanLII) [*Commanda*].

fait l'objet d'une reconnaissance étatique formelle dans un traité ou par une instance judiciaire. Bien qu'on puisse retracer l'émergence de cette obligation plus loin³⁶⁷, ce sont les arrêts *Nation haïda*³⁶⁸, *Taku River*³⁶⁹ et *Mikisew*³⁷⁰ qui sont généralement considérés comme ayant consacré, en 2004 et 2005, cette obligation dans la forme que nous lui connaissons aujourd'hui³⁷¹.

Pour la professeure Sarah Morales, ces arrêts représentent d'ailleurs un tournant important dans l'approche des tribunaux, qui était, depuis l'arrêt *Van der Peet*, axée

³⁶⁷ Le professeur Gordon Christie, par exemple, écrit que c'est l'arrêt *Calder* qui a préparé le terrain et ouvert la porte à l'émergence du devoir de consultation, lequel est ensuite apparu dans sous différentes formes dans les arrêts *Sparrow* puis *Delgamuukw* (CSC); voir Gordon Christie, « Developing Case Law: The Future of Consultation and Accommodation » (2006) 39 UBC L Rev 139. Le professeur Grammond note quant à lui qu'en 2004, la Cour suprême du Canada a en fait confirmé la solution initialement adoptée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique pour assurer aux peuples autochtones une voix au chapitre des projets de développement pouvant avoir un impact sur leurs droits et que cette obligation peut également être considérée comme une codification et une généralisation des pratiques qui avaient émergé dans les décennies précédentes; voir Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *supra* note 9 aux pp 315-316.

³⁶⁸ *Nation haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 RCS 511 [*Nation haïda*].

³⁶⁹ *Première nation Tlingit de Taku River c Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 RCS 550.

³⁷⁰ *Mikisew* (2005), *supra* note 32.

³⁷¹ Dans l'arrêt *Nation haïda*, la Cour suprême du Canada a établi que la Couronne doit consulter les peuples autochtones dès que la Couronne considère prendre une décision qui pourrait avoir un impact négatif sur des droits revendiqués par ces derniers et, lorsque cela est approprié selon les circonstances, chercher à accommoder ces droits; voir *Nation haïda*, *supra* note 368, aux paras 35 et s. Pour une analyse détaillée du devoir de la Couronne de consulter et d'accommoder les populations autochtones dans sa forme moderne, voir Dwight Newman, *Revisiting the Duty to Consult Aboriginal Peoples*, *supra* note 27. Le devoir de consulter a continué et continue toujours d'évoluer et d'occuper les tribunaux canadiens, y compris la Cour suprême du Canada; voir notamment les plus récentes affaires *Chippewas of the Thames First Nation c Pipelines Enbridge inc.*, 2017 CSC 41, [2017] 1 RCS 1099; *Clyde River (Hameau) c Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 RCS 1069; *Ktunaxa Nation c Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 RCS 386; et *Mikisew* (2018), *supra* note 108. Le devoir de consulter était aussi en cause dans *Tsilhqot'in*, *supra* note 89.

sur des droits constitutionnels relativement statiques et qui passe maintenant à une forme de « procéduralisme dynamique » permettant aux tribunaux de reconnaître les intérêts et droits ancestraux qui sont toujours au stade de la revendication et de les protéger contre les actions unilatérales de la Couronne³⁷².

Depuis la consécration de ce devoir de consulter et d'accommoder fondé dans le principe de l'honneur de la Couronne et dans l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, tout un régime juridique a évolué autour de sa mise en œuvre. Ce régime juridique *sui generis* a rapidement produit un imposant corpus jurisprudentiel, mais non sans présenter un certain lot de difficultés pour les tribunaux qui ont eu à le mettre en œuvre dans le cadre procédural qui leur est propre³⁷³. C'est dans ce contexte qu'il nous est apparu important d'inclure, dans notre corpus de décisions judiciaires, les deux arrêts *Kruger*³⁷⁴ (au Québec) et *Musqueam*³⁷⁵ (en Colombie-

³⁷² Voir Morales (2017) « Braiding the Incommensurable », *supra* note 30. Notons toutefois que la professeure Morales souligne aussi certaines lacunes du devoir de consulter et d'accommoder les peuples autochtones tel qu'élaboré par la Cour suprême du Canada, notamment en ce qu'il n'a pas complètement réussi à compenser le déséquilibre des forces entre les communautés autochtones et l'État et, surtout, qu'il n'a pas réussi à intégrer et prendre en considération les traditions juridiques des peuples autochtones. D'autres auteurs font preuve d'un grand optimisme par rapport aux promesses du devoir de consulter et des principes qui l'accompagnent; voir notamment S Ronald Stevenson, *The Political Theory of Aboriginal Rights Law in Canada: Prospects for Reconciliation*, thèse de doctorat en droit, Université d'Ottawa, 2015 [non publiée], disponible en ligne : <<https://ruor.uottawa.ca/handle/10393/32343>>; l'auteur soutient que « *Canadian law is capable of developing a distinctive approach to reconciliation by building on the principles that are immanent in the Haida decision* » (à la p 5).

³⁷³ Au Québec, par exemple, les règles juridiques concernant la procédure applicable selon les différents types de pourvoi sont codifiées et se trouvent dans le *Code de procédure civile*, RLRQ c C-25.01, bien que d'autres sources puissent agir à titre supplétif; voir notamment Jukier (2016) « *La contribution du juge LeBel au droit judiciaire et à la tradition civiliste* », *supra* note 351 aux pp 514-516 et sa discussion des arrêts *Lac d'Amiante du Québec Ltée c 2858-0702 Québec Inc*, [2001] 2 RCS 743, [2001] SCJ No 49, *Globe and Mail c Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, [2010] 2 RCS 592 et *Vivendi Canada Inc c Dell'Aniello*, 2014 CSC 1, [2014] 1 RCS 3.

³⁷⁴ *Kruger inc. c Première Nation des Betsiamites*, 2006 QCCA 569 (CanLII) [*Kruger*].

³⁷⁵ *Musqueam*, *supra* note 1.

Britannique) où les juges de différents tribunaux ont eu à jongler à peu près au même moment et à leur propre manière, avec cette créature qu'était le recours nouvellement créé dans l'arrêt *Nation haïda*³⁷⁶. Il convient aussi de mentionner que même si les juges ont en principe à évaluer, dans le cadre d'un « recours haïda », la solidité d'une revendication de droits ancestraux ou de titre ancestral sur une base *prima facie*, les juges dans ces deux arrêts n'ont fait aucune analyse des droits ancestraux qui étaient alors revendiqués, l'issue des pourvois ayant été réglée par d'autres considérations³⁷⁷. Dans les deux arrêts, la méthodologie judiciaire à l'œuvre de même que certains commentaires sont toutefois fort révélateurs quant à l'approche de chaque tribunal vis-à-vis du droit des Autochtones et de son évolution.

Enfin, on pourrait avancer que nous nous situons présentement dans un troisième moment de construction du droit relatif aux intérêts territoriaux des peuples autochtones. Au Canada, des décisions plus récentes (années 2010) ont permis – et continueront de permettre dans les années à venir – de raffiner les règles juridiques relatives aux modalités d'interaction des droits ancestraux et du titre ancestral avec le reste de la société, notamment par la reconnaissance pour la première fois d'un titre ancestral en Colombie-Britannique dans l'arrêt *Tsilhqot'in* et par différents recours de droit privé intentés par des communautés autochtones contre des parties privées sur fond de revendication de droits ancestraux et de titre ancestral. Il était ainsi

³⁷⁶ Nous avons d'autre part laissé toutes les autres décisions en matière de consultation en dehors de notre champ d'investigation puisque, même si ces dernières peuvent recouper la question des droits ancestraux, le régime juridique relatif à la consultation est lui aussi *sui generis* et constitué de règles juridiques différentes allant au-delà de l'objet du présent texte. Ces autres décisions judiciaires pourraient toutefois présenter d'autres cas d'application intéressants pour la méthodologie présentée dans la présente thèse.

³⁷⁷ Dans *Kruger*, *supra* note 374, ce sont les critères de l'ordonnance de sauvegarde autres que « l'apparence de droit » des demandeurs autochtones qui ont réglé le sort du pourvoi. Dans *Musqueam*, *supra* note 1, le pourvoi a plutôt tourné sur la question de la consultation et du véhicule procédural approprié pour rendre cette dernière effective et ainsi protéger les droits ancestraux.

incontournable pour nous d'examiner en détail l'arrêt *William*³⁷⁸ de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (soit le dossier d'appel de la nation Tsilhqot'in qui procéda subséquemment à la Cour suprême du Canada). Nous avons également inclus dans notre corpus de décisions judiciaires les deux arrêts rendus par des tribunaux d'appel dans des dossiers de réclamations contre des parties privées sur fond d'intérêts autochtones dans le territoire et où les juges d'appel ont traité, même si c'était dans un contexte préliminaire relativement au pourvoi principal, des règles relatives aux droits ancestraux et au titre ancestral : il s'agit des dossiers *IOC*³⁷⁹ et *Saik'uz*³⁸⁰.

Enfin, il nous paraît intéressant de noter que les décisions de la Cour interaméricaine relatives aux droits territoriaux des peuples autochtones et tribaux s'inscrivent également dans les trois « moments de construction du droit » identifiés ci-haut, bien que selon une chronologie quelque peu différente. En effet, la Cour interaméricaine a, dans un premier moment, jeté les bases du régime juridique reconnaissant le régime de propriété commune et les droits territoriaux des peuples autochtones à travers son interprétation de l'article 21 de la *Convention américaine* dans l'affaire *Awas Tingni*³⁸¹. Toutes les décisions subséquentes de la Cour interaméricaine en matière de droits territoriaux ont bâti sur les fondements établis dans cette décision.

³⁷⁸ *William v British Columbia*, 2012 BCCA 285 (CanLII) [*William*].

³⁷⁹ *Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador c Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam)*, 2017 QCCA 1791 (CanLII) [*IOC*].

³⁸⁰ *Saik'uz First Nation and Stelat'en First Nation v Rio Tinto Alcan Inc.*, 2015 BCCA 154 (CanLII) [*Saik'uz*].

³⁸¹ *Awas Tingni*, *supra* note 24.

Dans un deuxième moment, la Cour interaméricaine s'est penchée dans l'arrêt *Saramaka*³⁸² – à l'instar des tribunaux canadiens dans *Nation haïda* – sur l'obligation pouvant incomber à un État de consulter les peuples autochtones dans certaines circonstances³⁸³, voire même d'obtenir leur consentement libre, préalable et éclairé lorsqu'un « projet de développement d'envergure » est susceptible d'avoir un « impact majeur » sur leur territoire traditionnel³⁸⁴. La Cour interaméricaine a ensuite poursuivi son élaboration du régime juridique relatif à la consultation des peuples autochtones dans l'arrêt *Sarayaku*³⁸⁵. La consultation des peuples autochtones est d'ailleurs peut-être un enjeu qui est dans « l'air du temps », celle-ci étant d'ailleurs expressément prévue à l'article 32 de la *Déclaration des Nations Unies*³⁸⁶.

Enfin, les décisions de la Cour interaméricaine suivant l'affaire *Awes Tingni* ont également permis à la Cour d'élaborer sur les modalités d'interaction entre les droits

³⁸² *Affaire Saramaka People (Suriname)* (2007), Inter-Am Ct HR (sér C) n° 172, en ligne: Cour interaméricaine des droits de l'homme <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/decisiones-and-judgments>> [*Saramaka*].

³⁸³ Voir *Saramaka, ibid*, aux paras 129 et 133-134. La Cour interaméricaine précise que la participation des peuples autochtones doit être assurée notamment à travers une consultation active et de manière conforme aux coutumes et traditions des peuples autochtones en question dès qu'un projet ou une activité envisagée est susceptible de menacer l'intégrité de leurs territoires traditionnels et des ressources naturelles qui s'y trouvent.

³⁸⁴ Voir *Saramaka, ibid*, aux paras 134-135.

³⁸⁵ *Affaire Kichwa Indigenous People of Sarayaku (Ecuador)* (2012), Inter-Am Ct HR (sér C) no° 245, en ligne : Cour interaméricaine des droits de l'homme <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/decisiones-and-judgments>> [*Sarayaku*].

³⁸⁶ Ce que la Cour interaméricaine n'a pas manqué de souligner au paragraphe 131 de l'arrêt *Saramaka, supra* note 382. Le paragraphe 2 de l'article 32 de la *Déclaration des Nations Unies* se lit comme suit : « Les États consultent les peuples autochtones concernés et coopèrent avec eux de bonne foi par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives, en vue d'obtenir leur consentement, donné librement et en connaissance de cause, avant l'approbation de tout projet ayant des incidences sur leurs terres ou territoires et autres ressources, notamment en ce qui concerne la mise en valeur, l'utilisation ou l'exploitation des ressources minérales, hydriques ou autres. »

territoriaux collectifs des peuples autochtones ou tribaux et les droits individuels de propriété privée, également protégés par l'article 21 de la *Convention américaine*³⁸⁷, ou encore, d'interpréter le droit à la compensation prévu au paragraphe 2 de ce même article (21) comme impliquant un droit pour les communautés autochtones au partage des bénéfices résultant des projets ayant entraîné une restriction ou une privation des droits d'usage et de jouissance de la terre ou des ressources naturelles nécessaires à la survie de la communauté³⁸⁸.

Les décisions judiciaires de la Cour interaméricaine en matière de droits territoriaux que nous avons analysées (soit seulement les jugements sur les « mérites, réparations et dépens » dans les affaires *Awas Tingni*, *Yakye Axa*, *Sawhoyamaya*, *Saramaka*, *Xákmok Kásek* et *Sarayaku*) suivent donc un chemin à bien des égards parallèle à l'évolution de la jurisprudence canadienne en matière de droits ancestraux et de titre ancestral.

3.2 Un portrait des tribunaux sous étude à la lumière des décisions judiciaires analysées

Qu'est-ce que notre analyse des décisions judiciaires à travers la lentille des traditions juridiques (et des éléments et caractéristiques décrits au chapitre 2) a pu révéler sur chacun des tribunaux sous étude? Dans les paragraphes qui suivent, nous dressons un

³⁸⁷ Voir notamment *Affaire Yakye Axa (Paraguay)* (2005), Inter-Am Ct HR (sér C) n° 125, en ligne: Cour interaméricaine des droits de l'homme < <http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/decisions-and-judgments> > [*Yakye Axa*] aux paras 143 et s; voir aussi *Affaire Sawhoyamaya Indigenous Community (Paraguay)* (2006), Inter-Am Ct HR (sér C) n° 146, en ligne : Cour interaméricaine des droits de l'homme <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/decisions-and-judgments>> [*Sawhoyamaya*] aux paras 128-130; et *Affaire Xákmok Kásek (Paraguay)* (2010), Inter-Am Ct HR (sér C) n° 172, en ligne: Cour interaméricaine des droits de l'homme < <http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/decisions-and-judgments> > [*Xákmok Kásek*] aux paras 109-111.

³⁸⁸ Voir *Saramaka*, *supra* note 382, aux paras 138-139.

portrait de chaque tribunal illustrant les tendances – ou l’absence de ces dernières – dans les jugements analysés en nous référant à des exemples qui nous apparaissent comme étant particulièrement illustrateurs.

3.2.1 La Cour d’appel du Québec

Comment les juges de la Cour d’appel du Québec conçoivent-ils et construisent-ils les droits ancestraux et le titre ancestral dans leurs jugements? Attardons-nous aux différents éléments de notre grille d’analyse.

Tout d’abord, quant aux sources de droit mobilisées par les juges, les plus significatives et celles qui reviennent le plus souvent sont certainement les dispositions constitutionnelles³⁸⁹ et les jugements de la Cour suprême du Canada. L’expression « *de facto use of precedent* »³⁹⁰ prend ainsi, dans le contexte du droit des Autochtones, un sens double puisque les jugements sont – *de facto* – les sources à la fois des règles juridiques applicables aux droits ancestraux protégés par l’article 35 de même que les cas d’espèce où ces règles ont été appliquées.

Notons que la législation et la réglementation fédérale ou provinciale n’était généralement citée que dans la mesure où des droits ancestraux entraient en conflit

³⁸⁹ L’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* figure ici en tête de liste, mais on peut aussi penser à d’autres documents de nature constitutionnelle qui ont fait l’objet d’une interprétation judiciaire significative dans le contexte de l’analyse des droits ancestraux comme la *Proclamation Royale de 1763* et l’*Acte de Québec de 1774*; voir notamment dans *Côté* (CAQ), *supra* note 357 et *Adams* (CAQ), *supra* note 356.

³⁹⁰ Voir *supra* à la section 2.4.3 et plus spécifiquement à la note 297.

avec un régime règlementaire³⁹¹ ou encore dans la mesure où la sanction judiciaire des droits ancestraux devait nécessairement s'articuler dans le cadre procédural québécois qui est à la fois codifié et complété par le droit judiciaire³⁹².

Une exception à cette tendance générale doit toutefois être mentionnée, soit l'arrêt *IOC* où les réclamations des Innus contre deux compagnies privées pour atteinte à leurs droits ancestraux et à leur titre ancestral revendiqué ont mobilisé le régime québécois de responsabilité civile, celui relatif aux troubles de voisinage et, dans le contexte des demandes de radiation d'allégations déposées par les compagnies défenderesses et l'intervenante Terre-Neuve-et-Labrador, les règles québécoises relatives au droit international privé³⁹³. Dans cette affaire, les juges ont donc été appelés à qualifier les droits ancestraux au regard des catégories du droit québécois, un exercice jusqu'alors inédit³⁹⁴.

En termes de sources, les lois et les arrêts de la Cour suprême du Canada étaient donc traitées par les juges comme des sources de règles juridiques contraignantes entrant parfois en conflit ou devant s'imbriquer – non sans difficulté – les unes avec les

³⁹¹ Créant, par exemple, des infractions pénales en matière de chasse et de pêche; voir notamment *Young*, *supra* note 361, *Pariseau*, *supra* note 363 et *Goulet*, *supra* note 362.

³⁹² À titre d'exemple, citons *Kruger*, *supra* note 374, où le sort du pourvoi – qui concernait la protection des droits ancestraux et du titre ancestral revendiqués par les Innus via une procédure injonctive – s'est joué sur le critère de l'extrême urgence établi par le droit judiciaire québécois.

³⁹³ La source primaire de toutes ces règles étant le *Code civil du Québec* qui « en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions » établit le droit commun et « constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger » (disposition préliminaire, *CcQ*).

³⁹⁴ La décision de la Cour d'appel a d'ailleurs été portée en appel à la Cour suprême du Canada qui devrait rendre son jugement sur cette affaire à l'automne 2019.

autres. Qu'en était-il des autres décisions judiciaires, soit celles des tribunaux québécois et ceux d'autres provinces, voire d'ailleurs?

Dans les jugements analysés, la Cour d'appel du Québec étendait parfois sa révision du « droit applicable » à la jurisprudence dans un sens beaucoup plus large³⁹⁵. La Cour d'appel du Québec se référait également à l'occasion à des jugements antérieurs ayant déjà considéré des faits ou tranché des questions présentant des similitudes avec le dossier porté en appel, mais même alors, il nous appert que les juges mettaient plutôt l'accent sur le caractère rationnel, logique ou raisonnable de la solution retenue; ils accordaient ainsi plutôt un caractère « persuasif » à ces autres décisions plutôt qu'une quelconque force d'autorité³⁹⁶.

Mentionnons également une particularité intéressante remarquée dans les jugements de la Cour d'appel du Québec en matière de droits ancestraux, soit la référence assez fréquente à des sources doctrinales. Il nous appert que les juges ont ainsi mobilisé la doctrine dans deux contextes : (i) afin d'exposer les règles juridiques applicables et (ii) comme source d'interprétation du droit pour en poursuivre la construction. Dans le premier cas, il semble que les juges québécois se satisfassent de l'exposé du droit et de son évolution qui est fait par des auteurs reconnus dans le domaine du droit des

³⁹⁵ Voir notamment la révision des sources relatives au « titre indien » faite par le juge Baudouin dans *Côté* (CAQ), *supra* note 357, aux pp 36 à 43 de ses motifs qui couvre à la fois la jurisprudence canadienne, australienne, anglaise et américaine.

³⁹⁶ Pour une illustration, voir l'arrêt *Pariseau*, *supra* note 363, aux paras 48-53 où la juge Rousseau-Houle fait référence à deux décisions d'autres cours d'appel canadiennes tout en prenant soin de rapporter pourquoi ces tribunaux avaient conclu que « la chasse la nuit avec un projecteur est indubitablement dangereuse et hasardeuse » (au para 51) et que la disposition législative prohibant cette pratique (à laquelle des chasseurs autochtones s'étaient prêtés) avait un caractère logique et raisonnable (au para 53).

Autochtones³⁹⁷. Dans le second cas, les juges puisaient plutôt dans la doctrine pour en tirer inspiration et justification quant à la solution juridique à retenir dans un contexte particulier³⁹⁸.

La doctrine présente donc, à notre sens, une grande potentialité pour comprendre comme pour construire le droit et son usage répandu par les juges du Québec permet de formuler l'hypothèse qu'il pourrait s'agir là d'une influence de la tradition civiliste³⁹⁹.

Enfin, concernant la langue des sources mobilisées par les juges de la Cour d'appel du Québec, il appert que ces derniers citaient sans problème des sources en anglais comme en français⁴⁰⁰. Nous avancerions également l'hypothèse que le bilinguisme de

³⁹⁷ Voir par exemple *Kruger*, *supra* note 374, au para 51; voir aussi *Pariseau*, *ibid*, au para 64; et *IOC*, *supra* note 379, aux paras 70 et 74.

³⁹⁸ Nous pensons par exemple au sens à donner aux garanties de protection territoriale pour les Autochtones prévues dans la *Proclamation Royale de 1763* dont le juge Baudouin discute aux pp 31-34 de ses motifs dans *Côté* (CAQ), *supra* note 357, de même que le juge Beauregard à la p 13 de ses motifs dans *Adams* (CAQ), *supra* note 356; ou encore, à la possibilité de concevoir un droit ancestral comme un droit distinct ne découlant pas d'un titre ou droit plus général d'occupation; voir *Adams* (CAQ). Fait intéressant, malgré qu'ils réfèrent tous au même article fondateur (Brian Slattery, « Understanding Aboriginal Rights » (1987) 66 R du B can 727), les juges Beauregard et Proulx arrivent à une conclusion diamétralement opposée sur cette question de celle du juge Rothman (et qui sera ensuite validée par la Cour suprême du Canada), soit que « *the right to fish may, in itself, constitute an aboriginal right protected under Sec. 35 of the Constitution quite independently of any title which an aboriginal people may have in the adjacent lands and, of course, quite independently of any right of sovereignty in the territory in which the lands are situated* » (aux pp 4-5 de ses motifs); à comparer avec les juges Beauregard à la p 23 et Proulx à la p 10 de leurs motifs respectifs).

³⁹⁹ On peut toutefois se demander si les juges québécois réfèrent souvent à la doctrine pour mieux comprendre un domaine du droit qui semble étranger au droit québécois ou bien s'ils réfèrent souvent à la doctrine en raison de la hiérarchie des sources de la tradition civiliste; en d'autres termes, si le rapport des juges québécois à la tradition civiliste est une cause ou un résultat de l'usage plus répandu de la doctrine.

⁴⁰⁰ Voir par exemple les arrêts *Adams* (CAQ), *supra* note 356, *Côté* (CAQ), *supra* note 357, *Pariseau*, *supra* note 363 et *Kruger*, *supra* note 374.

la Cour suprême du Canada et le fait que tous ses jugements soient publiés dans les deux langues officielles du Canada contribue pour beaucoup à l'expression des règles juridiques relatives aux droits ancestraux et au titre ancestral en français dans les jugements québécois.

Qu'en est-il alors du raisonnement judiciaire qu'on retrouve dans les jugements de la Cour d'appel du Québec? Il appert de notre analyse que l'affirmation du juge Baudouin comme quoi la rationalité du juge civiliste serait (majoritairement) déductive et conceptualiste⁴⁰¹ s'appliquerait bien aux juges québécois, même lorsqu'ils ont à trancher des questions relatives aux droits ancestraux ou au titre ancestral.

À ce titre, les motifs du juge Baudouin lui-même dans l'arrêt *Côté* (CAQ) constituent un bel exemple d'organisation rationnelle et déductive : le juge Baudouin examine les sources potentielles du droit revendiqué par les appelants autochtones – la *Proclamation royale de 1763*, le « titre indien » et le Traité de Swegatchy – puis, ayant conclu à l'existence d'un droit issu de traité, considère ensuite l'étendue du droit en question sur le plan de son étendue géographique puis de son contenu substantif. Bien que l'examen des sources de droit par le juge Baudouin relève également de l'induction lorsque ce dernier cherche à « faire ressortir » les règles applicables, la solution juridique retenue est toujours le produit d'un processus rationnel de déduction où les considérations pratiques ou pragmatiques n'ont pas vraiment de place⁴⁰².

⁴⁰¹ Baudouin (2016) « L'art de juger », *supra* note 52, aux pp 331-332.

⁴⁰² À titre d'illustration d'une pensée conceptualiste évacuant largement les considérations pratiques, pensons à la théorie présentée par le juge Baudouin aux paras 36 à 42 de ses motifs dans *Côté* (CAQ), *supra* note 357, selon laquelle il est possible qu'un « titre indien général » n'aurait pu survivre

Pensons aussi à l'approche très positiviste des juges Beauregard et surtout Proulx, dans *Adams*, où ces derniers s'attardent à une analyse détaillée de la jurisprudence pour dégager une solution qui leur apparaît cohérente et s'imposer d'elle-même. Le juge Rothman, de son côté, arrive à une conclusion diamétralement opposée en adoptant plutôt une interprétation généreuse et libérale des principes énoncés dans l'arrêt *Sparrow*⁴⁰³.

Ceci dit, soulignons bien que le raisonnement inductif n'est pas complètement absent⁴⁰⁴, mais que les juges de la Cour d'appel du Québec appelés à trancher des questions de droits ancestraux semblent privilégier un raisonnement déductif et une organisation systématique et rationnelle du droit à un raisonnement plus comparatif ou pragmatique⁴⁰⁵.

Ensuite, en ce qui a trait à la référence à des principes généraux ou « valeurs constitutantes » du droit, notons que les juges de la Cour d'appel du Québec se

juridiquement « en raison du caractère spécifique de la conquête et de la colonisation française antérieure à la cession de la Nouvelle France aux britanniques » alors que « tous les titres et droits étaient détenus par la Couronne française dès la prise de possession du territoire, celle-ci ne fut-elle que symbolique ».

⁴⁰³ Voir *Adams* (CAQ), *supra* note 356, aux pp 4, 10 et 13 des motifs du juge Rothman.

⁴⁰⁴ Par exemple, dans *Pariseau*, *supra* note 363, la juge Rousseau-Houle infère des arrêts *Nikal*, *R c Badger*, [1996] 1 RCS 771 et *R c Marshall*, [1999] 3 RCS 533 de la Cour suprême du Canada une règle voulant « qu'un simple inconvénient à l'exercice du droit ancestral ne suffit pas pour conclure à une atteinte. Il faut la démonstration d'une diminution appréciable de ce droit » (au para 39).

⁴⁰⁵ Le raisonnement exposé dans les décisions analysées de la Cour d'appel du Québec était souvent, voire presque toujours, syllogistique et déductif. Ainsi, dans la récente affaire *IOC*, *supra* note 379, la Cour expose les faits, puis énonce les définitions des concepts juridiques pertinents (action réelle, action personnelle, action mixte) pour ensuite conclure qu'« il n'est pas possible au plan conceptuel de classer les droits autochtones revendiqués pour les fins du présent dossier comme étant des droits réels » (au para 85).

gardent bien de faire référence directement à des notions civilistes comme la bonne foi et l'abus de droit lorsqu'ils traitent des droits ancestraux ou du titre ancestral⁴⁰⁶.

Les principes généraux trouvent toutefois une certaine expression explicite dans le contexte procédural québécois dans lequel les dossiers de droits ancestraux au Québec doivent nécessairement évoluer. Ainsi, dans *IOC*, la décision de la Cour de ne pas radier une partie importante des allégations avancées par les demandeurs autochtones à un stade préliminaire est expressément influencée par les « préoccupations relatives à l'accès à la justice et à la proportionnalité », ce qui constitue un exemple d'intégration à une décision judiciaire portant sur les droits ancestraux des principes qui sont conçus comme formant l'ossature du droit procédural québécois⁴⁰⁷.

De plus, il semble que le droit des Autochtones soit perçu par les juges comme étant régi par ses propres « principes ou valeurs constitutives »; ainsi, les juges font

⁴⁰⁶ Toutefois, soulignons qu'il est possible d'interpréter certains commentaires comme reflétant implicitement ces notions, comme si elles se retrouvaient en filigrane des commentaires des juges : voir par exemple, la conclusion de la juge Rousseau-Houle dans *Goulet*, *supra* note 362, au para 39 selon laquelle le concept du « caractère raisonnable » fait partie intégrante du critère de justification d'une atteinte à un droit ancestral et donc que « [l]e simple fait qu'il pourrait y avoir d'autres solutions susceptibles d'être jugées moins attentatoires ne devrait pas être en soi une raison de conclure automatiquement que l'atteinte ne peut être justifiée ». Cette conclusion nous semble résonner non seulement avec le principe de « l'atteinte minimale » fondé sur l'article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais aussi avec le principe civiliste de la bonne foi transposé dans un contexte de droit public). Pensons aussi à l'arrêt *Commanda*, *supra* note 366, où la Cour conclut que la demande des intimés autochtones que le ministère public leur fournisse les éléments de preuve reliés non seulement aux infractions leur étant reprochées, mais également à la défense d'exercice de droits ancestraux qu'ils entendaient soulever « dénature (...) la notion même de divulgation de la preuve » (au para 103), ce qui n'est pas sans rappeler le concept civiliste d'abus de droit.

⁴⁰⁷ Voir *IOC*, *supra* note 379, aux paras 109-113, 117 et 119. Quant aux principes d'accès à la justice et de proportionnalité, le législateur les mentionne expressément dans la disposition préliminaire du récent *Code de procédure civile*.

souvent référence à des principes généraux du droit comme l'interprétation téléologique et libérale des textes touchant aux Autochtones⁴⁰⁸.

Il semble aussi que le souci que la solution juridique retenue par le tribunal s'intègre dans l'ensemble du droit et fasse preuve d'une cohérence synthétique générale soit bien présente chez les juges de la Cour d'appel du Québec et ce de façon constante à travers les trois « moments de construction du droit » que nous avons identifiés⁴⁰⁹.

Ceci ne veut bien entendu pas dire que les juges ne s'efforcent pas de trouver des solutions qui soient aussi pratiques au regard des faits de l'affaire⁴¹⁰, mais semble

⁴⁰⁸ Voir à ce titre les motifs du juge Baudouin dans *Côté* (CAQ), *supra* note 357, où ce dernier réfère aux « critères posés par la Cour suprême relativement à l'interprétation libérale des textes touchant les autochtones » dans le contexte de l'interprétation de la *Proclamation Royale de 1763* (aux pp 25-26 et 32 de ses motifs) et qui est également présent dans ses remarques préliminaires et son analyse du *Traité de Swegatchy* (voir généralement aux pp 42 et s et particulièrement les pp 58-59 de ses motifs). Voir également l'arrêt *Adams* (CAQ), *supra* note 356, où, bien que les juges Beaugregard (p 16 de ses motifs) et Proulx (p 8 de ses motifs) mentionnent le principe de « l'interprétation libérale », c'est surtout dans les motifs du juge Rothman (pp 4 et 13) qu'on voit ce principe à l'œuvre dans la construction du droit, soit comme constituant le fondement même de son interprétation des droits ancestraux protégés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* (et suivant l'appel en ce sens que le juge Rothman lit dans l'arrêt *Sparrow*).

⁴⁰⁹ Les exemples sont ici nombreux. Voir notamment les propos du juge Baudouin dans *Côté* (CAQ), *ibid*, sur l'incompatibilité, au niveau conceptuel, de la survie d'un « titre indien » avec « un régime de droit public où tous les titres et droits étaient détenus par la Couronne française dès la prise de possession du territoire » (à la p 39). Voir aussi l'arrêt *Commanda*, *supra* note 366, sur l'idée qu'il ne serait pas acceptable d'avoir deux régimes (dans ce cas, de divulgation de la preuve), l'un pour les Autochtones et un pour les autres, idée qui semble motiver l'interprétation de la Cour selon laquelle la requête des Algonquins dénature la notion de divulgation de la preuve (voir aux paras 99-108). Soulignons aussi l'arrêt *Kruger*, *supra* note 374, où la Cour cherche à comprendre et intégrer le nouveau régime de consultation et d'accommodement établi par la Cour suprême du Canada avec *Nation haida* dans le cadre procédural québécois (voir particulièrement aux paras 50-51). Enfin, on peut en dire de même des commentaires du juge Ruel dans *IOC*, *supra* note 379, lorsque ce dernier tente de situer le recours des demandeurs innus dans le système de responsabilité civile québécois (au para 90).

⁴¹⁰ Voir par exemple la conclusion de la juge Rousseau-Houle dans *Goulet*, *supra* note 362, comme quoi le concept du « caractère raisonnable » doit faire partie intégrante de toute l'analyse du critère de justification établi dans *Sparrow* : cette conclusion démontre à la fois un souci que la solution soit pratique (volonté de respecter les choix du législateur s'ils sont défendables pour atteindre un objectif

plutôt confirmer les propos du juge Baudouin selon lesquels les juges civilistes du Québec accorderont, devant différentes solutions possibles, une importance certaine à la cohérence. On peut s'interroger sur les effets d'un tel schème de pensée sur la reconnaissance de droits qui sont, compte tenu de la nature *sui generis* des droits ancestraux et du titre ancestral, nécessairement en dissonance avec les catégories civilistes.

Il est d'ailleurs notoire que les juges du Québec font effectivement référence, dans les jugements traitant des droits territoriaux, à des notions fondamentales comme les différents concepts de la propriété civiliste, bien qu'ils fassent preuve d'une certaine ambivalence à cet égard. Ainsi, si certains juges de la Cour d'appel du Québec ont décrit les droits ancestraux comme des démembrements du titre indien⁴¹¹ et si un autre a tenté de réconcilier, en quelque sorte, les droits ancestraux avec la tradition civiliste en avançant que « *even under traditional civil law principles, in Quebec, proprietary rights in the land and fishing rights have been held to be separate and distinct real rights* »⁴¹², un autre reconnaissait à la même époque les limites des conceptions britanniques et françaises de la propriété pour décrire les droits

impérieux et réel comme la conservation, sans besoin que la solution retenue soit, dans l'absolu, la moins attentatoire aux droits ancestraux) et une volonté d'harmoniser la solution juridique retenue avec le droit existant, notamment le régime de justification découlant de l'article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, évitant ainsi la multiplication de règles différentes.

⁴¹¹ Voir le juge Beauger dans *Adams* (CAQ), *supra* note 356, à la p 22 de ses motifs. Pour le juge Beauger, un droit de pêche distinct d'un droit plus général d'occupation (titre indien) ne pouvait exister en l'absence d'un traité.

⁴¹² Le juge Rothman dans *Adams* (CAQ), *ibid*, aux pp 5-6, s'appuyant sur la décision *Matamajaw Salmon Club v Duchaine* [1921] AC 426). Cette tentative du juge Rothman de réconcilier, sur le plan conceptuel, des droits ancestraux (de pêche) avec la tradition civiliste était certainement animée des meilleures intentions; voir toutefois Sylvio Normand, « Une relecture de l'arrêt *Matamajaw Salmon Club* » (1988) 29 C de D 807 pour une critique assez acerbe de la décision *Matamajaw Salmon Club* au regard des catégories juridiques civilistes. Voir aussi la discussion dans Anker (2014) « Translating *Sui Generis* Aboriginal Rights », *supra* note 10, aux pp 20-22.

traditionnels de peuples autochtones nomade ou semi-nomade d'exercer certaines activités sur de très vastes territoires dont ils ne considéraient pas nécessairement avoir la « propriété »⁴¹³.

Il semble toutefois que la perspective des juges du Québec sur l'opportunité d'employer les catégories et notions fondamentales du droit civil pour décrire ou analyser les droits ancestraux ait aujourd'hui évolué. Les propos du juge Ruel dans le plus récent arrêt *IOC* illustrent bien cette évolution : ce dernier affirme ainsi expressément « qu'il n'est pas possible de décrire les droits autochtones selon des notions traditionnelles du droit des biens »⁴¹⁴ et que tant le « titre aborigène » que les droits ancestraux ont des liens avec les deux catégories civilistes des droits réels et des droits personnels tout en étant cependant « différents, uniques et non classifiables », ce pourquoi ils sont et doivent être qualifiés de droits *sui generis*⁴¹⁵.

Qu'en est-il alors des valeurs de morale politique auxquelles se réfèrent, implicitement ou explicitement, les juges de la Cour d'appel du Québec? Le « positivisme juridique strict » des juges québécois qu'avaient observé Lajoie, Melançon, Rocher et Janda était-il avéré dans les jugements que nous avons analysés? À première vue, on pourrait dire que oui puisque les juges se gardent généralement

⁴¹³ Le juge Baudouin dans *Côté* (CAQ), *supra* note 357, à la p 57 de ses motifs. Ces commentaires du juge Baudouin étaient toutefois faits à l'égard de l'interprétation des termes du *Traité de Swegatchy* conclu entre les autorités britanniques et les ancêtres des appelants algonquins. Dans son analyse du « titre indien », le juge Baudouin arrivait plutôt à la conclusion qu'il y avait à tout le moins un doute quant à la survie juridique possible d'un tel titre en raison de l'imposition par les colonisateurs français du régime de propriété civiliste – emportant « transfert en pleine propriété de l'ensemble des droits fonciers et territoriaux »; voir aux pp 37 et s des motifs du juge Baudouin.

⁴¹⁴ *IOC*, *supra* note 379, au para 13.

⁴¹⁵ *IOC*, *ibid*, aux paras 67-69. Voir aussi aux paras 74-75.

bien de référer explicitement à ce qui pourrait être considéré comme relevant de la politique plutôt que du droit⁴¹⁶.

Pourtant, les valeurs de morale politique peuvent très bien avoir une incidence sur la solution juridique retenue même si elles ne sont pas exprimées explicitement. L'arrêt *Commanda* nous semble à ce titre bien illustrer l'idée forte et récurrente chez les juges québécois voulant qu'il ne serait pas acceptable d'avoir deux régimes (dans le contexte de cette affaire particulière, il s'agissait du régime de divulgation de la preuve), l'un pour les Autochtones et un pour les autres⁴¹⁷.

On peut d'ailleurs s'interroger à savoir si cette idée ne serait pas en filigrane des motifs majoritaires dans *Adams* (CAQ) et dans *Côté* (CAQ). Les juges ne font-ils par alors preuve d'une forte hésitation à concevoir que certains citoyens pourraient bénéficier d'un régime de propriété différent de celui qui s'applique au reste de la population?

Dans la même veine, ne peut-on pas discerner un tel égalitarisme formel dans l'idée qu'il ne peut y avoir deux régimes de sécurité, un pour les Autochtones et un pour les

⁴¹⁶ L'exemple le plus frappant à ce titre est sans doute le commentaire du juge Baudouin dans *Côté* (CAQ), *supra* note 357, où ce dernier, tout en reconnaissant que « la doctrine moderne rejette de façon assez nette le principe du droit de la découverte comme mode d'acquisition du territoire », refuse toutefois que la (non) légitimité de cette doctrine puisse avoir une incidence sur le problème juridique qui est devant lui puisque, estime-t-il, la légitimité du maintien de cette attitude aujourd'hui serait une question qui « relève de la politique et non du droit ».

⁴¹⁷ Voir *Commanda*, *supra* note 366, aux paras 105-107. Cette idée nous semble motiver l'interprétation de la Cour selon laquelle la requête des Algonquins dénature la notion de divulgation preuve en attribuant à cette notion une portée qu'elle n'a pas. Le juge Chamberland écrit ainsi au para 107 : « Il s'agit là, selon moi, d'une dérive de l'obligation de divulgation et l'appelante a raison de dire qu'il n'existe aucun droit particulier propre aux autochtones en matière de divulgation de la preuve. Ces derniers n'ont pas, à cet égard, plus de droits que les autres citoyens canadiens. Le processus pénal se déroule de même manière, et selon les mêmes règles, pour tous les citoyens canadiens. » Voir aussi au para 111 sur la même idée dans le contexte de l'obligation fiduciaire de l'État envers les peuples autochtones.

autres, en matière de chasse avec un projecteur la nuit⁴¹⁸; ou encore que les Autochtones, comme tous les citoyens, ont le droit de bénéficier du régime de responsabilité civile pour obtenir compensation d'un préjudice qu'ils allèguent avoir subi (même si ce préjudice concerne des droits qu'eux seuls détiennent parce qu'ils sont des Autochtones)⁴¹⁹?

Les juges québécois semblent d'ailleurs moins réservés sur la question des valeurs lorsque vient le temps pour eux de se prononcer sur ce qui constitue un objectif « impérieux et réel », permettant notamment à une loi ou autre mesure gouvernementale de porter atteinte aux droits ancestraux revendiqués par des populations autochtones. Si nous avons déjà mentionné la « sécurité », qui a été reconnue par la Cour comme un tel objectif valide justifiant l'atteinte à des droits ancestraux dans *Pariseau*, ajoutons l'objectif de conservation des ressources fauniques et de préservation de la biodiversité des lacs et des rivières qui est mentionné explicitement et qui a prévalu sur toute autre considération dans *Goulet*⁴²⁰.

Cela dit, il est digne d'intérêt que tant dans *Goulet* que dans *Young*, la juge Rousseau-Houle prend soin de justifier sa conclusion par un certain équilibre des différentes valeurs, objectifs ou intérêts en cause. Comme elle l'écrit dans *Goulet* en s'exprimant au sujet de la conservation des ressources et de la préservation de la biodiversité :

« Il s'agit d'un objectif impérieux et réel assurant à la fois la reconnaissance des droits ancestraux et la conciliation de l'existence des

⁴¹⁸ Voir *Pariseau*, *supra* note 363.

⁴¹⁹ Voir *IOC*, *supra* note 379.

⁴²⁰ Voir *Goulet*, *supra* note 362, au para 35. Cette affaire concernait des infractions relatives au fait d'avoir pêché avec des poissons-appâts vivants contrairement à la réglementation applicable. La Cour d'appel a maintenu les déclarations de culpabilité des deux appelants algonquins.

sociétés autochtones avec la communauté politique plus large à laquelle ces dernières appartiennent »⁴²¹.

Dans *Young*, la juge Rousseau-Houle s'exprime différemment et révèle que la conciliation elle-même peut également être considérée comme une valeur :

« La conciliation de l'existence de la société autochtone avec le reste de la société est essentielle à la poursuite des objectifs de conservation et d'équité sur les plans économique et régional »⁴²².

Mais quelles perspectives les juges de la Cour d'appel prennent-ils en compte dans la mise en œuvre de cette nécessaire conciliation? Ces juges restent-ils campés dans la perspective de la société canadienne non autochtone ou montrent-ils une ouverture à la perspective des Autochtones eux-mêmes sur leurs droits et l'équilibrage approprié de ces derniers avec d'autres valeurs, objectifs ou intérêts?

C'est là un aspect qui nous apparaît crucial de notre analyse des jugements de la Cour d'appel du Québec en matière de droits ancestraux, puisqu'il appert que les juges québécois ignorent généralement la perspective des Autochtones ou, à tout le moins, qu'ils ne la considéreront que dans des contextes très limités.

Cette tendance (qui contraste avec celles observées chez d'autres tribunaux, ce qui deviendra évident plus loin dans notre discussion des jugements des autres tribunaux

⁴²¹ Goulet, *ibid*, au para 35.

⁴²² *Young*, *supra* note 361, au para 39. Notons que ce passage laisse ouverte la possibilité que l'exercice de conciliation soit fait au détriment comme au bénéfice des droits ancestraux pouvant être revendiqués par une population autochtone. Dans *Young*, la Cour a conclu que l'intimé Edward Young pouvait invoquer ses droits ancestraux de chasse et de pêche à des fins de subsistance en défense aux accusations d'avoir pêché sans autorisation sur le territoire d'une pourvoirie à droits exclusifs puisque la loi provinciale proscrivant cette pratique ne pouvait être justifiée au regard de l'idée de priorité dans l'allocation de la ressource découlant de la protection constitutionnelle des droits ancestraux de chasse et de pêche; voir aux paras 41-46.

considérés dans la présente étude) nous semble caractériser l'essentiel des jugements analysés avec toutefois quelques exceptions et, peut-être, les signes d'une certaine évolution. Ainsi, la perspective des Autochtones n'était pas complètement absente des jugements majoritaires dans *Adams* (CAQ)⁴²³ et *Côté* (CAQ)⁴²⁴, mais elle n'y était pas non plus déterminante, ni même mobilisée dans l'analyse des droits ancestraux revendiqués par les appelants autochtones.

L'exception évidente à cette tendance générale à ne pas considérer la perspective des Autochtones dans l'analyse des droits ancestraux se trouve dans les motifs du juge Rothman dans *Adams* (CAQ) qui, après avoir rapporté les propos du juge en chef Dickson et du juge La Forest de la Cour suprême du Canada dans *Sparrow* selon qui il est « *crucial to be sensitive to the aboriginal perspective itself on the meaning of the rights at stake* »⁴²⁵, prend ces derniers au mot et fonde son interprétation des droits ancestraux spécifiquement sur la perspective qu'ont, selon lui, les Autochtones relativement à ces droits :

⁴²³ Voir à la p 8 des motifs du juge Proulx. Ce dernier ne faisait toutefois que citer un passage de l'arrêt *Sparrow* énonçant : « S'il est impossible de donner une définition simple des droits de pêche, il est possible et même crucial de se montrer ouvert au point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la nature des droits en cause. » Le juge Proulx n'accordait pas pour autant un poids à la perspective autochtone dans son analyse des droits ancestraux, ni, d'ailleurs, le juge Beauregard.

⁴²⁴ Même si le juge Baudouin exprime, à la p 57 de ses motifs, des doutes quant à la capacité des conceptions britannique et française de la propriété privée de capturer ou d'adéquatement décrire les conceptions autochtones de l'occupation territoriale, cette section de ses motifs concerne ce que le juge Baudouin considère être des droits issus de traité – traité dont il cherche à interpréter les termes selon l'intention probable des parties à la conclusion de ce dernier. La perspective des Autochtones est par ailleurs absente de son analyse du « titre indien ».

⁴²⁵ Voir aux pp 5 et 10 de ses motifs. Notons qu'il s'agit du même passage cité (en français) par le juge Proulx dans le même jugement, mais que seul le juge Rothman incorpore les recommandations de la Cour suprême du Canada à l'égard de la considération du point de vue des Autochtones dans son analyse des droits ancestraux.

*« To be sensitive to the aboriginal perspective on the meaning of the fishing rights at stake here, we must, I think, take a broad view of the history of the Iroquois, and the Mohawks in particular, their culture, their way of life, and the nature and duration of their relationship with the upper St. Lawrence river. Given the cultural and historical dimensions of the problem, an examination of aboriginal fishing rights must involve far more than a mere title search. We are not concerned here with a right of way but rather with a way of life. »*⁴²⁶

Il est intéressant de noter que le juge Rothman est le seul juge de la Cour d'appel qui, dans les deux pourvois *Adams* (CAQ) et *Côté* (CAQ), aurait reconnu l'existence de droits ancestraux⁴²⁷.

Si la perspective des Autochtones fait parfois timidement surface dans d'autres jugements – notamment lorsque l'analyse judiciaire révèle que la justification d'une mesure gouvernementale portant atteinte aux droits ancestraux commandait que la population autochtone affectée soit consultée⁴²⁸ – la plus récente affaire *IOC* pourrait représenter un signe, timide, d'ouverture plus significative à la prise en compte par les juges québécois de la perspective autochtone elle-même dans la construction du droit.

En effet, la demande de radiation d'allégations que la Cour d'appel avait à trancher dans le dossier *IOC* soulevait, selon les termes du juge Ruel, « des enjeux fondamentaux d'accès à la justice et de proportionnalité dans le contexte d'un recours

⁴²⁶ À la p 10 des motifs du juge Rothman. Voir également ses remarques aux pp 11-12.

⁴²⁷ Soulignons aussi que la Cour suprême du Canada s'est ensuite, en appel de la décision *Adams* (CAQ), rangée du côté du juge Rothman.

⁴²⁸ Voir *Young*, *supra* note 361, aux paras 38 et 45. Mais même dans ce contexte, la juge Rousseau-Houle écrit qu'une consultation aurait permis aux Autochtones de d'assurer « une plus grande protection de leur droit prioritaire d'accès à la ressource »; cette analyse se cantonne donc toujours à la seule perspective et aux seules catégories du droit canadien.

touchant aux droits autochtones dans une perspective interprovinciale » puisque le territoire sur lequel les demandeurs innus prétendent avoir des droits chevauche les provinces du Québec et de Terre-Neuve-et-Labrador et aurait été historiquement fréquenté par ces derniers « sans égard aux frontières »⁴²⁹.

Reprenant les propos du juge Davis en première instance, le juge Ruel rapporte qu'il serait « douteux que le récit de la preuve et des coutumes traditionnelles par les aînés distinguera entre ce qui se passe à Terre-Neuve-et-Labrador et au Québec » et conclut ensuite « qu'il ne serait pas dans l'intérêt de la justice d'amputer prématurément le recours des Innus » et que ces derniers « doivent pouvoir exposer leurs prétentions de manière complète et non pas morcelée »⁴³⁰. C'est donc dire que la Cour s'ouvre à considérer le recours en question selon une perspective qui ne différenciait pas entre le territoire québécois et celui de Terre-Neuve-et-Labrador puisqu'il s'agissait, selon cette perspective, d'un seul et même territoire ancestral, le « Nitassinan ». Si c'est là un des résultats de la décision de la Cour de ne pas radier les allégations concernant Terre-Neuve-et-Labrador de la demande des Innus, notons que le juge Ruel n'y a ouvert la porte qu'indirectement en référant à « l'intérêt de la justice » plutôt qu'à la reconnaissance d'un pouvoir normatif quelconque à la perspective des Autochtones⁴³¹.

Enfin, que pouvons-nous retenir de notre analyse du traitement, par les juges de la Cour d'appel du Québec, des éléments d'un dossier de droits ancestraux ou de titre ancestral relevant de disciplines exogènes au droit? C'est surtout l'histoire qui se

⁴²⁹ *IOC*, *supra* note 379, aux paras 109-110.

⁴³⁰ *IOC*, *ibid*, aux paras 116-118.

⁴³¹ Soulignons que l'arrêt *IOC*, *ibid*, a été porté en appel à la Cour suprême du Canada. La Cour suprême ayant autorisé l'appel et entendu ce dernier, sa décision n'avait toutefois pas encore été rendue et publiée au moment du dépôt de la présente thèse.

démarque comme étant l'un des domaines de prédilection dans lesquels les juges se montrent prêts à s'aventurer. Ainsi, l'appréciation de l'histoire est déterminante pour le juge Beauregard dans *Adams* (CAQ)⁴³². L'histoire occupe aussi un rôle de premier plan dans les motifs du juge Baudouin dans *Côté* (CAQ), notamment dans son interprétation de la *Proclamation Royale de 1763*⁴³³ de même que pour expliquer ses « doutes » quant à la survie juridique possible d'un titre indien dans l'ancienne colonie du Québec⁴³⁴. L'histoire est aussi au cœur de l'interprétation que fait le juge Baudouin du *Traité de Swegatchy*⁴³⁵.

Ainsi, et bien que le juge Baudouin fasse aussi preuve d'une certaine prudence réflexive dans son recours aux sources historiques⁴³⁶, force est de constater que sa

⁴³² Le juge Beauregard cite maintes sources relatives à l'interprétation de documents ou événements historiques, notamment pour appuyer sa conclusion que le titre des Mohawks ne pourrait être qu'un titre concédé, les autorités françaises ayant permis aux Jésuites d'installer des Indiens là où il n'y en avait pas (p 25); de même pour son interprétation du contenu des droits relatifs au « titre concédé » qui, considérant la pratique à cette époque reflétée dans les sources historiques, soit l'inexistence de réglementation et l'absence de tout permis spécial à cet effet, n'aurait pas concédé de droits de pêche exclusifs aux « Indiens » qui se sont établis à St-Régis; voir aux pp 15-25 des motifs du juge Beauregard dans *Adams* (CAQ), *supra* note 356.

⁴³³ Voir aux pp 30-34 de ses motifs; le juge Baudouin y considère notamment le « contexte géo et sociopolitique » dans lequel l'interprétation de la *Proclamation Royale de 1763* doit absolument être remplacée ainsi que « la situation historique et politique antérieure ».

⁴³⁴ À ce sujet, le juge Baudouin écrit à la p 37 de ses motifs : « Il existe, en effet, d'après les sources historiques, une théorie sérieuse et une interprétation du droit de l'époque à l'effet que, dans le droit français de l'époque de la colonisation, la prise de possession d'un territoire au nom du Roi de France emportait conquête véritable, occupation ou au moins colonisation au sens strict du terme et donc transfert en pleine propriété de l'ensemble des droits fonciers et territoriaux qui, par la suite, pouvaient cependant être concédés, transférés ou vendus » (notre soulignement).

⁴³⁵ Voir notamment aux pp 54-58 de ses motifs.

⁴³⁶ À la p 32 de ses motifs, le juge Baudouin écrit : « L'interprétation de la Proclamation royale de 1763, que ce soit de sa version originale ou de sa traduction française, ne doit pas, à mon avis, être littérale et exégétique, surtout si l'on tient compte du fait que les concepts mêmes, recouvrant des termes comme « possession », n'avaient probablement pas le même sens dans la langue de 1763 que dans celle de 1993 ».

mobilisation de ces sources le mène – à l’instar du juge Beauregard dans *Adams* – à une interprétation plutôt restrictive, du moins en ce qui a trait au à la reconnaissance d’un « titre indien » ou de droits ancestraux, de même qu’à la portée à accorder à la *Proclamation royale de 1763*⁴³⁷.

Notons aussi, pour conclure, que notre lecture des jugements de tribunaux d’appel nous a permis d’observer que les disciplines exogènes au droit (comme l’histoire, l’anthropologie, la géographie, l’ethnobotanique, etc.) sont, dans les dossiers de droits ancestraux et de titre ancestral, surtout mobilisées en première instance, soit devant le juge des faits⁴³⁸. Les tribunaux d’appel n’intervenant sur les déterminations de faits (ou l’appréciation de la preuve) du juge des faits que dans des cas « d’erreur manifeste et déterminante »⁴³⁹, les jugements des tribunaux d’appel ne constituaient sans doute pas le meilleur échantillon pour comparer les approches de juges issus de différentes traditions juridiques à la mobilisation de ces disciplines. Il s’agit toutefois d’une piste qui pourrait être explorée par la comparaison, en suivant une approche semblable à celle adoptée dans la présente thèse, de jugements de tribunaux de première instance.

⁴³⁷ Soulignons qu’il en est autrement de la conclusion du juge Baudouin à l’égard du *Traité de Swegatchy* et duquel découlerait des droits de chasse et de pêche pour les appelants mohawks; le juge Baudouin conclut toutefois que la législation provinciale en cause dans le dossier portait atteinte de façon justifiée à ces droits et il a, en conséquence, rejeté le pourvoi.

⁴³⁸ Ainsi, dans les dossiers *Pariseau*, *Young* et *Goulet* (qui faisaient partie d’une série de dossiers concernant des poursuites intentées contre des Algonquins pour des infractions liées à la chasse ou la pêche—voir les motifs du juge Morin dans *Young*, *supra* note 361, aux paras 55 et s), « l’audition des témoins experts sur la preuve historique, anthropologique et archéologique relative à l’existence des droits ancestraux sur le territoire revendiqué par les Algonquins s’est poursuivie durant quelques années » (la juge Rousseau-Houle dans *Goulet*, *supra* note 362, au para 9).

⁴³⁹ Voir notamment *Young*, *ibid*, au para 97 citant l’arrêt de la Cour suprême du Canada *Housen c Nikolaisen*, 2002 CSC 33.

3.2.2 La Cour d'appel de la Colombie-Britannique

Comme pour la Cour d'appel du Québec, le premier élément auquel il convient de s'attarder pour dresser notre portrait de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est la mobilisation des sources par les juges dans les dossiers touchant aux droits ancestraux et au titre ancestral.

Chez les juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique – et ce n'est peut-être pas surprenant vu leur ancrage dans la tradition de common law – les sources qui occupent le premier rang parmi celles mobilisées par les juges sont de façon très claire les sources constitutionnelles (comme la *Loi constitutionnelle de 1982*) et la jurisprudence. À ce propos, les décisions de la Cour suprême du Canada occupent certainement le « devant de la scène » dans les jugements en matière de droits ancestraux et de titre ancestral, mais les juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique n'hésitent pas non plus à citer la jurisprudence de leur propre tribunal, ni celle d'autres tribunaux provinciaux⁴⁴⁰.

Ceci dit, la variété des sources mobilisées par les juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique couvre en fait tout un spectre selon la complexité des questions qui se posaient dans un dossier particulier. Ainsi, *Seward* constitue une bonne illustration en matière pénale où les questions n'étaient pas trop complexes : les juges y réfèrent ainsi au régime réglementaire créant les infractions dont étaient

⁴⁴⁰ Voir par exemple l'énonciation des règles relatives à la preuve d'un droit ancestral que fait le juge Macfarlane dans *Van der Peet* (CACB), *supra* note 358, aux paras 20-28.

accusés les membres du Penelekut Band dans ce dossier⁴⁴¹, aux dispositions constitutionnelles protégeant les droits ancestraux ainsi qu'aux règles et principes découlant de la jurisprudence. En plus des règles générales, la Cour a aussi recours à la jurisprudence pertinente pour élucider des questions plus précises⁴⁴².

À un autre bout du spectre, on trouve les décisions judiciaires où les juges se retrouvaient en pleine construction du droit alors qu'aucun « précédent » ne réglait à lui seul l'une ou l'autre des questions auxquelles faisait face le tribunal, forçant ainsi les juges à « s'abreuver à de multiples sources » pour nourrir leur interprétation et l'énonciation de règles nouvelles. Pour citer un exemple incontournable dans le contexte de la construction des droits ancestraux et du titre ancestral, les motifs du juge Lambert dans *Delgamuukw* (CACB) nous semblent bien illustrer toute la gamme des sources ayant nourri l'interprétation des juges. Le juge Lambert réfère bien sûr aux documents constitutionnels (y compris la *Proclamation royale de 1763*, la *Loi constitutionnelle de 1982* ainsi qu'à divers documents relatifs à l'entrée de la Colombie-Britannique dans la Confédération canadienne) et il fait également une revue très étendue de la jurisprudence (reprenant celle faite par le juge McEachern en première instance et allant plus loin encore) non seulement canadienne, mais également issue du Commonwealth (Grande-Bretagne, Australie) de même que de décisions américaines⁴⁴³. À l'occasion de ce dossier aux questions multiples et

⁴⁴¹ Les accusations dans ce dossier avaient trait au fait d'avoir chassé le cerf avec une arme à feu pendant des heures interdites et d'avoir chassé le cerf à l'aide d'un dispositif d'éclairage; voir *Seward*, *supra* note 364.

⁴⁴² Voir par exemple au para 40 (toujours dans *Seward*, *ibid*) où la juge Ryan cite un jugement antérieur de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique comme source de la règle voulant que le « moyen préféré » d'exercer une activité protégée par un droit ancestral doit être établi au niveau de la communauté et non pas de l'individu exerçant l'activité en question.

⁴⁴³ Voir *Delgamuukw* (CACB), *supra* note 360, au para 526 de même que toute la partie III des motifs du juge Lambert à partir du para 582. Sur la jurisprudence américaine, voir également les motifs des juges Lambert et Wallace dans *Van der Peet* (CACB), *supra* note 358, qui sont en désaccord et se

complexes, le juge Lambert considère aussi des ouvrages de doctrine avec lesquels il se montre parfois en accord⁴⁴⁴ et parfois en désaccord⁴⁴⁵.

Il est digne de mention que cet usage de la doctrine par le juge Lambert dans *Delgamuukw* (CACB) est plutôt exceptionnel au regard des autres décisions judiciaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique que nous avons analysées. Ainsi, la doctrine était plutôt absente dans la plupart des jugements⁴⁴⁶. Il semble donc que les juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ne se tournent vers la doctrine que très rarement ou en dernier recours. Bien que cette tendance soit cohérente avec la hiérarchie des sources de la tradition de common law, les juges de common law seraient-ils donc fermés aux conversations importantes qui ont lieu dans la doctrine – par exemple dans le milieu académique – relativement aux droits ancestraux et au titre ancestral?

D'ailleurs, un autre aspect significatif des jugements de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique que nous avons analysés a trait aux conversations qu'ont les juges entre eux, voire même parfois avec eux-mêmes, à l'intérieur des jugements en matière de droits ancestraux. Ainsi – et peut-être est-ce fonction du contexte dans

répondent l'un et l'autre quant à l'opportunité de référer à la jurisprudence américaine et même de rechercher une certaine harmonie entre les règles relatives aux droits ancestraux de part et d'autre de la frontière canado-américaine; voir aux paras 100-102 et 145-148.

⁴⁴⁴ Voir *Delgamuukw* (CACB), *ibid*, aux paras 658-661 relativement aux conclusions du professeur Brian Slattery relativement à la « doctrine de la continuité ».

⁴⁴⁵ Voir *Delgamuukw* (CACB), *ibid*, au para 700 relativement à la théorie alternative du titre ancestral présentée par le professeur Kent McNeil.

⁴⁴⁶ À titre d'illustration, aucun auteur ou article de doctrine n'est cité dans *Van der Peet* (CACB), *supra* note 358, ni dans *William*, *supra* note 378 (sauf pour quelques mentions du professeur Slattery dans des citations tirées de *Delgamuukw* (CSC) ou pour souligner que le juge de première instance avait, lui, cité le professeur Slattery).

lequel plusieurs dossiers de droits ancestraux ont été entendus⁴⁴⁷ – les juges de common law font souvent référence à leurs propres motifs dans une autre cause⁴⁴⁸. On pourrait donc dire qu'on retrouve, dans ces décisions judiciaires, une forme d'intertextualité à l'intérieur des jugements où les juges sont en dialogue non seulement entre eux – à travers les motifs concurrents et dissidents – mais également avec eux-mêmes.

La forte présence de ces « auto-références » pourrait s'expliquer à la fois par l'insuffisance du corpus de règles existantes (et donc la nécessité pour les juges de combler ces lacunes eux-mêmes à défaut que la jurisprudence ou d'autres sources ne le fassent) de même que par l'approche de la common law qui favorise une construction incrémentale ou progressive du droit.

L'affaire *Saik'uz* est elle aussi digne de mention quant aux sources qui y sont mobilisées. Premièrement, les sources qui y sont citées sont d'origine variée – incluant des décisions des tribunaux de première instance de Colombie-Britannique

⁴⁴⁷ Mentionnons ici que plusieurs dossiers importants de droit des Autochtones ont été regroupés et entendus, en 1993, par une même formation de cinq juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Il s'agit des dossiers *Delgamuukw* (CACB), *supra* note 360, *Van der Peet* (CACB), *supra* note 358 et *Gladstone* (CACB), *supra* note 359 ainsi que d'autres dont nous n'avons pas traité dans la présente thèse. Un regroupement quelque peu comparable de dossiers en matière de droits ancestraux a été fait à la Cour d'appel du Québec avec les pourvois *Goulet*, *supra* note 362, *Pariseau*, *supra* note 363 et *Young*, *supra* note 361, qui ont tous été entendus par un même panel de trois juges, mais les enjeux pour la construction du droit étaient alors assez différents.

⁴⁴⁸ Voir par exemple les motifs du juge Macfarlane dans *Van der Peet* (CACB), *supra* note 358, au para 18 qui répète certains principes qu'il avait énoncé dans *Delgamuukw* (CACB), *supra* note 360, pour définir le droit en question; toujours dans *Van der Peet* (CACB), le juge Wallace réfère au para 91 à ses propres motifs dans *Delgamuukw* (CACB) au sujet de l'approche prise par les tribunaux pour définir la nature et la portée des droits ancestraux; le juge Lambert réfère lui aussi, dans *Van der Peet* (CACB) au para 124, à ses propres motifs dans *Delgamuukw* (CACB) pour rejeter ce qu'il considère être une conception « gelée » ou « figée » des droits ancestraux; voir également *Gladstone* (CACB), *supra* note 359, où les juges Macfarlane et Lambert réfèrent de manière semblable à leurs motifs respectifs dans *Van der Peet* (CACB) (et dans *Delgamuukw* (CACB) pour ce qui est du juge Lambert).

jusqu'aux décisions de la Cour suprême du Canada – tant en matière de droit des Autochtones qu'en d'autres matières couvertes par la common law⁴⁴⁹. Cette décision constitue aussi une exception digne de mention à la tendance que nous avons observée en matière de langue des sources mobilisées par les juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, soit que ces derniers mobilisent généralement des sources essentiellement en anglais, excluant *de facto* la jurisprudence francophone. Or, dans *Saik'uz*, le juge Tysoe réfère à un jugement du juge Blanchard de la Cour supérieure du Québec (dans le dossier IOC⁴⁵⁰) où ce dernier a exprimé son désaccord avec une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans le même dossier (*Saik'uz*)⁴⁵¹. Répondant aux arguments présentés par une partie (Alcan) voulant que cette décision devait être distinguée « *because it involved Quebec civil law* », le juge Tysoe va jusqu'à analyser le contenu substantif des dispositions en cause du droit procédural québécois pour conclure qu'en fait, les mêmes règles et principes s'appliquent en Colombie-Britannique malgré la différence de tradition juridique⁴⁵²!

Enfin, outre les sources étatiques traditionnelles, il est digne de mention que les juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique se sont aussi penchés sur les traditions juridiques autochtones comme source de droit, notamment dans *Delgamuukw* (CACB). On peut ainsi comparer les approches des juges Macfarlane (avec qui le juge Taggart était en accord) et Lambert. Le premier s'affichait comme étant

⁴⁴⁹ Par exemple, la Cour y traite des règles et de la jurisprudence relatives à une revendication en « *private nuisance* » (voir au para 55) ou encore à la défense de « *statutory authority* » importée d'Angleterre en droit canadien (voir paras 93-97).

⁴⁵⁰ *Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam) c Compagnie minière IOC inc. (Iron Ore Company of Canada)*, 2014 QCCS 4403 (CanLII).

⁴⁵¹ *Thomas v Rio Tinto Alcan Inc.*, 2013 BCSC 2303 (CanLII).

⁴⁵² Voir *Saik'uz*, *supra* note 380, aux paras 73-75.

clairement plus fermé, affirmant que les traditions et règles juridiques des peuples autochtones (les peuples Gitksan et Wet'suet'en dans le dossier *Delgamuukw*) « *cannot operate if they are in conflict with the laws of the Province or of Canada* » (y compris les règles relatives aux droits ancestraux et au titre ancestral)⁴⁵³. Les règles relatives aux droits ancestraux et au titre ancestral faisant partie du droit canadien, il semble que le juge Macfarlane ne voyait donc qu'un rôle interne pour les traditions et règles juridiques des peuples autochtones, qui demeuraient libres d'y adhérer entre eux⁴⁵⁴. Le juge Lambert était quant à lui beaucoup plus ouvert à reconnaître un rôle aux traditions et règles juridiques des peuples autochtones dans l'interprétation des droits en cause :

*« I do not regard those claims as claims to govern the territory. I regard them as a claim to govern themselves, consisting of a claim to govern the exercise of their own rights in relation to their own aboriginal title, and a claim to govern themselves through their own institutions in relation to the preservation of the integral parts of their distinctive cultures. »*⁴⁵⁵

Ainsi, avec un simple regard aux sources mobilisées par les juges, on a déjà plutôt l'impression en lisant les jugements de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en matière de droits territoriaux d'un « joyeux désordre » pour reprendre l'expression du juge Baudouin lorsqu'il comparait la common law à un « jardin à l'anglaise »⁴⁵⁶.

Qu'en est-il sur le plan du type de raisonnement judiciaire utilisé par les juges dans leur traitement des droits ancestraux? Est-ce que la description faite par le juge

⁴⁵³ *Delgamuukw* (CACB), *supra* note 360, au para 281.

⁴⁵⁴ *Ibid.*

⁴⁵⁵ *Delgamuukw* (CACB), *ibid.*, au para 1014.

⁴⁵⁶ Voir *supra* note 315 et le texte correspondant.

Baudouin de la rationalité du jugement de common law comme étant généralement une rationalité inductive d'orientation conséquentialiste a été observée ou confirmée? Là aussi, il semble régner sinon une forme de désordre, du moins une diversité d'approches chez les juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

À ce titre, on remarque dans les affaires entendues par la même formation de juges (*Delgamuukw*, *Van der Peet* et *Gladstone*) un affrontement remarquable entre le juge Lambert et les autres juges. Les différentes séries de motifs dans *Van der Peet* (CACB) illustrent bien ces approches : alors que le juge Lambert cherche à déterminer les critères appropriés pour définir les droits ancestraux, ce qui constitue selon lui la question sous-jacente à toutes les autres dans le pourvoi⁴⁵⁷, pour ensuite déduire la solution juridique en appliquant ces critères aux faits de l'espèce⁴⁵⁸, le juge Wallace rejette l'approche déductive et conceptualiste préconisée par le juge Lambert et s'en tient à un raisonnement plus analogique, référant à *Sparrow* comme énonçant les règles applicables et soulignant la jurisprudence constante relativement à la manière de déterminer la nature et l'étendue de droits ancestraux⁴⁵⁹.

Ces deux approches reflètent assez distinctement deux types de logiques différentes, soit une logique d'organisation rationnelle du droit (le juge Lambert)⁴⁶⁰ et une logique de continuité avec la jurisprudence existante (le juge Wallace). Le juge

⁴⁵⁷ Voir *Van der Peet* (CACB), *supra* note 358, aux paras 132 et s, 182.

⁴⁵⁸ Notons d'ailleurs ici que pour le juge Lambert, un des critères déterminants est la prise en compte de la perspective autochtone; voir notamment aux paras 139-140.

⁴⁵⁹ Voir *Van der Peet* (CACB), *supra* note 358, aux paras 92-93.

⁴⁶⁰ Notons également que les principes sous-jacents aux critères énoncés par le juge Lambert pour reconnaître des droits ancestraux émanaient, quant à eux, de sa révision extensive de la jurisprudence dans *Delgamuukw* (CACB), *supra* note 360 et que son approche n'était ainsi pas entièrement déductive et conceptualiste, mais aussi inductive et donc plutôt hybride; voir *Van der Peet* (CACB), *ibid*, au para 131.

Lambert nous semble ainsi représenter un prototype de juge de common law qui n'hésitait pas à faire des incursions à l'extérieur de sa tradition juridique, notamment en valorisant (aussi) le raisonnement rationnel-déductif et en tentant de systématiser l'approche judiciaire relativement aux droits ancestraux.

La Cour suprême du Canada a sans nul doute poursuivi l'effort de systématisation amorcé, entre autres, par le juge Lambert⁴⁶¹ et il appert que, plus récemment, les juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique combinaient eux aussi différents types de logiques et de raisonnements judiciaires dans leur recherche de solutions juridiques en matière de titre ancestral. Ainsi, dans *William*, le juge Groberman (qui a rédigé les motifs de la Cour) revient dans le détail sur les principes développés par la jurisprudence, soulignant à plusieurs reprises que le droit dans ce domaine s'est développé selon la méthode propre à la common law, de façon incrémentale, et que c'est la Cour suprême du Canada qui, seulement récemment, a établi les bases d'un régime cohérent de droits ancestraux et relatifs au titre ancestral⁴⁶².

Le juge Groberman puise ensuite dans les principes ressortant (implicitement et explicitement) de la jurisprudence antérieure en matière de titre ancestral pour trancher le pourvoi qui était devant lui⁴⁶³. Ce faisant, il nous semble que le juge Groberman a employé à la fois un raisonnement inductif typique de la common law – où une analyse des précédents permet de tirer la règle applicable à un cas d'espèce –

⁴⁶¹ Voir notamment la contribution importante du juge Lamer – un juge civiliste – présentée dans Sébastien Grammond, « La contribution du juge Lamer à l'évolution du droit des autochtones » (2009) 88 R du B can 21.

⁴⁶² *William*, *supra* note 378, aux paras 159-161.

⁴⁶³ Voir ses conclusions, notamment aux paras 230-232 et 240-241.

et une logique d'ensemble partant de propositions générales et recherchant une organisation plus rationnelle du droit⁴⁶⁴.

L'arrêt *William* nous semble aussi illustrer un autre élément que l'on pouvait, selon les distinctions faites par le juge Baudouin et présentées au chapitre 2, s'attendre à retrouver dans les jugements des tribunaux de common law, soit une prédilection pour les solutions ponctuelles offrant des avantages pratiques (plutôt que des solutions à vocation universelle). Dans *William*, le juge Groberman souligne à plusieurs reprises que ce dossier constituait un « *test case* », ce qui justifie dans les circonstances de ne pas interférer avec les conclusions du juge de première instance sur la question de l'atteinte aux droits des Tsilhqot'in, tout en répétant aussi à plusieurs occasions que « *the trial judge's high-level approach to the issue of infringement is unlikely to be an appropriate template for analysis in future cases* »⁴⁶⁵.

D'un autre côté, on retrouve également chez les juges de la Colombie-Britannique une préoccupation pour ce que le juge Baudouin nommait la « prévisibilité pratique et concrète en rapport avec la prédictibilité et l'évaluation des chances des recours

⁴⁶⁴ Voir notamment sa discussion du droit canadien relatif au titre ancestral (aux paras 174 et s), puis sur la question à savoir si un titre ancestral doit être déterminé sur une base « territoriale » ou « spécifique à un site » (au para 230). L'arrêt *Musqueam*, *supra* note 1, constitue aussi une bonne illustration de cohabitation entre différents types raisonnements dans le contexte de l'évaluation de l'obligation de la Couronne de consulter les peuples autochtones : alors que la juge Southin adopte un raisonnement très inductif, référant abondamment à des cas concrets et distinguant d'autres décisions judiciaires d'une façon très caractéristique de la common law, le juge Hall adopte un raisonnement plutôt déductif en exposant les principes juridiques applicables qui, au regard des faits, le mène à conclure que la consultation menée en l'espèce n'avait pas été adéquate.

⁴⁶⁵ *William*, *supra* note 378, au para 317.

judiciaires futurs »⁴⁶⁶. Dans *Delgamuukw* (CACB), par exemple, le juge Macfarlane écrit ainsi que:

*« Aboriginal rights need to be considered on the facts pertinent to particular people and specific land. Aboriginal rights can never be determined in a vacuum. The particular rights need to be defined, as the fishing and hunting rights of the Inuit plaintiffs were in the Baker Lake case. Once defined they must be considered in the light of surrounding circumstances. It is necessary to consider whether they are in conflict or can co-exist with other activities. »*⁴⁶⁷

Il semble également que les juges de la Colombie-Britannique, à l'instar de ceux du Québec, considèrent de plus en plus que le droit relatif aux intérêts territoriaux des peuples autochtones est un domaine juridique animé par ses propres principes généraux et sa propre logique interne. La référence à de tels principes est toutefois souvent tempérée par des considérations d'ordre pratique, surtout lorsque les revendications autochtones sont susceptibles d'avoir des conséquences économiques.

Ainsi, déjà dans *Van der Peet*, le juge Wallace se disait en accord avec le principe de l'interprétation libérale des textes (traités et lois) ayant trait aux Autochtones⁴⁶⁸; mais il n'était pas prêt, en application de ce principe, à interpréter l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* comme élargissant de quelque façon le spectre des droits ancestraux reconnus par la common law⁴⁶⁹. Le juge Wallace était d'avis que la demande des Sto:lo, qui soutenaient que leur droit ancestral de pêcher à des fins de subsistance pouvait leur conférer le droit contemporain de pêcher à des fins

⁴⁶⁶ Voir *supra* à la note 313.

⁴⁶⁷ *Delgamuukw* (CACB), *supra* note 360, au para 289.

⁴⁶⁸ Voir *Van der Peet* (CACB), *supra* note 358, au para 73.

⁴⁶⁹ *Ibid.*

commerciales, revenait à une interprétation trop libérale qui dépasserait la portée de ce principe. Au surplus, le juge Wallace était préoccupé du fait que l'interprétation proposée par les Sto:lo aurait eu pour conséquence de créer, selon lui, une priorité autochtone dans la pêche commerciale – priorité qui, vu la demande élevée pour le saumon, aurait été sans limite. Les motifs du juge Wallace sur cette question nous semblent bien illustrer un exercice de mise en balance qui tente d'accorder une attention à la fois aux principes, à la cohérence de la solution proposée au regard du droit ainsi qu'à ses conséquences pratiques⁴⁷⁰.

Plus tard, dans *William*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique démontre une attention similaire à la fois aux principes et à des considérations plus pratiques, par exemple lorsque le juge Groberman écrit : « *genuine reconciliation of Aboriginal rights with Crown sovereignty (...) demands not only a framework that is jurisprudentially defensible, but also one that presents a practical compromise and encourages consensual settlement of differences* »⁴⁷¹.

Pourtant, le juge Groberman ajoute plus loin que la demande des Tsilhqot'in doit selon lui être analysée en prenant en compte l'ensemble du régime canadien de protection des intérêts territoriaux des Autochtones, lequel fournirait un cadre « robuste » pour la reconnaissance de ces intérêts (y compris des droits ancestraux et potentiellement d'un titre sur des « parcelles de terre définies »)⁴⁷². Il est intéressant

⁴⁷⁰ Voir *Van der Peet* (CACB), *ibid*, au para 77; les préoccupations pratiques quant aux conséquences économiques associées aux revendications des Sto:lo sont aussi présentes dans les motifs du juge Macfarlane (qui a reçu l'appui du juge Taggart); voir au para 30. Le juge Lambert, quant à lui, n'était pas insensible aux considérations pratiques, mais était d'avis que ces dernières pouvaient être balisées en limitant le droit de pêche du saumon (qu'il aurait reconnu aux Sto:lo) à la quantité nécessaire pour procurer un « *moderate livelihood* »; voir aux paras 140-150.

⁴⁷¹ *William*, *supra* note 378, au para 170.

⁴⁷² *William*, *ibid*, au para 237.

de souligner que ce procédé argumentatif du juge Groberman appelant à considérer le « robuste » régime canadien de protection des intérêts territoriaux des Autochtones dans son ensemble est alors employé pour rejeter la demande des Tsilhqot'in et donc pour refuser de leur reconnaître les droits (le titre ancestral) qu'ils alléguaient détenir⁴⁷³.

Bref, il semble que les principes généraux auxquels se réfèrent les juges de la Colombie-Britannique en matière de droits ancestraux soient le plus souvent des principes propres au droit des Autochtones et que ces principes soient rarement invoqués seuls, mais plutôt mis en balance avec d'autres considérations.

Il importe aussi de glisser un mot sur le rapport des juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique aux notions fondamentales comme les conceptions de la propriété. De façon générale, ces juges semblent assez conscients des différences entre les concepts de propriété de common law et ceux relatifs aux intérêts territoriaux des peuples autochtones. Il faut dire qu'il existe une influence indéniable de la common law quant à certains aspects des droits territoriaux, par exemple dans le critère de possession exclusive retenu par la jurisprudence pour établir l'existence d'un titre ancestral que le juge Macfarlane décrit, dans *Delgamuukw* (CACB), comme étant conforme à une caractéristique fondamentale de la propriété (*ownership*) telle que définie en common law⁴⁷⁴.

⁴⁷³ Le juge Groberman était également d'avis que la reconnaissance du titre ancestral telle que la formulaient les Tsilhqot'in ne s'inscrivait ni dans l'objectif derrière l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ni dans celui de la réconciliation qui impliquait, selon lui, que les droits ancestraux des Autochtones soient respectés « *without placing unnecessary limitations on the sovereignty of the Crown or on the aspirations of all Canadians, Aboriginal and non-Aboriginal* »; voir *William, ibid*, au para 219.

⁴⁷⁴ Voir *Delgamuukw* (CACB), *supra* note 360, aux paras 71-77.

Il semble aussi assez normal que les juges de common law emploient le vocabulaire qu'ils maîtrisent afin de décrire des concepts, même lorsque ces derniers sont *sui generis* ou étrangers à leur propre tradition. En 1991, la juge Southin écrivait :

« *Although Indian interests are sui generis, it ought to be possible to describe them by analogy to common law interests and, therefore, make them understandable to common law lawyers. Whether it is possible to describe them by analogy to interests known to the civil law, I am, through ignorance of the civil law, unable to say.* »⁴⁷⁵

Un tel exercice de traduction des intérêts autochtones *sui generis* – que ce soit dans la langue et les catégories de la common law ou du droit civil – comporte toutefois des risques que le caractère *sui generis* lui-même et la « marque de l'Autre » qui le caractérise ne soient effacés⁴⁷⁶. Cette préoccupation nous semble rejoindre celle qui est exprimée par le juge Lambert dans *Delgamuukw* (CACB) à l'égard des conclusions du juge de première instance. Le juge Lambert reprochait à ce dernier d'avoir traité la revendication d'un titre ancestral par les peuples Gitksan et Wet'suwet'en comme une revendication d'un « *proprietary interest* » dans la terre dans une stricte perspective de common law, ce qui aurait teinté toute son analyse subséquente et mené à des conclusions erronées⁴⁷⁷.

Bien que la majorité de la Cour ait ultimement confirmé la décision du juge de première instance en rejetant l'appel, il nous semble que les juges d'appel de la

⁴⁷⁵ *Musqueam*, *supra* note 1, au para 63, où la juge Southin cite ses propres motifs dans *British Columbia (Attorney General) v Mount Currie Indian Band*, 54 BCLR (2d) 156, [1991] 4 CNLR 3 au para 65.

⁴⁷⁶ Voir Anker (2014) « Translating *Sui Generis* Aboriginal Rights », *supra* note 10, à la p 8.

⁴⁷⁷ *Delgamuukw* (CACB), *supra* note 360, au para 1087; voir également la critique détaillée faite par le juge Lambert du traitement de la notion de propriété (*ownership*) par le juge de première instance dans le contexte de la revendication des peuples Gitksan et Wet'suwet'en aux paras 907 et s.

Colombie-Britannique étaient de façon générale assez conscients des limites des notions de common law pour décrire les intérêts territoriaux des peuples autochtones; ainsi et de façon remarquable, les juges Macfarlane et Lambert – pourtant en désaccord sur de nombreux autres points dans *Delgamuukw* (CACB) – semblaient tous les deux d'accord quant à la futilité des tentatives de caractériser les droits ancestraux comme étant « *proprietary or non-proprietary* » puisque l'intérêt autochtone en cause est alors mieux décrit comme étant « *sui generis* »⁴⁷⁸.

Cette sensibilité des juges à distinguer les notions fondamentales de common law des intérêts autochtones *sui generis* nous semble aussi s'être aiguisée à mesure que la Cour suprême du Canada a fourni des lignes directrices plus claires quant aux contours de ces distinctions. Dans la plus récente affaire *Saik'uz*, la Cour nous semble ainsi faire un usage assez prudent et réfléchi des notions fondamentales relatives à la propriété de common law pour décrire les effets juridiques du titre ancestral – que le juge Tysoe décrit comme « *a beneficial interest in the land* » ou encore comme « *the Aboriginal right that creates an interest in land* » – tout en soulignant également son caractère *sui generis* et les différences qu'il comporte avec la propriété en fief simple⁴⁷⁹.

Quant aux valeurs de morale politique qu'on trouve dans les jugements de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en matière de droits ancestraux, la première qui nous semble ressortir des décisions judiciaires analysées est un certain souci, voire une préoccupation, pour l'équité économique entre Autochtones et non-autochtones lorsque les droits ancestraux revendiqués revêtent un aspect commercial. Dans un tel contexte, plusieurs juges affirment qu'il est nécessaire d'assurer un traitement

⁴⁷⁸ Voir *Delgamuukw* (CACB), *ibid*, aux paras 130 et 665.

⁴⁷⁹ *Saik'uz*, *supra* note 380, aux paras 49-52.

égalitaire formel ou identique des différentes parties prenantes. Ce souci est apparent dans les motifs du juge Macfarlane (auxquels a souscrit le juge Taggart) dans *Van der Peet* (CACB) lorsqu'il écrit que rien n'empêche les personnes d'ascendance autochtone de participer à des activités de pêche commerciale, mais qu'ils doivent alors être soumis aux mêmes règles que tous les autres Canadiens cherchant à vivre de l'exploitation de cette ressource⁴⁸⁰. Comme nous l'avons déjà mentionné, les juges Macfarlane, Taggart et Wallace craignaient que la reconnaissance d'un droit ancestral d'exercer des activités relevant de la pêche commerciale ne crée une « priorité autochtone » qui serait, vu la demande pratiquement inépuisable pour le saumon, sans limite⁴⁸¹.

Pour le juge Wallace, il n'était pas concevable que les rédacteurs de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ait désiré accorder une protection constitutionnelle à des droits ancestraux dont la nature et la portée reflèteraient des objectifs (en l'espèce de développement économique) plutôt que des pratiques faisant partie intégrante de la culture distinctive et du mode de vie traditionnel d'une communauté autochtone⁴⁸².

Cette vision du juge Wallace s'opposait directement à celle qui est avancée par le juge Lambert dont les motifs dans *Van der Peet* (CACB) illustrent bien ce qui, selon ses propres valeurs de morale politique, devait être pris en compte par le droit afin de bénéficier de la protection constitutionnelle de l'article 35 :

⁴⁸⁰ *Van der Peet* (CACB), *supra* note 358, au para 45. Voir aussi les motifs du juge Wallace au para 110.

⁴⁸¹ Voir *Van der Peet* (CACB), *ibid*, aux paras 30 et 77. Voir également *Gladstone* (CACB), *supra* note 359, au para 48.

⁴⁸² *Van der Peet* (CACB), *ibid*, au para 78.

« I think the "social" description of the customs, traditions, and practices is most in accord with the actual lives of the aboriginal people and with the impact and significance of the customs that need protection on and in their lives. In my opinion the "social" form of description gives the best perspective on the description of the customs, traditions and practices, both from the point of view of the aboriginal people themselves in their own organized society, and also from the point of view of the common law as a social control in the recognition and protection of the fundamental elements of the organized aboriginal society. »⁴⁸³

Ainsi, pour le juge Lambert, c'est l'importance d'une pratique aux yeux des Autochtones eux-mêmes qui était déterminante et qui justifiait qu'une telle pratique reçoive une protection constitutionnelle⁴⁸⁴. Cela dit, même le juge Lambert jugeait nécessaire d'imposer une limite à un droit ancestral de récolter du saumon à des fins commerciales et il proposait à cet égard de suivre la jurisprudence américaine en important le concept de « *moderate livelihood* »⁴⁸⁵.

En bref, il appert que les juges de common law de la Colombie-Britannique paraissent soucieux – bien que parfois à divers degrés – des effets de la constitutionalisation de droits à incidence économique dans un contexte d'économie de marché.

Il convient aussi de mentionner brièvement qu'à l'instar des juges québécois, les juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique reconnaissent expressément que

⁴⁸³ *Van der Peet* (CACB), *ibid*, au para 140 (notre soulignement). Voir aussi *Gladstone* (CACB), *supra* note 359, au para 80.

⁴⁸⁴ Le juge Wallace, pour sa part, rejetait cette vision qui « pouvait bien s'accorder avec la perception de la société autochtone » considérant les avantages économiques qu'elle en retirerait, mais qui risquait surtout, selon lui, de créer des iniquités dans le contexte moderne de l'exploitation commerciale du saumon; voir *Van der Peet* (CACB), *ibid*, au para 99.

⁴⁸⁵ Voir *Van der Peet* (CACB), *ibid*, aux paras 146-150. Le juge Wallace était également en désaccord avec le juge Lambert sur ce point; voir aux paras 100-103.

certaines autres valeurs peuvent avoir priorité sur un exercice sans borne des droits ancestraux. Ainsi, dans *Seward*, la juge Ryan écrit au nom de la Cour que les préoccupations soulevées par les appelants autochtones quant à l'atteinte portée à leur droit ancestral de chasse par la législation prohibant la chasse avec un fusil la nuit « *fail to outweigh the more important value of safety* »⁴⁸⁶. La sécurité (ici dans l'encadrement de la pratique de la chasse) est donc une valeur qui peut avoir priorité sur d'autres considérations.

Mais quelques autres éléments nous apparaissent encore plus dignes de mention sur le plan des valeurs de morale politique influençant la construction judiciaire des droits ancestraux et du titre ancestral. Le premier est assez récurrent chez plusieurs juges et a trait à la priorisation de la négociation (par préférence aux procédures judiciaires) pour régler certaines questions ayant trait aux droits ancestraux ou aux intérêts territoriaux. On trouve notamment cette valorisation de la négociation ou d'une solution négociée dans les motifs du juge Wallace dans *Van der Peet* (CACB) lorsque ce dernier écrit – en réponse ou en réaction aux motifs du juge Lambert – que le « contrôle social » approprié pour protéger les aspirations des sociétés autochtones devrait être prévu dans des traités ou d'autres types d'ententes (plutôt que d'être imposé par les tribunaux à travers une interprétation plus large de la nature et de la portée des droits ancestraux reconnus par la common law)⁴⁸⁷.

De même, dans *Delgamuukw* (CACB), les juges Macfarlane et Taggart refusent de prononcer une déclaration relativement à la « juridiction » des peuples Gitksan et Wet'suwet'en sur la terre, les ressources et les personnes dans le territoire qu'ils

⁴⁸⁶ *Seward*, *supra* note 364, au para 49.

⁴⁸⁷ *Van der Peet* (CACB), *supra* note 358, au para 105. Le juge Wallace rejette ainsi la suggestion du juge Lambert faite au para 140 de ses motifs et reproduite ci-haut.

revendiquaient, exprimant plutôt l'avis que ces questions étaient « mûres pour la négociation »⁴⁸⁸. Plus loin, le juge Macfarlane ajoute :

*« The parties have expressed willingness to negotiate their differences. I would encourage such consultation and reconciliation, a process which may provide the only real hope of an early and satisfactory agreement which not only gives effect to the aspirations of the aboriginal peoples but recognizes there are many diverse cultures, communities and interests which must co-exist in Canada. A proper balancing of all those interests is a delicate and crucial matter. »*⁴⁸⁹

Ce passage nous apparaît particulièrement révélateur puisque le juge Macfarlane y dit à mots couverts qu'un exercice de mise en balance de tous les intérêts en jeu constitue, pour lui, un élément incontournable de toute décision judiciaire sur une question comme le titre ancestral. Cette nécessaire mise en balance nous semble ainsi définir sa conception de la réconciliation.

Et c'est là l'autre élément qui nous apparaît particulièrement d'intérêt, soit la poursuite de la réconciliation comme valeur en soi, mais se fondant sur une conception ambiguë de ce que la réconciliation implique. Ainsi, on retrouve un certain leitmotiv à travers plusieurs décisions de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique opposant deux « écoles de pensée », soit une approche de « tout ou rien » et une approche de « coexistence »⁴⁹⁰. Pour les juges Macfarlane et Taggart dans *Delgamuukw* (CACB), la revendication des peuples Gitksan et Wet'suwet'en relevait d'une approche de « tout ou rien » alors que les deux juges se disaient plutôt en faveur de l'autre approche, selon laquelle les intérêts autochtones et les autres intérêts

⁴⁸⁸ *Delgamuukw* (CACB), *supra* note 360, au para 264.

⁴⁸⁹ *Delgamuukw* (CACB), *ibid*, au para 264.

⁴⁹⁰ Voir notamment *Delgamuukw* (CACB), *ibid*, au para 284 et *William*, *supra* note 378, au para 170.

pourraient coexister « *to a large extent* », c'est-à-dire en cherchant à préserver la culture des Autochtones tout en assurant aux Canadiens non autochtones que leurs intérêts « *developed over 125 years of nationhood* » soient également respectés⁴⁹¹.

On retrouve une observation semblable dans *William* où le juge Groberman écrit que les « positions extrêmes » accordant la priorité absolue tantôt aux droits ancestraux (comme la revendication des peuples Gitksan et Wet'suwet'en dans *Delgamuukw*) et tantôt à la Couronne (comme lorsque le Procureur général de la Colombie-Britannique soutenait, dans *Calder* ainsi qu'en première instance dans *Delgamuukw*⁴⁹², que tous les titres et droits ancestraux avaient été éteints en Colombie-Britannique) ont échoué à fournir une base pour une véritable réconciliation entre les droits ancestraux et la souveraineté de la Couronne et qu'une telle réconciliation nécessite un cadre qui « *presents a practical compromise and encourages consensual settlement of differences* »⁴⁹³.

Le juge Lambert approchait, quant à lui, la réconciliation d'une perspective assez différente en prenant, en quelque sorte, la question à l'envers : plutôt que de chercher (dès le départ) à imposer des limites aux revendications ou aux intérêts autochtones en fonction d'autres intérêts jugés importants, le juge Lambert postulait qu'il faut donner une pleine reconnaissance aux droits des Autochtones tels qu'ils les définissent eux-mêmes à travers leurs propres traditions et institutions (leur permettant, ce faisant, de préserver leur identité sociale, politique, culturelle, linguistique et spirituelle) et qu'une telle reconnaissance devrait s'avérer largement

⁴⁹¹ *Delgamuukw* (CACB), *ibid*, au para 284.

⁴⁹² *Delgamuukw v British Columbia*, 1991 CanLII 2372 (BC SC) aux pp 210-213 (correspondant à la partie 10.2. de la décision du juge McEachern).

⁴⁹³ *William*, *supra* note 378, au para 170.

complémentaire aux ordres juridiques canadiens et provinciaux⁴⁹⁴. Les conflits potentiels, par exemple entre des pratiques faisant partie de la culture distinctive des peuples Gitksan et Wet'suwet'en et des lois générales de la Colombie-Britannique, n'auraient à être considérés par les tribunaux qu'au moment où (et si) ils surviennent⁴⁹⁵.

En bref, si certains juges semblent concevoir la réconciliation en fonction d'une certaine crainte que les revendications autochtones ne portent nécessairement atteinte à la souveraineté de la Couronne, voire au bien-être des Canadiens non autochtones⁴⁹⁶, au moins un autre juge de common law voit la réconciliation comme impliquant plutôt de reconnaître la pleine mesure des droits ancestraux, car selon ce dernier :

*« In my view, the failure to recognize the true legal scope of aboriginal rights at common law, and under the Constitution, will only perpetuate the problems connected with finding the honourable place for the Indian peoples within the British Columbian and Canadian communities to which their legal rights and their ancient cultures entitle them »*⁴⁹⁷.

Pour reprendre à notre compte une expression employée par la Cour d'appel du Québec dans des contextes bien différents, il semble ainsi que la réconciliation soit

⁴⁹⁴ *Delgamuukw* (CACB), *supra* note 360, au para 1091.

⁴⁹⁵ *Ibid.*

⁴⁹⁶ Le juge Macfarlane écrit en effet dans *Delgamuukw* (CACB), *ibid.*, au para 239 : « *There is a need to search out a practical compromise that can protect Aboriginal traditions without unnecessarily interfering with Crown sovereignty and with the wellbeing of all Canadians* ».

⁴⁹⁷ Le juge Lambert dans *Delgamuukw* (CACB), *ibid.*, au para 1097.

traitée par les juges de common law comme la métanorme du droit des Autochtones au Canada⁴⁹⁸.

Il semble également que ces juges n'arrivent pas nécessairement à s'accorder exactement sur ce qu'implique (substantivement) la réconciliation ni comment y arriver. Les juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique font ainsi référence à la réconciliation parfois pour rejeter les demandes des populations autochtones⁴⁹⁹ et parfois pour les accueillir⁵⁰⁰. Est-ce qu'un grand principe général comme la réconciliation serait trop élastique – c'est-à-dire qu'il ne fournirait pas de lignes directrices assez claires – pour la mentalité pragmatique des juges de common law?

Aussi, est-ce que ces différentes attitudes vis-à-vis de la réconciliation peuvent être liées à la place qui est accordée par les juges à la perspective des Autochtones? Il appert de notre lecture des décisions judiciaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique que les juges de ce tribunal font en fait assez souvent référence à la perspective des Autochtones comme élément important auquel le droit doit accorder non seulement une attention, mais également des effets. À ce titre, les juges mentionnent souvent le passage de l'arrêt *Sparrow* qui invite les tribunaux à « se

⁴⁹⁸ Voir à cet égard *Bellefeuille c Morisset*, 2007 QCCA 535 (CanLII) au para 46 où la juge Bich décrit la bonne foi comme un principe structurant du *Code civil du Québec* et une valeur fondamentale de l'ordre juridique québécois s'imposant « comme une métanorme de l'exercice des droits civils »; voir également *Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam) c Québec (Procureure générale)*, 2014 QCCA 2193 (CanLII) au para 4 où la juge St-Pierre décrit le principe directeur de la proportionnalité comme une « métanorme » qui chapeaute tous les pouvoirs et outils dont dispose le juge pour assurer la saine gestion de l'instance.

⁴⁹⁹ Voir par exemple les motifs des juges majoritaires dans *Delgamuukw* (CACB), *supra* note 360 et ceux du juge Groberman dans *William*, *supra* note 378.

⁵⁰⁰ Voir les motifs du juge Lambert dans *Delgamuukw* (CACB), *ibid.*

montrer ouvert au point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la nature des droits en cause »⁵⁰¹, mais ils vont souvent beaucoup plus loin que la seule citation.

En fait, les juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique reconnaissent la perspective autochtone et lui accordent des effets à différents degrés. Comme nous l'avons déjà mentionné, plusieurs juges reconnaissaient la perspective autochtone tout en soulignant que cette dernière devait nécessairement être mise en balance avec d'autres facteurs⁵⁰² ou encore que les effets de cette perspective étaient, au regard du droit étatique, nécessairement limités⁵⁰³.

Mais c'est le juge Lambert qui accorde sans aucun doute le poids le plus important à la perspective des Autochtones, laquelle occupe une place centrale tant dans son analyse de l'origine et de la nature du titre ancestral et des droits ancestraux⁵⁰⁴ que dans son analyse de la méthode la plus adéquate permettant de décrire les pratiques, coutumes et traditions autochtones devant recevoir la protection constitutionnelle de l'article 35⁵⁰⁵. En bref, pour le juge Lambert, la reconnaissance de la perspective autochtone et de ce à quoi elle accorde de l'importance constitue un critère

⁵⁰¹ Voir par exemple dans *Seward*, *supra* note 364, au para 24.

⁵⁰² Voir par exemple les motifs du juge Wallace dans *Van der Peet* (CACB), *supra* note 358, au para 99 où ce dernier confronte la perspective des Autochtones à des considérations d'équité économique pour la population non-autochtone.

⁵⁰³ Voir les motifs du juge Macfarlane dans *Delgamuukw* (CACB), *supra* note 360, au para 281 : « *It is pointless to argue that such a society was without traditions, rules and regulations. Insofar as those continue to exist there is no reason why those traditions may not continue so long as members of the Indian community agree to adhere to them. But those traditions, rules, and regulations cannot operate if they are in conflict with the laws of the Province or of Canada* ».

⁵⁰⁴ Voir ses motifs dans *Delgamuukw* (CACB), *ibid*; voir également le sommaire qu'il fait de cette analyse dans *Van der Peet* (CACB), *supra* note 358, au para 131.

⁵⁰⁵ Voir *Van der Peet* (CACB), *supra* note 358, aux paras 133 et s ainsi que ses motifs dans *Gladstone* (CACB), *supra* note 359, aux paras 80-81.

déterminant de l'analyse des droits ancestraux qui emporte des conséquences tant sur la portée de ces droits que sur la façon de les exercer, soit à travers les institutions mêmes des peuples autochtones⁵⁰⁶. On peut ainsi affirmer que le juge Lambert montrait, à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, l'ouverture la plus grande à la reconnaissance de la normativité autochtone par le droit étatique.

La référence, par les juges de la Colombie-Britannique, à la perspective autochtone traverse le développement des droits ancestraux et du titre ancestral jusque dans les affaires plus récentes. Ainsi, dans *William*, le juge Groberman s'attarde à la perspective autochtone sous différents angles : il rapporte la vision des Tsilhqot'in par rapport à leur territoire⁵⁰⁷, il revient sur le type de preuve reçue par le juge de première instance qui a notamment inclus des éléments tirés de la tradition orale des Tsilhqot'in⁵⁰⁸ et il rejette même un des arguments soulevés par la Colombie-Britannique (quant à l'identité du véritable titulaire des droits ancestraux) au motif que c'est là une question devant être déterminée depuis le point de vue de la collectivité autochtone elle-même⁵⁰⁹.

Mais c'est vers la fin de son analyse de la question principale soulevée dans ce pourvoi, soit la revendication d'un titre ancestral par les Tsilhqot'in, que l'approche du juge Groberman nous semble la plus intéressante, soit lorsqu'il écrit :

⁵⁰⁶ Voir notamment l'élément du dispositif proposé par le juge Lambert au para 1079 dans *Delgamuukw* (CACB), *supra* note 360; voir aussi celui proposé par le juge Hutcheon au para 1177.

⁵⁰⁷ Voir notamment aux paras 4 et 35.

⁵⁰⁸ Voir au para 60.

⁵⁰⁹ Voir aux paras 148-149. Le juge Groberman nous semble ainsi, lui aussi, ouvrir la porte à la reconnaissance d'une certaine normativité autochtone par le droit étatique.

« In considering Aboriginal title and Aboriginal rights, the Court must take into account Aboriginal perspective as well as that of the common law. The connection of the Tsilhqot'in Nation to its traditional territory has both spiritual and temporal aspects that are difficult to convey in the dry words of a judgment. This deep connection must, however, remain foremost in the Court's mind in considering issues of Aboriginal title and Aboriginal rights. I am not convinced that the relationship of the Tsilhqot'in people to the land requires recognition of title on a territorial basis; it does, however, require the Court to affirm the existence of Aboriginal rights that respect the Tsilhqot'in perspective on its own culture and values. »⁵¹⁰

Ainsi, le juge Groberman revient à un exercice de mise en balance : il cherche à concilier la perspective des Autochtones et celle de la common law; il veut protéger les traditions et la culture distinctive des Autochtones telles que ces derniers les conçoivent, mais il se montre aussi réticent à accorder plus de droits qu'il ne serait nécessaire à l'atteinte de cet objectif.

Qu'en est-il maintenant du traitement par les juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique des autres éléments exogènes au droit étatique? L'histoire politique de la Colombie-Britannique est certainement un élément qui s'avère crucial dans le développement du droit des Autochtones dans cette province⁵¹¹ et peut-être aussi des attitudes judiciaires relativement aux droits ancestraux⁵¹². L'histoire occupe aussi une place importante dans la preuve devant être présentée afin d'établir des

⁵¹⁰ William, *supra* note 378, au para 233.

⁵¹¹ On peut citer notamment la date de cristallisation retenue pour une revendication de titre ancestral en Colombie-Britannique, soit 1846; voir William, *ibid*, au para 34.

⁵¹² Pensons aux propos de la juge Southin rapportés en ouverture de la présente thèse et qu'on retrouve dans Musqueam, *supra* note 1, aux paras 6-7.

droits ancestraux, même sur une base *prima facie*, et certains juges démontrent une affinité beaucoup plus grande avec l’histoire et l’histoire du droit⁵¹³.

Notre révision des décisions judiciaires de la Cour d’appel nous mène toutefois à conclure que le traitement judiciaire de l’histoire à travers la réception de la preuve historique et anthropologique se fait essentiellement durant le procès et que les motifs des juges d’appel ne reflètent que très rarement un traitement distinctif de cet élément⁵¹⁴.

Ainsi, même si la Cour se montre à l’occasion bien consciente des paradoxes pouvant découler d’une lecture de l’histoire à travers la lentille du droit et des critères juridiques s’appliquant à une situation donnée, elle n’en accepte pas moins les conséquences juridiques. Deux exemples illustrant cette dynamique peuvent être tirés de *William* : d’une part le fait que la Cour accepte la conclusion du Traité de l’Oregon en 1846 comme date de cristallisation aux fins d’une revendication de titre ancestral en Colombie-Britannique, tout en soulignant que ce traité n’a eu aucune incidence pratique sur les relations entre la Couronne et les Tsilhqot’in⁵¹⁵; et d’autre part dans l’analyse faite par la Cour du droit ancestral revendiqué par les Tsilhqot’in de

⁵¹³ Dans *Musqueam*, *supra* note 1, par exemple, la juge Southin fait largement référence à l’histoire alors que le juge Hall n’y accorde que très peu d’attention.

⁵¹⁴ Voir par exemple *Van der Peet* (CACB), *supra* note 358, aux paras 6 et s, 40-41 et 55-56. On note toutefois une exception à cet égard dans *Seward*, *supra* note 364, où la Cour décrit la preuve anthropologique fournie par l’expert des appelants (autochtones), mais en fait une interprétation différente de celle proposée par ces derniers et conclut plutôt qu’il ressort de cette preuve que la sécurité des méthodes de chasse était un élément constitutif des traditions de chasse du peuple Penelekut.

⁵¹⁵ Voir *William*, *supra* note 378, au para 32.

capturer des chevaux sauvages... que la Cour leur reconnaît, tout en mentionnant bien que les chevaux ont été introduits en Amérique par les colons européens⁵¹⁶!

Même dans la construction d'une solution juridique (et donc du droit), on ne peut affirmer que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique se montre fermée à une considération de l'histoire et d'autres facteurs exogènes : ainsi, le contexte historique différent entre le Canada et les États-Unis en ce qui a trait aux relations avec les Autochtones mène le juge Wallace à rejeter l'une des solutions proposées par le juge Lambert dans *Van der Peet*⁵¹⁷ ; et dans *William*, la situation particulière des Autochtones au Canada (donc leur contexte) et le fait que le dossier des Tsilhqot'in constituait un « *test case* » sont des éléments ayant expressément influencé la Cour d'appel dans sa décision de ne pas interférer avec les conclusions – peut-être formulées un peu généralement – du juge de première instance selon lesquelles il y avait eu atteinte *prima facie* aux droits des Tsilhqot'in.

3.2.3 La Cour interaméricaine des droits de l'homme

Au niveau de la mobilisation des sources, les jugements de la Cour interaméricaine démontrent une approche quelque peu différente de celle des deux tribunaux considérés précédemment : les juges de cette cour internationale accordent certainement la plus grande place à la *Convention américaine* et aux articles de cette dernière applicables à un dossier. Les jugements de la Cour interaméricaine sont d'ailleurs généralement organisés par sections correspondant aux allégations de violation d'un article de la *Convention américaine* et à l'analyse judiciaire y

⁵¹⁶ Voir *William*, *ibid*, aux paras 262 et s.

⁵¹⁷ Voir *Van der Peet* (CACB), *supra* note 358, au para 102.

correspondant⁵¹⁸. En ce qui concerne les droits territoriaux reconnus d'abord aux populations autochtones⁵¹⁹, puis tribales⁵²⁰, c'est l'article 21 de la *Convention américaine* qui était invoqué, bien que la Cour interaméricaine semble considérer que les droits protégés par d'autres articles de la *Convention américaine* aient aussi un rôle à jouer dans l'interprétation de l'article 21⁵²¹.

Ensuite, les sources qui sont mobilisées le plus souvent par les juges de la Cour interaméricaine sont les décisions antérieures de la Cour, lesquelles sont traitées comme ayant établi des interprétations, principes et règles juridiques contraignantes⁵²² et qui servent également de base à l'édification de nouvelles règles ou de nouveaux principes permettant généralement d'étendre la protection juridique des droits humains à de nouvelles situations ou à de nouveaux contextes⁵²³.

⁵¹⁸ Voir par exemple *Awes Tingni*, *supra* note 24 où la Cour interaméricaine a d'abord analysé les allégations de violation de l'article 25 (droit à la protection judiciaire), aux paras 104 et s, pour ensuite analyser les allégations de violation de l'article 21, aux paras 140 et s.

⁵¹⁹ Voir *Awes Tingni*, *ibid.*

⁵²⁰ Voir *Saramaka*, *supra* note 382, aux paras 85-86.

⁵²¹ Voir la discussion de la Cour interaméricaine du droit à la consultation et à la propriété communautaire en relation avec le droit à l'identité culturelle dans *Sarayaku*, *supra* note 385, aux paras 212 et s ainsi que 231-232. La Cour interaméricaine semble ainsi avoir élargi les fondements des droits territoriaux des peuples autochtones non seulement dans le droit à la propriété, mais aussi dans celui à l'identité culturelle qui découlerait du principe de non-discrimination prévu à l'article 1(1) de la *Convention américaine*, *supra* note 24.

⁵²² Ainsi, la reconnaissance aux peuples autochtones d'un droit de propriété communautaire sur leurs territoires traditionnels énoncée initialement dans *Awes Tingni*, *supra* note 24 est reprise dans chaque affaire subséquente traitée par la Cour interaméricaine où les droits territoriaux des autochtones sont en cause : voir notamment *Yakye Axa*, *supra* note 387, au para 137 ; *Sawhoyamaya*, *supra* note 387, au para 118 ; *Saramaka*, *supra* note 382, aux paras 88-89 ; *Xákmok Kásek*, *supra* note 387, aux paras 85-87 ; et *Sarayaku*, *ibid.*, au para 145.

⁵²³ Voir par exemple *Yakye Axa*, *ibid.*, où la Cour écrit au para 144 : « Now, when indigenous communal property and individual private property are in real or apparent contradiction, the American Convention itself and the jurisprudence of the Court provide guidelines to establish

La Cour a également recours, lorsqu'elle interprète la *Convention américaine*, à toute une gamme d'autres sources dont des rapports et autres documents produits par la Commission interaméricaine⁵²⁴. Il en va de manière semblable pour les travaux préparatoires à la *Convention américaine* qui permettent, par exemple, une interprétation basée sur les choix des rédacteurs de la *Convention* d'inclure ou d'exclure une notion en particulier⁵²⁵.

Ensuite – et c'est là un élément très intéressant et particulier de la jurisprudence de ce tribunal – la Cour interaméricaine mobilise également dans son interprétation de la *Convention américaine* et sa construction du droit les règles et instruments de droit interne de l'État mis en cause dans un dossier. Dans les affaires que nous avons analysées, il s'agissait donc du droit interne du Nicaragua dans *Awas Tingni*, de celui du Paraguay dans *Yakye Axa*, *Sawhoyamaya* et *Xákmok Kásek*, de celui du Suriname dans *Saramaka* et du droit interne de l'Équateur dans *Sarayaku*. Cette mécanique d'interprétation est résumée ainsi par la Cour dans *Sarayaku* :

« (...) *in keeping with Article 29(b) of the Convention, the provisions of Article 21 of this instrument must be interpreted in conjunction with other*

admissible restrictions to the enjoyment and exercise of those rights, that is: a) they must be established by law; b) they must be necessary; c) they must be proportional, and d) their purpose must be to attain a legitimate goal in a democratic society ». Voir aussi *Saramaka*, *ibid*, aux paras 127-129 où la Cour, après avoir référé aux critères énoncés dans *Yakye Axa* concernant les restrictions (ou atteintes) acceptables des droits territoriaux des peuples autochtones et au principe voulant que de telles restrictions ne doivent pas mettre en péril leur survie en tant que peuple autochtone, énonce trois nouvelles mesures de protection (*safeguards*) importantes qui, selon la Cour, s'imposent aux États dans une situation comparable à celle qui ressortait du dossier des *Saramaka* (soit l'octroi par l'État de concessions minières et forestières dans leur territoire traditionnel).

⁵²⁴ Voir par exemple *Saramaka*, *ibid*, à la note 84 au para 91.

⁵²⁵ Voir *Awas Tingni*, *supra* note 24, au para 145 : « (...) *it was decided to refer to the "use and enjoyment of his property" instead of "private property"* ».

rights recognized by the State in its domestic laws or in other relevant international norms »⁵²⁶.

Les deux exemples qui suivent permettent d'illustrer cette mécanique en action. Dans *Awes Tingni*, la Cour explique que la Constitution du Nicaragua reconnaissait un régime de propriété communautaire aux peuples autochtones et que l'interprétation de l'article 21 de la *Convention américaine* qu'elle adopte va dans le même sens⁵²⁷. Dans *Yakye Axa*, la Constitution du Paraguay reconnaissait le droit à l'identité culturelle des peuples autochtones en lien avec leur environnement, ce qui a fourni une base à la Cour pour définir la portée de l'article 21 de la *Convention américaine*⁵²⁸.

Ce dernier exemple soulève des questions intéressantes pour le transjudicialisme, notamment quant au rôle du juge d'un tribunal international dans l'interprétation du droit interne d'un pays dont il n'est pas originaire. Dans *Yakye Axa*, le fait que le Paraguay ait une constitution écrite a permis à la Cour de s'y référer pour interpréter l'article 21 de la *Convention américaine* dans le contexte paraguayen; mais on peut se demander, qu'en aurait-il été si un État membre du système interaméricain avait plutôt une constitution non écrite ou bien un droit des Autochtones largement issu de la jurisprudence (comme c'est le cas au Canada)? En d'autres termes, la mobilisation des sources de droit national par la Cour interaméricaine nous semble soulever – pour employer la terminologie de Hart – la question de l'alignement des « règles secondaires de reconnaissance » entre le système juridique interaméricain et les systèmes juridiques nationaux.

⁵²⁶ *Sarayaku*, *supra* note 385, au para 171.

⁵²⁷ *Awes Tingni*, *supra* note 24, aux paras 146-153.

⁵²⁸ *Yakye Axa*, *supra* note 387, au para 138. Voir aussi *Sawhoyamaya*, *supra* note 387, au para 122.

De plus, la méthode d'interprétation « non restrictive » des juges de la Cour interaméricaine mène également ces derniers à mobiliser les « autres normes pertinentes de droit international », notamment les traités internationaux ratifiés par l'État mis en cause dans l'affaire que la Cour interaméricaine est appelée à trancher⁵²⁹ et parfois même sans que l'État en question ait adhéré à l'instrument de droit international en question⁵³⁰.

Ainsi, la Cour se dit à l'occasion liée non seulement par les termes des conventions internationales relatives aux droits humains et les principes que ces dernières contiennent, mais également par les interprétations les plus larges ou généreuses ayant été données à ces conventions par d'autres tribunaux ou instances internationales⁵³¹.

La mécanique interprétative découlant de l'application de l'article 29(b) de la *Convention américaine* a donc pour effet de produire un système juridique international dont les normes sont en perpétuelle expansion : dès qu'une interprétation étend la portée d'une règle ou d'un principe à une nouvelle situation,

⁵²⁹ Voir par exemple *Yakye Axa, ibid*, où la Cour interaméricaine juge utile de se référer à la *Convention n°169* qui avait été ratifiée par le Paraguay ainsi qu'aux « développements connexes dans le droit international des droits humains » (aux paras 127-130).

⁵³⁰ Voir par exemple *Saramaka, supra* note 382, où la Cour mentionne que son interprétation de l'article 21 de la *Convention américaine* a pris en compte la *Convention n°169* qui n'avait pas été ratifiée par le Suriname; mais la Cour juge que son interprétation demeure valide au regard d'autres conventions internationales ayant, elles, été ratifiées par le Suriname comme le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (voir *Saramaka* aux paras 92-93).

⁵³¹ Par exemple, dans *Saramaka*, la Cour interaméricaine présente l'interprétation produite par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'article 1 commun au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et au *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* comme étant contraignante sur son propre jugement (voir *Saramaka, ibid*, aux paras 92-93).

celle-ci est mobilisée dans d'autres affaires impliquant potentiellement d'autres communautés et d'autres États.

Le droit international des droits humains produit par la Cour interaméricaine se trouve ainsi en construction perpétuelle à travers un dialogue constant entre principes de droit international et de droit national – et le traitement des droits territoriaux des peuples autochtones et tribaux n'échappe pas à cette dynamique⁵³².

Avant de conclure notre discussion de la mobilisation des sources par les juges de la Cour interaméricaine, soulignons que ces derniers font, de façon générale, très peu référence dans les décisions judiciaires à la doctrine produite par des commentateurs académiques ou autres. La Cour reçoit toutefois des « avis d'experts »⁵³³ auxquels elle fait référence sur des points de droit précis⁵³⁴.

La seule « doctrine » qui trouve une place dans les motifs de la Cour est celle produite par les institutions internationales de protection des droits humains dans des contextes non judiciaires⁵³⁵. On se doit ainsi de souligner la grande proximité qui semble exister entre la Cour interaméricaine et les autres institutions internationales ayant pour mission de participer au développement des normes relatives à la

⁵³² Pour une illustration assez forte de ce dialogue constant des sources en action, voir *Sarayaku*, *supra* note 385, aux paras 159-164.

⁵³³ Voir par exemple dans *Sarayaku*, *ibid*, aux paras 32 et 34.

⁵³⁴ Par exemple, dans *Sarayaku*, *ibid*, la Cour cite l'avis d'expert de Rodolfo Stavenhagen sur des questions relatives aux modalités de la consultation appropriée d'une communauté autochtone ou encore relativement à qui incombe la responsabilité de la consultation (voir au para 180, à la note 237 et au para 187, à la note 248). Toujours dans *Sarayaku*, la Cour cite également James Anaya tant à titre de témoin expert (voir au para 168) qu'en sa qualité de Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones (voir au para 181).

⁵³⁵ Voir par exemple dans *Sarayaku*, *ibid*, aux paras 181 (notes 238-239) et au para 212 (note 278) où la Cour réfère au rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones.

protection des droits humains, y compris les droits des peuples autochtones. Il nous semble ainsi que la Cour interaméricaine ne se cache pas – ou à peine – d’être un tribunal plutôt activiste, ayant pour mission de participer à ce développement de normes. À ce titre, il nous semble pertinent de nous interroger à savoir s’il n’y aurait pas, à la Cour interaméricaine, une certaine bifurcation des discours judiciaires comme Mitchel Lasser l’a observé à la Cour européenne des droits de l’homme; mais cette interrogation devra faire l’objet d’une recherche différente de celle qui occupe la présente thèse.

Comment caractériser le raisonnement judiciaire à la Cour interaméricaine? Les racines civilistes de plusieurs pays d’Amérique latine s’y font-elles ressentir? Compte tenu du fait que toutes les solutions juridiques retenues par ce tribunal doivent nécessairement être rattachées aux articles pertinents de la *Convention américaine*, il n’est peut-être pas surprenant que notre analyse ait révélé que le raisonnement déductif y occupe une place prépondérante. En effet, la Cour interaméricaine procède, à notre sens, en suivant un raisonnement qui est éminemment syllogistique : les juges de la Cour décrivent les faits derrière la plainte ayant été déposée à la Commission interaméricaine; ils énoncent les règles juridiques générales rattachées à un ou plusieurs articles de la *Convention américaine* dont la Commission interaméricaine allègue une violation; et ils « appliquent le droit aux faits » selon la méthode d’interprétation non restrictive décrite précédemment et qui rapproche, à tout le moins en apparence, l’action judiciaire de la mécanique, c’est-à-dire que la solution juridique retenue est présentée comme la conséquence logique et inéluctable des propositions qui la précèdent.

À titre d’illustration, cette « mécanique » de raisonnement nous semble présente dès la première décision où la Cour a conclu que les droits territoriaux des populations autochtones sont protégés par l’article 21 de la *Convention américaine* :

« Through an evolutionary interpretation of international instruments for the protection of human rights, taking into account applicable norms of interpretation and pursuant to article 29(b) of the Convention -which precludes a restrictive interpretation of rights-, it is the opinion of this Court that article 21 of the Convention protects the right to property in a sense which includes, among others, the rights of members of the indigenous communities within the framework of communal property, which is also recognized by the Constitution of Nicaragua. »⁵³⁶

On retrouve ensuite la même mécanique à l'œuvre dans *Saramaka* où, après avoir énoncé les principes applicables à la lumière de ses décisions antérieures et rappelé sa méthode d'interprétation, la Cour interaméricaine conclut :

« Applying the aforementioned criteria to the present case, the Court thus concludes that the members of the Saramaka people make up a tribal community protected by international human rights law that secures the right to the communal territory they have traditionally used and occupied, derived from their longstanding use and occupation of the land and resources necessary for their physical and cultural survival, and that the State has an obligation to adopt special measures to recognize, respect, protect and guarantee the communal property right of the members of the Saramaka community to said territory. »⁵³⁷

Le fait que la méthode d'interprétation non restrictive adoptée par la Cour interaméricaine semble réduire la latitude dont disposent les juges renforce certainement la « prévisibilité logique et abstraite » de la norme juridique – soit un élément que le juge Baudouin rattachait à la tradition civiliste⁵³⁸.

⁵³⁶ *Awás Tingni*, *supra* note 24 au para 148. La Cour adopte ensuite un raisonnement semblable à l'égard de l'interprétation de la Constitution du Nicaragua; voir au para 153. Pour d'autres exemples illustrant un « raisonnement mécanique » à la Cour interaméricaine, voir notamment *Sawhoyamaxa*, *supra* note 387, aux paras 127-128 et *Xákmok Kásek*, *supra* note 387, aux paras 108-116.

⁵³⁷ *Saramaka*, *supra* note 382, au para 96.

⁵³⁸ Voir *supra* à la note 313.

Mais la Cour interaméricaine met parfois également à l'œuvre un raisonnement plus analogique et axé sur les conséquences pratiques dans ses décisions judiciaires. L'affaire *Saramaka* présente à ce titre un cas intéressant où la Cour a étendu la portée de la protection conférée par l'article 21 de la *Convention américaine* – qu'elle avait déjà reconnue quant aux droits des peuples autochtones sur leurs territoires traditionnels – aux ressources naturelles se trouvant sur ces territoires. La raison avancée par la Cour est alors bien simple, soit que la même logique justificative applicable aux territoires traditionnels trouve application en ce qui a trait aux ressources naturelles s'y trouvant, c'est-à-dire que la survie physique et culturelle des peuples autochtones en tant qu'autochtones en dépend. La Cour écrit alors :

*« In accordance with this Court's jurisprudence as stated in the Yakye Axa and Sawhoyamaya cases, members of tribal and indigenous communities have the right to own the natural resources they have traditionally used within their territory for the same reasons that they have a right to own the land they have traditionally used and occupied for centuries. Without them, the very physical and cultural survival of such peoples is at stake. »*⁵³⁹

Puis, plus loin dans le même paragraphe, la Cour ajoute que le but des mesures spéciales requises au nom des communautés autochtones et tribales est de garantir que ces dernières pourront continuer à exister en préservant entre autres leur mode de vie traditionnel et leur identité culturelle distincte. Ce faisant, la Cour nous semble faire une interprétation téléologique de la *Convention américaine* tout en portant une attention à l'aspect pragmatique de la solution juridique qu'elle retient (c'est-à-dire que les communautés autochtones ont, de façon pratique, autant besoin d'accéder au territoire qu'aux ressources naturelles s'y trouvant afin d'assurer leur survie physique et culturelle). Ainsi, même lorsqu'ils emploient un raisonnement tirant plus vers

⁵³⁹ *Saramaka*, *supra* note 382, au para 121.

l'analogie, les juges de la Cour interaméricaine nous semblent pencher davantage vers une approche que le juge Baudouin associe à la tradition civiliste et qui cherche d'abord à intégrer une solution dans un ensemble abstrait⁵⁴⁰.

C'est d'ailleurs ce qui ressort aussi de l'utilisation que font les juges de la Cour interaméricaine de principes généraux du droit. La Cour interaméricaine faisant partie du système interaméricain de protection des droits humains et participant au développement à plus grande échelle encore du droit international des droits humains, il n'est sans doute pas surprenant que les juges y mobilisent surtout des principes généraux de droit international des droits humains. Mais lesquels?

Dès l'affaire *Awas Tingni*, les juges ont mobilisé des principes généraux d'interprétation des instruments de protection des droits humains, par exemple relativement à la signification autonome des termes d'un traité ou d'une convention internationale par rapport aux usages domestiques ou nationaux de ces mêmes termes, ou encore, relativement au principe de l'interprétation évolutive et non restrictive des normes de protection des droits humains consacrée à l'article 29(b) de la *Convention américaine* et dont nous avons déjà fait mention⁵⁴¹. Ces mêmes principes – ainsi que les conclusions auxquelles ces principes ont mené dans *Awas Tingni* – reviendront dans chacun des jugements subséquents de la Cour en matière de droits territoriaux des peuples autochtones.

⁵⁴⁰ Voir *supra* à la note 314. On peut à ce titre comparer (et contraster) l'approche des juges de la Cour interaméricaine avec celle des juges de la Cour d'appel du Québec dans leur interprétation téléologique de la *Proclamation royale de 1763*; voir par exemple les motifs du juge Baudouin dans *Côté* (CAQ), *supra* note 357, à la p 32 et les motifs du juge Beaugregard dans *Adams* (CAQ), *supra* note 356, à la p 22.

⁵⁴¹ Voir *Awas Tingni*, *supra* note 24, aux paras 146-148. Nous avons aussi déjà mentionné que les juges font, à notre sens et même s'ils ne l'expriment pas en ces termes, une interprétation téléologique de l'article 21 de la *Convention américaine* qui est aussi récurrente dans toutes les décisions de la Cour interaméricaine que nous avons analysées; voir notamment *Sarayaku*, *supra* note 385, au para 145.

Les juges de la Cour interaméricaine font également référence à d'autres principes sous-jacents à la protection des droits humains, par exemple à celui établissant qu'une situation de discrimination potentielle s'évalue en fonction d'une norme d'égalité substantielle et non d'égalité réelle :

*« It is a well-established principle of international law that unequal treatment towards persons in unequal situations does not necessarily amount to impermissible discrimination. »*⁵⁴²

On ne peut non plus passer sous silence le principe de l'égalité des cultures juridiques qui sous-tend toute l'analyse de la Cour interaméricaine quant à la portée de la protection qu'il convient d'accorder aux droits territoriaux des peuples autochtones et tribaux et qui reconnaît expressément la normativité autochtone comme produisant des effets juridiques. Ce principe, présent dans toutes les décisions de la Cour interaméricaine en matière de droits territoriaux depuis *Awás Tingni*, est résumé dans la plus récente affaire *Sarayaku* :

*« The indigenous peoples have a community-based tradition related to a form of communal collective land ownership; thus, land is not owned by individuals but by the group and their community. These notions of land ownership and possession do not necessarily conform to the classic concept of property, but deserve equal protection under Article 21 of the American Convention. Ignoring the specific forms of the right to the use and enjoyment of property based on the culture, practices, customs and beliefs of each people, would be tantamount to maintaining that there is only one way to use and dispose of property, which, in turn, would render protection under Article 21 of the Convention illusory for millions of people. »*⁵⁴³

⁵⁴² *Saramaka*, *supra* note 382, au para 103.

⁵⁴³ *Sarayaku*, *supra* note 385, au para 145. Voir aussi *Awás Tingni*, *supra* note 24 au para 149; *Yakye Axa*, *supra* note 387, au para 131; *Sawhoyamaxa*, *supra* note 387, au para 120; *Saramaka*, *ibid*, au para 89 et *Xákmok Kásek*, *supra* note 387, au para 87.

Également dans *Sarayaku*, la Cour cite une pléthore de cas où l'obligation pour un État de consulter les populations autochtones affectées par un projet quelconque a été reconnue en droit national⁵⁴⁴, ce qui l'amène à conclure que l'obligation de consulter les peuples autochtones est maintenant un « principe général du droit international »⁵⁴⁵.

Ce dernier exemple soulève une autre question intéressante pour le transjudicialisme, soit celle du rapport de la Cour interaméricaine (et peut-être plus largement du droit international des droits humains) à l'universalisme juridique⁵⁴⁶. La Cour interaméricaine semble en effet suivre deux chemins qui pourraient apparaître conceptuellement incompatibles ou contradictoires : d'un côté elle affirme l'universalisme des principes du droit international des droits humains et de l'autre elle crée un espace pour le pluralisme juridique en affirmant également le principe de l'égalité des cultures juridiques⁵⁴⁷.

Il nous semble ainsi que la construction des droits territoriaux des peuples autochtones et tribaux par la Cour interaméricaine se trouve « sous tension » en

⁵⁴⁴ La Cour cite d'ailleurs le cas du Canada en référant aux arrêts *Nation haïda*, *supra* note 368, et *Rio Tinto*, *supra* note 108; voir au para 164 à la note 213.

⁵⁴⁵ *Sarayaku*, *supra* note 385, au para 164.

⁵⁴⁶ À ce sujet et bien que ces commentaires nous apparaissent relever plus de la doctrine judiciaire, voir les motifs concurrents du juge Cançado Trindade dans *Sawhoyamaxa*, *supra* note 387, où ce dernier discute notamment du droit naturel, de la place des droits des peuples autochtones dans le développement de la « *Law of Nations (Jus Gentium)* » et où il affirme rien de moins que la jurisprudence de la Cour interaméricaine (notamment dans cette affaire) constitue une manifestation de l'éveil d'une « conscience juridique universelle » qui serait « *the ultimate material source of all Law* » (paras 58-66 des motifs concurrents du juge Cançado Trindade).

⁵⁴⁷ D'autres auteurs ont déjà présenté des observations semblables; voir notamment Ghislain Otis, « Conclusion générale : Absences et présences du juge dans le dialogue des cultures juridiques » dans Ghislain Otis, dir, *Le juge et le dialogue des cultures juridiques*, Paris, Éditions Karthala, 2013, 207 aux pp 219-221.

raison des contradictions internes dans les principes fondant les décisions de la Cour; mais il est tout à fait possible que ces contradictions n'aient pas à être résolues avant qu'un dossier précis ne le requière et, surtout, il se pourrait très bien que ces contradictions permettent précisément à la Cour et à ses juges d'atteindre le résultat qu'ils considèrent « juste »⁵⁴⁸.

Les dynamiques que nous venons de décrire ne sont sans doute pas sans incidence sur l'importance qu'accordent les juges de la Cour interaméricaine à la cohérence synthétique ou à l'intégration des solutions juridiques retenues dans un ensemble abstrait. Il appert en effet que le souci de cohérence synthétique générale soit une considération importante pour les juges de la Cour interaméricaine qu'on observe notamment dans le déploiement de leur méthode d'interprétation : les juges cherchent en effet à interpréter les articles de la *Convention américaine* les uns en fonction des autres, de façon à former un tout cohérent; et la mécanique de « l'interprétation non restrictive » des normes de protection des droits humains assure elle aussi une certaine cohérence non seulement à l'intérieur du système interaméricain de protection des droits humains, mais plus largement encore avec le droit international des droits humains⁵⁴⁹.

Les juges de la Cour interaméricaine sont aussi assez constants dans leur référence à des notions fondamentales comme les conceptions de la propriété. Il est digne d'intérêt que la définition de la propriété – concept qui est au cœur de l'article 21 de

⁵⁴⁸ Nous laisserons pour un autre jour la question à savoir si la Cour interaméricaine devrait – ou non – être qualifiée de jusnaturaliste.

⁵⁴⁹ Voir notamment *Awas Tingni*, *supra* note 24, aux paras 147-148 et *Saramaka*, *supra* note 382, aux paras 92-93. Voir toutefois *Saramaka* au para 105 qui soulève des questions, sur le plan de la cohérence, quant à l'interaction entre les règles et critères juridiques développés par la Cour interaméricaine et ceux du droit interne des États membres du système interaméricain.

la *Convention américaine* – présentée par la Cour dans *Awas Tigni* et reprise par la suite dans toutes les affaires subséquentes traitant des droits territoriaux des peuples autochtones et tribaux utilise les notions civilistes de « patrimoine », de « meubles et immeubles » ainsi que « d'éléments corporels et incorporels »⁵⁵⁰.

Comme nous l'avons déjà mentionné, la Cour interaméricaine reconnaît toutefois le principe de l'égalité des cultures juridiques, lequel amène la Cour à reconnaître et donner effet aux conceptions autochtones de la « propriété » ou à ce qui s'en rapproche le plus dans les traditions juridiques autochtones. Les droits territoriaux des peuples autochtones et tribaux reconnus par la Cour interaméricaine sont donc bien différents des concepts civilistes de la propriété, même si les juges utilisent le vocabulaire civiliste pour en décrire les effets⁵⁵¹. L'esprit civiliste ne confine donc pas les juges à une conception monolithique de la propriété.

Nous avons donc vu que chaque décision judiciaire de la Cour interaméricaine en matière de droits territoriaux s'insère dans un système se voulant logique et cohérent où les juges ont aménagé un certain espace pour le pluralisme juridique. Mais toutes les interprétations reliées à l'article 21 de la *Convention américaine* nous apparaissent ultimement reposer sur une interprétation téléologique de cet article, c'est-à-dire sur une conception bien précise de l'objectif qu'il vise (et donc de la portée qu'il convient de lui donner). Nous n'arrivons pas à décrire autrement le fondement de

⁵⁵⁰ Voir *Awas Tigni*, *ibid*, au para 144; voir également *Yakye Axa*, *supra* note 387, au para 137; *Sawhoyamaxa*, *supra* note 387, au para 121; et *Sarayaku*, *supra* note 385, au para 145.

⁵⁵¹ Dans leurs motifs séparés et conjoints dans *Awas Tigni*, *ibid*, les juges Cançado Trindade, Pacheco-Gómez et Abreu-Burelli écrivent d'ailleurs que la « forme communautaire de la propriété » de la communauté autochtone d'Awas Tigni est « beaucoup plus large que la conception civiliste (de droit privé) » et devrait, dans le cadre de la protection conférée par l'article 21 de la *Convention américaine*, être appréciée en fonction de l'importance que la communauté autochtone accorde à la préservation de la terre non seulement comme héritage des générations passées, mais aussi pour honorer ses obligations envers les générations futures (voir au para 9 des motifs séparés et conjoints).

l'objectif retenu par les juges de la Cour interaméricaine qu'en référence à des valeurs de morale politique, soit l'idée que l'article 21 de la *Convention américaine* doit nécessairement protéger le lien essentiel entre l'identité culturelle autochtone et le territoire. La Cour a d'abord exprimé ce fondement de la protection des droits territoriaux des peuples autochtones dans *Awas Tingni* :

« *Indigenous groups, by the fact of their very existence, have the right to live freely in their own territory; the close ties of indigenous people with the land must be recognized and understood as the fundamental basis of their cultures, their spiritual life, their integrity, and their economic survival. For indigenous communities, relations to the land are not merely a matter of possession and production but a material and spiritual element which they must fully enjoy, even to preserve their cultural legacy and transmit it to future generations.* »⁵⁵²

Il nous semble ainsi qu'on retrouve dans ce passage l'idée fondamentale que les cultures ont une valeur intrinsèque et qu'il importe donc de protéger ce qui est nécessaire à leur existence et à leur survie. Cette idée anime à notre sens toute la jurisprudence de la Cour interaméricaine en matière de droits territoriaux des peuples autochtones et tribaux⁵⁵³.

Les valeurs fondant la reconnaissance des droits territoriaux par la Cour interaméricaine sont d'autant plus apparentes lorsque cette dernière doit trancher une situation où les droits d'une communauté autochtone ou tribale protégés par l'article 21 de la *Convention américaine* entrent en conflit avec d'autres droits bénéficiant aussi de la protection de cet article, par exemple les droits privés de tiers. Ainsi, dans

⁵⁵² *Awas Tingni*, *ibid*, au para 149.

⁵⁵³ Voir *Yakye Axa*, *supra* note 387, au para 131-137; *Sawhoyamaya*, *supra* note 387, aux paras 118-120; *Saramaka*, *supra* note 382, aux paras 88-89; *Xákmok Kásek*, *supra* note 387, aux paras 85-87; et *Sarayaku*, *supra* note 385, au para 145. Voir aussi la discussion de la consultation et de la propriété communautaire en relation avec le droit à l'identité culturelle dans *Sarayaku* aux paras 212-220.

Yakye Axa, la Cour énonce des « lignes directrices » afin de déterminer si des restrictions aux droits territoriaux d'une communauté autochtone sont justifiables⁵⁵⁴. Pour la Cour, il est clair que la résolution d'un tel conflit doit se faire en fonction de l'objectif de protection de l'identité culturelle des peuples autochtones; ce qui ne veut pas dire que les intérêts territoriaux des Autochtones prévaudront toujours sur ceux d'individus privés ou de l'État, mais bien qu'un État qui ne pourrait justifier des restrictions aux droits territoriaux des Autochtones, mettant ainsi en péril le lien essentiel qui unit leur culture et le territoire, aurait alors des obligations soit de restituer des territoires à ces populations autochtones, soit de leur accorder une compensation qui refléterait l'importance du territoire selon la perspective des Autochtones⁵⁵⁵.

Il devrait déjà apparaître clairement de notre discussion que la perspective des Autochtones occupe une place significative dans le traitement judiciaire des droits territoriaux à la Cour interaméricaine. Nous avons déjà mentionné que dès l'affaire *Awas Tingni*, puis dans toute la jurisprudence subséquente en matière de droits territoriaux, les juges de la Cour interaméricaine ont reconnu les traditions autochtones de propriété collective ou communautaire de la terre, distinguant ainsi les droits territoriaux des conceptions civilistes classiques de la propriété⁵⁵⁶. La Cour

⁵⁵⁴ *Yakye Axa*, *ibid*, aux paras 144-145.

⁵⁵⁵ *Yakye Axa*, *ibid*, aux paras 146-149; voir aussi *Sawhoyamaya*, *supra* note 387, aux paras 135 et s. On peut certainement faire une analogie ici avec l'arrêt *Sparrow*, *supra* note 80 de la Cour suprême du Canada qui fournit également un certain « guide de priorisation » en cas d'atteinte à des droits ancestraux protégés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*; il nous apparaît toutefois que le test établi par la Cour suprême du Canada et les lignes directrices fournies par la Cour interaméricaine se distinguent, notamment quant aux valeurs qui se trouvent à leur fondement. La Cour interaméricaine va également, à notre sens, plus loin que la Cour suprême du Canada dans la place qu'elle accorde—au niveau substantif—à la perspective autochtone.

⁵⁵⁶ *Awas Tingni*, *supra* note 24, au para 149; *Yakye Axa*, *ibid*, aux paras 131-137; *Sawhoyamaya*, *ibid*, aux paras 118-120; *Saramaka*, *supra* note 382, aux paras 88-89; *Xákmok Kásek*, *supra* note 387, aux paras 85-87; et *Sarayaku*, *supra* note 385, au para 145.

accorde donc une valeur substantive à la perspective et aux traditions juridiques autochtones, lesquelles doivent être prises en compte non seulement dans les critères permettant de déterminer s'il existe une relation entre une communauté ou un peuple autochtone et son territoire traditionnel⁵⁵⁷, mais également dans les mesures appropriées pour prévenir ou remédier à des atteintes aux droits territoriaux des peuples autochtones. Par exemple, dans *Saramaka*, la Cour interaméricaine déclare que le Suriname a l'obligation de délimiter, démarquer et accorder un titre collectif sur le territoire du peuple Saramaka à ce dernier, conformément à ses lois coutumières et par le biais de consultations préalables, effectives et bien informées (éclairées)⁵⁵⁸.

Qu'en est-il alors du traitement judiciaire des autres déterminants exogènes au droit? Il nous apparaît significatif que les juges de la Cour interaméricaine ne semblent pas accorder une grande préoccupation à l'histoire, ces derniers se contentant le plus souvent de référer aux expertises et à la preuve (documentaire ou autre) qui leur a été soumise en cette matière et qui établissent que la communauté autochtone en cause fait partie d'un peuple autochtone ou tribal qui a historiquement occupé un territoire et utilisé les ressources s'y trouvant⁵⁵⁹. Les juges de la Cour interaméricaine semblent en fait bien plus préoccupés par la situation dans laquelle se retrouvent les communautés autochtones et tribales dans le présent.

⁵⁵⁷ Voir *Sarayaku*, *ibid*, au para 148. La Cour rapporte également des extraits de témoignage de membres de la communauté des Kichwa de Sarayaku énonçant comment ces derniers conçoivent de leur lien particulier au territoire; voir notamment aux paras 149-155.

⁵⁵⁸ *Saramaka*, *supra* note 382, au para 214(5).

⁵⁵⁹ Voir par exemple *Sawhoyamaya*, *supra* note 387, aux paras 73 et s.

Ainsi, et c'est peut-être une particularité de la méthode d'interprétation « évolutive » du droit international des droits humains adoptée par les juges de la Cour interaméricaine, ces derniers se montrent en fait sensibles au contexte social et à l'évolution des conditions de vie : « *human rights treaties are live instruments whose interpretation must adapt to the evolution of the times and, specifically, to current living conditions* »⁵⁶⁰. La Cour interaméricaine a ainsi affirmé à plusieurs occasions que les États doivent prendre en compte les caractéristiques spécifiques qui différencient les membres des peuples autochtones de la population en général :

« *As regards indigenous peoples, it is essential for the States to grant effective protection that takes into account their specificities, their economic and social characteristics, as well as their situation of special vulnerability, their customary law, values, and customs.* »⁵⁶¹

Il nous apparaît donc que la Cour interaméricaine, dans sa considération de facteurs exogènes au droit, reconnaît le contexte social comme une source de droit devant informer l'interprétation judiciaire et la construction du droit.

3.3 Synthèse : quelle influence pour les traditions juridiques dans la construction judiciaire des droits territoriaux?

Dans un article datant de 2004, les auteurs Gélinau-Asseray et Lajoie s'interrogeaient à savoir si les droits ancestraux ne seraient pas des « droits paranormaux » tant les conceptions des droits ancestraux qu'ils avaient recensées chez les tribunaux et les élus canadiens paraissaient « plus évocatrices de confusion que de certitude », rappelant ainsi des phénomènes « dont le mécanisme et les causes,

⁵⁶⁰ *Awat Tingni*, *supra* note 24, au para 146.

⁵⁶¹ *Yakye Axa*, *supra* note 387, au para 63; voir aussi aux paras 51 et 125. Voir également *Xákmok Kásek*, *supra* note 387, au para 270.

inexpliqués dans l'état actuel de la connaissance, seraient imputables à des forces de nature inconnue »⁵⁶². Pourrait-on encore en dire de même à l'égard des droits territoriaux et, surtout, est-ce que notre exercice de lecture des décisions judiciaires en matière de droits territoriaux à travers la lentille des traditions juridiques a permis de dissiper un peu du brouillard entourant la construction judiciaire de ces droits spéciaux? Il nous semble à tout le moins que notre analyse a permis d'arriver à certains constats quant à différents aspects de l'approche des tribunaux en matière de droits territoriaux pouvant être rattachés à l'influence des traditions juridiques.

En effet, on constate que l'interprétation des mêmes sources (jurisprudentielles et doctrinales) nationales et internationales a produit une grande diversité d'analyses non seulement entre les tribunaux⁵⁶³, mais aussi au sein de ces derniers⁵⁶⁴. On peut ainsi avancer que l'analyse à travers la lentille des traditions juridiques nous a permis d'isoler différents mécanismes à l'œuvre dans la production judiciaire de cette diversité.

Quant à la mobilisation des sources, on remarque que pour chacun des tribunaux sous étude, l'analyse des droits territoriaux se fonde de façon importante sur des dispositions de textes fondamentaux⁵⁶⁵ formulés très généralement et laissant ainsi

⁵⁶² Éric Gélneau-Assey et Andrée Lajoie, « Les conceptions canadiennes des droits ancestraux », (2004) 38 RJT 489 à la p 527.

⁵⁶³ Par exemple, il est possible de contraster la construction des droits ancestraux et du titre ancestral à la Cour d'appel du Québec dans *Côté* (CAQ), *supra* note 357 et *Adams* (CAQ), *supra* note 356, avec celle à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Delgamuukw* (CACB), *supra* note 360 et *Van der Peet* (CACB), *supra* note 358,.

⁵⁶⁴ Comparer par exemple les approches des juges Proulx et Beauregard avec celle du juge Rothman dans *Adams* (CAQ), *ibid*; ou encore celles des juges Mcfarlane et Wallace avec celle du juge Lambert dans *Delgamuukw* (CACB), *ibid*, et *Van der Peet* (CACB), *ibid*.

⁵⁶⁵ Plus spécifiquement, l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* au Canada et l'article 21 de la *Convention américaine* à la Cour interaméricaine.

une large place à l'interprétation judiciaire dans la construction du droit. La jurisprudence occupe ainsi également une place centrale pour chacun des tribunaux, bien qu'il s'agisse alors d'une certaine jurisprudence : pour les cours d'appel canadiennes, les décisions de la Cour suprême du Canada sont traitées comme de véritables textes de loi dont les juges tireront tant des règles juridiques contraignantes que des principes généraux devant colorer leur interprétation⁵⁶⁶, alors qu'à la Cour interaméricaine, ce sont les décisions antérieures de cette même cour qui constituent le répertoire privilégié vers lequel les juges se tourneront par la suite pour puiser tant des règles que des principes plus généraux d'interprétation⁵⁶⁷.

On remarque aussi une influence inégale de la doctrine chez les différents tribunaux que nous avons étudiés. Cet usage était certainement plus prononcé au Québec qu'en Colombie-Britannique, bien qu'on se doive de souligner l'influence certaine des travaux de Brian Slattery sur les conceptions judiciaires des droits ancestraux autant au Québec qu'en Colombie-Britannique – ainsi qu'à la Cour suprême du Canada⁵⁶⁸. La hiérarchie des sources civilistes serait-elle donc susceptible d'ouvrir des possibilités différentes pour la construction judiciaire des droits territoriaux? *A priori*, la réponse à cette question nous semble différer selon que la doctrine est mobilisée

⁵⁶⁶ Pensons par exemple à l'arrêt *Sparrow*, *supra* note 80, qui établit d'un côté le test de justification d'une atteinte à un droit ancestral et, de l'autre, qui formule des principes plus généraux d'interprétation cités tant par les juges d'appel qui refusaient de reconnaître des droits ancestraux que par ceux qui auraient plutôt reconnu de tels droits; voir par exemple les motifs majoritaires et minoritaires dans *Adams* (CAQ), *supra* note 356, *Delgamuukw* (CACB), *supra* note 360 et *Van der Peet* (CACB), *supra* note 358.

⁵⁶⁷ L'affaire *Awat Tingni*, *supra* note 24 est ainsi citée dans toutes les affaires subséquentes où la Cour interaméricaine a traité des droits territoriaux.

⁵⁶⁸ Voir par exemple *Adams* (CAQ), *supra* note 356, à la Cour d'appel du Québec; *Delgamuukw* (CACB), *supra* note 360 et *Van der Peet* (CACB), *supra* note 358, à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique; et *Sparrow*, *supra* note 80, *Delgamuukw* (CSC), *supra* note 10 et *Van der Peet* (CSC) *supra* note 19 à la Cour suprême du Canada.

pour « dire le droit tel qu’il existe déjà » ou pour en nourrir l’interprétation et le construire. À ce titre, il semble qu’on puisse également appliquer aux travaux doctrinaux concernant les droits territoriaux l’observation du professeur Grammond selon laquelle « la diversité de la doctrine reflète le dépassement des conceptions positivistes du droit et la diversité du champ juridique lui-même »⁵⁶⁹.

Toutefois, depuis les arrêts phares de la Cour suprême du Canada, notamment dans *Van der Peet* (CSC) et *Delgamuukw* (CSC), il semble que les juges des tribunaux d’appel provinciaux sentent moins le besoin de recourir à la doctrine pour interpréter le droit relatif aux droits ancestraux et au titre ancestral, comme si la Cour suprême du Canada avait maintenant suffisamment balisé ce champ du droit. Il est digne de d’intérêt que dans une décision aussi importante que *William*, les juges de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique ne font directement référence à aucun ouvrage doctrinal⁵⁷⁰.

Aussi, il nous apparaît significatif que la Cour interaméricaine ne cite essentiellement que très peu ou pas de doctrine, mais mobilise de nombreuses autres sources du droit international des droits humains et affiche une très grande proximité avec d’autres institutions dont les missions participent également du développement des normes de ce domaine précis du droit⁵⁷¹. On peut ainsi s’interroger d’une part sur l’existence

⁵⁶⁹ Sébastien Grammond, « La doctrine, une obligation? » (2016) 118 R du N 311 à la p 327.

⁵⁷⁰ Les seules références sont indirectes, à travers des citations d’arrêts de la Cour suprême du Canada où cette dernière cite le professeur Slattery et dans une référence au fait que le juge de première instance citait également Brian Slattery dans ses motifs; voir *William*, *supra* note 378, au para 149.

⁵⁷¹ Sur l’idée qu’il puisse aujourd’hui exister une certaine convergence normative au sein des organes internationaux et supranationaux de protection des droits humains quant à la nécessité de reconnaître et de protéger les droits territoriaux des populations autochtones qui serait le produit d’une « fertilisation croisée » de normes et « l’aboutissement d’un échange constructif d’arguments juridiques entre différents acteurs de la scène internationale », voir Ghislain Otis et Aurélie Laurent, « Un exemple de dialogue transjudiciaire dans les systèmes régionaux de protection des droits de l’homme : la question

d'une « bifurcation des sphères discursives » (selon la terminologie de Mitchel Lasser) à la Cour interaméricaine; mais surtout, cette observation nous mène d'autre part à souligner une particularité de la Cour interaméricaine qui la distingue sans doute des autres tribunaux considérés dans la présente étude, soit le fait que la Cour interaméricaine est un tribunal investi d'une mission bien spécifique : garantir la jouissance des droits et libertés protégés par la *Convention américaine*, laquelle stipule dès le premier énoncé de son préambule l'objectif de consolider sur le continent américain « un régime de liberté individuelle et de justice sociale, fondé sur le respect des droits fondamentaux de l'homme »⁵⁷². La Cour d'appel du Québec et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique nous apparaissent ne pas partager une telle mission et remplir plutôt la fonction de tribunaux généraux, appelés à connaître de toute matière qui tombe sous leur juridiction, ce qui pourrait d'ailleurs expliquer la place (plus) importante des exercices de mise en balance de différents intérêts (par exemple des populations autochtones et non autochtones) dans les décisions des juges d'appel canadiens.

Peut-être est-il donc moins surprenant que les tribunaux d'appel du Canada paraissent moins activistes que la Cour interaméricaine... sauf pour certaines exceptions. Ainsi, le juge Lambert aborde les droits ancestraux d'une manière qui se rapproche à de nombreux égards de celle de la Cour interaméricaine, notamment quant à la place qu'il accorde à la perspective autochtone autant dans la construction théorique des droits ancestraux que dans la détermination des solutions juridiques appropriées dans

foncière autochtone » dans Institut de recherche et débat sur la gouvernance – IRG, *La gouvernance en révolution(s) - Chroniques de la gouvernance 2012*, Éditions Charles Léopold Mayer, 2012, 265, disponible en ligne : < http://www.institut-gouvernance.org/docs/un_exemple_de_dialogue_transjudiciaire.pdf > à la p 266.

⁵⁷² Voir le préambule de la *Convention américaine*, *supra* note 24; voir également le mandat de la Cour interaméricaine décrit à l'article 63 du même instrument.

des circonstances précises⁵⁷³. Est-ce que cet activisme chez le juge Lambert serait le reflet d'une « tradition personnelle », avec ses méthodes judiciaires et ses valeurs propres?

L'analyse des types de raisonnement judiciaire dans les différents jugements a aussi révélé une diversité de tendances entre les tribunaux comme au sein de ces derniers, la Cour d'appel du Québec et la Cour interaméricaine s'affichant toutes deux comme étant très attachées au raisonnement déductif, voire syllogistique, et à une approche conceptualiste et rationnelle du droit.

Les juges de la Cour interaméricaine emploient toutefois une méthode d'interprétation « dynamique » du droit particulière au système juridique interaméricain qui se démarque notamment par l'application simultanée de règles juridiques nationales et internationales suivant une règle d'interprétation « non restrictive » ainsi que par son ouverture au pluralisme juridique⁵⁷⁴.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, quant à elle, se démarque comme le tribunal que nous avons étudié affichant la plus grande diversité de types de raisonnements judiciaires. Cette diversité de solutions juridiques proposées et de « façons d'arriver à ces solutions »⁵⁷⁵ a d'ailleurs, au moins pour certains

⁵⁷³ Voir notamment les motifs du juge Lambert dans *Delgamuukw* (CACB), *supra* note 360 et *Van der Peet* (CACB), *supra* note 358.

⁵⁷⁴ Le fondement de cette méthode d'interprétation se trouve à l'article 29(b) de la *Convention américaine*, *supra* note 24. Des études complètes sont consacrées à cette méthode d'interprétation; voir notamment Rosmerlin Estupiñán Silva et Juana María Ibáñez Rivas, « La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas y tribales » (2014), *supra* note 267.

⁵⁷⁵ Por illustrer le fait que différents chemins peuvent mener à une même solution, les affaires *Van der Peet* (CACB), *supra* note 358 et *Delgamuukw* (CACB), *supra* note 360 présentaient, à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, chacune quatre séries de motifs pour cinq juges, concordants et dissidents.

dossiers marquants dans le développement judiciaire des droits ancestraux, également été reflétée dans les approches privilégiées par les différents juges de la Cour suprême du Canada ayant rédigé des motifs (majoritaires ou dissidents)⁵⁷⁶. Ainsi, la juge (comme elle était alors) McLachlin écrivait dans ses motifs dissidents dans *Van der Peet* (CSC) :

« Tout comme il y a deux types fondamentaux de raisonnement scientifique -- le raisonnement fondé sur des postulats de base et le raisonnement empirique, fondé sur l'expérience -- il existe deux types de raisonnement juridique. L'approche adoptée par le Juge en chef et le juge L'Heureux-Dubé dans le présent pourvoi peut être considérée comme un exemple de raisonnement fondé sur des postulats de base. On cherche un principe directeur qui sera applicable dans tous les cas ultérieurs. Vu le caractère complexe et délicat de la question de la définition de droits ancestraux qui n'ont encore jamais été définis, l'approche pragmatique généralement appliquée en common law -- le raisonnement fondé sur l'expérience découlant des précédents et des droits reconnus -- présente maints avantages »⁵⁷⁷.

La juge McLachlin reconnaissait ensuite au même paragraphe les « vérités importantes qui ressortent du critère de la «partie intégrante» proposé par le Juge en chef et par le juge L'Heureux-Dubé », et donc, la validité au moins partielle d'une approche fondée sur des postulats.

Qu'aurait dit la juge McLachlin de l'approche adoptée plus tard par la juge en chef McLachlin dans les arrêts phares *Nation haïda* et *Tsilhqot'in*? Et de celle mise de l'avant par la Cour interaméricaine, elle aussi fondée sur des postulats de base? Est-ce que le droit constitutionnel en général et peut-être le droit des Autochtones en

⁵⁷⁶ Nous référons ici plus spécifiquement aux arrêts de la Cour suprême du Canada dans *Van der Peet* (CSC), *supra* note 19, *Gladstone* (CSC), *supra* note 80 et *Delgamuukw* (CSC), *supra* note 10.

⁵⁷⁷ *Van der Peet* (CSC), *supra* note 19, au para 262.

particulier ne commandent pas une méthode judiciaire qui recherche un certain équilibre entre les deux approches évoquées par la juge McLachlin dans *Van der Peet*? Le droit constitutionnel et le droit des Autochtones – surtout dans la mesure où les juges des deux tribunaux d’appel étudiés ici traitent les décisions de la Cour suprême du Canada comme de véritables textes de loi – ne mobilisent-ils pas nécessairement des méthodes dites civilistes? Rappelons que c’est ce qu’avancait le juge Baudouin au sujet des habitudes des juges – y compris des juges de common law – depuis l’avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵⁷⁸. Nos résultats semblent aller dans ce sens quant au type d’analyse et de raisonnement qui sont déployés dans l’analyse judiciaire des droits territoriaux des peuples autochtones.

Au surplus, l’approche du juge Lambert à la Cour d’appel de la Colombie-Britannique⁵⁷⁹ nous semble illustrer la richesse d’une analyse conjuguant (sans que le juge Lambert ne le présente nécessairement ainsi) des méthodes liées à différentes traditions juridiques : le juge Lambert procède du général au particulier, analysant les « précédents » d’une manière exhaustive et systématique pour arriver à des propositions générales qu’il confronte ensuite aux faits sans se sentir lié ni par des exigences de forme, ni par des règles qui risqueraient de s’avérer non fonctionnelles⁵⁸⁰. La diversité des méthodes déployées par le juge Lambert a produit une contribution magistrale au droit des Autochtones⁵⁸¹.

⁵⁷⁸ Baudouin (2016) « L’art de juger », *supra* note 52, à la p 331.

⁵⁷⁹ Qu’un auteur relie aux origines écossaises – juridiction fortement influencée par le droit romain – du juge Lambert; voir Martin R Taylor, « Mr. Justice Douglas Lambert : 25 Years on the Court of Appeal » (2004) 62:1 *The Advocate* 73 à la p 77.

⁵⁸⁰ *Ibid.*

⁵⁸¹ Soulignons que différents éléments des motifs et jugements du juge Lambert en matière de droits ancestraux et de titre ancestral ont été repris par les juges, tant majoritaires que dissidents, de la Cour

Quant aux principes généraux ou « valeurs constitutantes » du droit, mentionnons d'abord qu'il est possible de percevoir quelques ressemblances, voire peut-être des influences, de tels principes généraux chers aux civilistes dans certaines des règles constituant aujourd'hui le droit canadien relatif aux droits ancestraux⁵⁸². Ensuite, si les juges se gardent généralement de référer explicitement à de tels principes ancrés dans une tradition juridique particulière, un « lieu » privilégié où cette gêne judiciaire s'estompe momentanément est celui de la procédure, c'est-à-dire le cadre procédural dans lequel doit nécessairement s'inscrire et cheminer tout dossier de droits ancestraux qui est soumis à la compétence d'un tribunal provincial. Dans l'interprétation des règles de procédure applicables à un dossier de droit ancestral, les juges vont donc puiser expressément aux principes qu'ils considèrent comme sous-tendant leur droit procédural, ce qui aura *de facto* un impact sur l'évolution des dossiers de droits ancestraux dans cette province et, ainsi, sur la construction du droit.

Aussi, il semble que les juges canadiens considèrent de plus en plus le droit des Autochtones comme étant un domaine animé par ses propres principes généraux ou valeurs constitutantes (comme l'interprétation téléologique et libérale des textes touchant aux Autochtones⁵⁸³, la réconciliation des intérêts des Autochtones et de leur spécificité culturelle avec les intérêts – y compris économiques – du reste de la population canadienne⁵⁸⁴). Depuis l'arrêt *Nation haïda*, certains auteurs soutiennent

suprême du Canada; voir par exemple *Van der Peet* (CSC), *supra* note 19 et *Delgamuukw* (CSC), *supra* note 10.

⁵⁸² Voir la discussion à ce sujet dans la section 3.2.1 sur les décisions de la Cour d'appel du Québec, notamment à la note 406.

⁵⁸³ Voir *Adams* (CAQ), *supra* note 356, *Côté* (CAQ), *supra* note 357 et les motifs du juge Wallace dans *Van der Peet* (CACB), *supra* note 358.

⁵⁸⁴ Voir *Van der Peet* (CACB), *ibid*, *Delgamuukw* (CACB), *supra* note 360; voir également *Young*, *supra* note 361.

aussi que le principe de l'honneur de la Couronne sera appelé à jouer un rôle central et croissant dans le développement de la relation entre les peuples autochtones et l'État canadien⁵⁸⁵. L'étude de l'influence et de l'évolution de ces principes dans les décisions à venir des tribunaux en matière de droits ancestraux constitue une piste de recherche fertile pour des recherches futures. On pourrait notamment s'interroger à savoir si ces derniers convergent ou divergent des principes (suivant généralement le cadre du droit international des droits humains) sur lesquels se fondent les décisions de la Cour interaméricaine.

Quant au souci que la solution juridique retenue par le tribunal en matière de droits territoriaux s'intègre dans l'ensemble du droit et fasse preuve d'une cohérence synthétique générale, nos observations recoupent un peu ce que nous venons tout juste d'énoncer, soit que les exigences de cohérence synthétique générale dans les décisions en matière de droits territoriaux semblent croître à mesure que ce champ du droit se développe comme un domaine de droit distinct, animé par ses propres principes (au Canada, d'honneur et de réconciliation; à la Cour interaméricaine, suivant l'évolution du droit international des droits humains) ainsi que sa propre logique interne.

Bien que tous les juges cherchent à ce que la solution juridique qu'ils retiennent s'inscrivent de manière cohérente dans l'édifice jurisprudentiel, il semble – comme on pouvait le supposer au regard des hypothèses du juge Baudouin présentées au chapitre 2 – que le souci de cohérence ait une importance particulièrement forte pour les juges de la Cour d'appel du Québec, voire qu'un accroc à la cohérence peut causer des difficultés à la reconnaissance de droits ancestraux. L'avocat René Morin avance

⁵⁸⁵ Voir Jamie D Dickson, *The Honour and Dishonour of the Crown: Making Sense of Aboriginal Law in Canada*, UBC Press, Purich Publishing, 2015. Voir aussi S Ronald Stevenson, *The Political Theory of Aboriginal Rights Law in Canada: Prospects for Reconciliation*, 2015, *supra* 372.

une hypothèse semblable pour expliquer, au moins partiellement, « la difficulté pour les juristes civilistes, jusque dans les années 1980, de reconnaître les spécificités autochtones »⁵⁸⁶. René Morin écrit ainsi que les juristes du Québec auraient hérité des Français non seulement un droit codifié, mais également un état d'esprit:

« Le code reflète un état d'esprit, celui de théoriser ou de rationaliser toutes les questions relatives à la personne, aux biens et aux relations entre les personnes et les biens »⁵⁸⁷.

Cet état d'esprit – et la codification du droit elle-même – mèneraient les juristes à accorder une plus grande importance à l'écrit et à la certitude, ce que Morin décrit comme un « besoin de rationalisation dans les écrits [qui] semble se manifester jusque dans les méthodes de travail »⁵⁸⁸. La confrontation de cet état d'esprit avec des revendications de droits ancestraux *sui generis*, qui défiaient les catégories établies, aurait ainsi pu causer, chez les juristes québécois, une espèce de dissonance cognitive rendant à tout le moins plus difficile ou acceptable la reconnaissance de droits ancestraux par ces derniers.

C'est là une hypothèse intéressante que Morin formule dans une question⁵⁸⁹ en apparence naïve, mais qui nous apparaît lourde de conséquence : « l'esprit français »

⁵⁸⁶ René Morin, *La Construction du droit des Autochtones par la Cour suprême du Canada : Témoignage d'un plaideur*, Septentrion, Québec, 2017 [Morin (2017), *La Construction du droit des Autochtones*] à la p 236.

⁵⁸⁷ Morin (2017), *La Construction du droit des Autochtones*, *ibid*, à la p 234. Morin distingue également « l'esprit français » de « l'esprit canadien » qui serait fortement influencé « par l'esprit britannique »; voir à la p 233.

⁵⁸⁸ Morin (2017), *La Construction du droit des Autochtones*, *ibid*, à la p 235.

⁵⁸⁹ *Supra* note 586. Morin avance qu'il était « difficile sinon impossible pour les Français de reconnaître juridiquement les différences entre les nations autochtones et les règles régissant les habitants de la Nouvelle-France », puis s'interroge à savoir si cette attitude de la colonie « n'explique pas en bonne partie la difficulté pour les juristes civilistes, jusque dans les années 1980, de reconnaître

– ayant ses ancrages dans la tradition civiliste – serait-il plus fermé à la reconnaissance des droits des Autochtones? Refléterait-il une espèce d’allergie au pluralisme juridique? Si Morin relègue la portée de son hypothèse à une période qui se serait terminée dans les années 1980, il nous semble plutôt que la jurisprudence québécoise – y compris certains des jugements analysés dans le cadre de la présente thèse – présente jusqu’à au moins tout récemment des exemples plausibles de tels « biais cognitifs »; pensons par exemple aux motifs des juges Beauregard et Proulx dans *Adams* (CAQ), à ceux du juge Baudouin lui-même dans *Côté* (CAQ) ou encore à la décision de la Cour du Québec dans l’affaire *Adoption 1212*⁵⁹⁰.

Ici, l’analyse des jugements de la Cour interaméricaine s’avère particulièrement éclairante puisqu’elle révèle des réflexes judiciaires similaires chez les juges de ce tribunal et de la Cour d’appel du Québec quant à l’importance qu’ils accordent à la cohérence d’une solution juridique avec le reste de leur système juridique, mais les deux tribunaux se démarquent aussi l’un de l’autre de façon significative quant à leur considération d’autres facteurs, dont les valeurs de morale politique qui sous-tendent leurs décisions et leur ouverture à la prise en compte de la perspective des Autochtones dans la construction des solutions juridiques. Ainsi, si « l’esprit français » imprègne aussi au moins partiellement les décisions de la Cour interaméricaine, il appert que l’influence de ce dernier ne soit pas nécessairement déterminante quant au sort réservé par les juges aux revendications de droits territoriaux.

les spécificités autochtones, sauf lorsqu’on y était forcé comme dans le cas de la CBJNQ » (aux pp 235-236).

⁵⁹⁰ *Adoption — 1212*, *supra* note 205.

D'une manière semblable, est-ce que les concepts généraux du droit comme les notions fondamentales de la propriété en droit civil et en common law ont joué un rôle dans la construction des droits territoriaux dans les décisions judiciaires analysées? Pour ce qui est des tribunaux canadiens, on remarque surtout une évolution à la Cour d'appel du Québec quant à l'utilisation des concepts généraux du droit de la propriété pour décrire les droits ancestraux et leurs effets : si les juges employaient, à l'époque des arrêts *Adams* (CAQ) et *Côté* (CAQ), les notions civilistes sans vraiment distinguer les aspects des droits ancestraux qui ne cadraient pas dans les catégories créées par ces notions, leur attitude semble aujourd'hui beaucoup plus prudente⁵⁹¹.

Les juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, de leur côté, semblent avoir développé plus tôt que leurs confrères québécois cette sensibilité au caractère « *sui generis* » des droits ancestraux. Cela dit, ils utilisent eux aussi des concepts généraux du droit de la propriété propres à leur tradition juridique pour décrire les droits ancestraux et leurs effets et même si les juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique semblent, de façon générale dans les décisions analysées, assez conscients des différences entre les concepts de propriété de common law et ceux relatifs aux intérêts territoriaux des peuples autochtones, il est évident que les règles juridiques relatives aux droits ancestraux et au titre ancestral présentent des « liens de famille » assez clairs avec des éléments de *common law property*⁵⁹². Dans ce contexte, il nous semble pertinent de rapporter ici les observations de la professeure Anker sur la « traduction » des droits ancestraux *sui generis* dans le langage d'une (seule) tradition juridique. S'inspirant des travaux de Walter Benjamin en matière de

⁵⁹¹ Voir *IOC*, *supra* note 379.

⁵⁹² Pensons, par exemple, au critère de la « possession exclusive » qui doit être rempli pour établir un titre ancestral; voir *Delgamuukw* (CSC), *supra* note 10 et *Tsilhqot'in*, *supra* note 89.

traduction littéraire, la professeure Anker avance qu'une traduction juridique – y compris d'une notion comme les droits ancestraux ou, pour nos fins, les droits territoriaux – devrait toujours porter la « marque de l'Autre » (*the mark of the foreign*) de façon à souligner la présence d'éléments étrangers, différents et afin d'éviter que cette différence ne soit effacée dans le processus de traduction⁵⁹³.

À défaut d'avoir produit les « droits centaures » – dont les origines diverses sont apparentes – évoqués par la professeure Anker⁵⁹⁴, il est digne d'intérêt que les tribunaux que nous avons étudiés s'expriment tous dans un vocabulaire propre à une tradition juridique, mais que les efforts déployés pour rendre visibles le caractère *sui generis* des droits territoriaux ont varié d'un tribunal à l'autre et à travers le temps.

De plus, si les droits ancestraux affichent ainsi une certaine proximité avec les concepts de propriété de common law, quelles en sont les conséquences pour les civilistes? Les concepts de propriété civilistes ne participeraient-ils pas de « l'esprit français » décrit par Morin et des obstacles cognitifs qui l'accompagnent lorsque ce dernier est confronté à des droits *sui generis*? En nous appuyant sur les jugements que nous avons analysés, il nous semble que la réponse à cette question est différente selon qu'on se place à l'époque des jugements de la Cour d'appel du Québec dans *Adams* (CAQ) et *Côté* (CAQ) ou bien à celle du dossier *IOC*, ce dernier témoignant d'une prise de conscience certaine, chez les juges d'appel québécois, de la nécessité

⁵⁹³ Voir Anker (2014) « Translating *Sui Generis* Aboriginal Rights », *supra* note 10, à la p 8.

⁵⁹⁴ Voir Anker (2014) « Translating *Sui Generis* Aboriginal Rights », *ibid*, à la p 29 : « *As I argued above, ethical translation would require that the sui generis bear the mark of the foreign, make visible the translation effort and succumb to the risk of transformation. That these “centaur” rights sound uncomfortable to civilian ears brings to light certain aspects like the relentless individualism or positivism of civilian property; further, the comparison is testament to the more flexible trajectory of the common law and the vagueness, such as in the collective nature of Aboriginal rights, with which it is willing to live* ».

de considérer les droits ancestraux dans leur caractère réellement *sui generis*. Cette conclusion tendrait aussi à donner raison à la professeure Anker lorsqu'elle écrivait que chez les juristes québécois, le caractère impensable de formes de propriété autres que celles prévues au *Code civil du Québec* est plus une affaire d'habitude que de nécessité⁵⁹⁵.

Mais encore, si les notions civilistes de la propriété apparaissent comme plus rigides que les concepts de common law, cela n'a pas pour autant empêché les juges de la Cour interaméricaine de concevoir – en employant une terminologie civiliste – des droits territoriaux communautaires qui coexistent avec d'autres cadres de propriété. En d'autres termes, il appert que les notions fondamentales du droit civil comme les concepts de la propriété ne présentent pas vraiment un obstacle à la reconnaissance de droits territoriaux aux peuples autochtones, pour autant qu'on aménage un espace pour le pluralisme dans le paysage juridique d'un système juridique national ou international.

Ensuite, que retenons-nous de notre analyse en ce qui a trait au rôle des valeurs de morale politique dans la construction des droits territoriaux? L'une des idées qui est apparue de façon récurrente dans les jugements canadiens analysés est celle voulant qu'il ne devrait y avoir deux systèmes de justice, l'un applicable aux Autochtones et un pour les autres. Cette idée nous apparaît correspondre à ce qu'on pourrait décrire comme une conception judiciaire de l'équité ou de la justice valorisant l'égalité formelle⁵⁹⁶. Cette idée et les tensions qui l'animent – soit le fait que le statut différent

⁵⁹⁵ Anker (2014) « Translating *Sui Generis* Aboriginal Rights », *supra* note 10, à la p 36: « *The unthinkability of other forms of property than those in the C.C.Q. has become a habit rather than a necessity.* »

⁵⁹⁶ L'égalité formelle (*formal equality*) est souvent mise en opposition avec une conception alternative, l'égalité réelle ou substantielle (*substantive equality*), voulant que l'on prenne en considération, dans la prestation d'un service ou dans la prise d'une décision, les caractéristiques et les circonstances d'une

des Autochtones devrait être reconnu, mais qu'il existe aussi un impératif à tout le moins ressenti que les Autochtones devraient être traités comme tout le monde⁵⁹⁷ – ne datent pas d'hier en droit des Autochtones. Déjà en 1975, le juge Jean Beetz écrivait au sujet des difficiles interactions entre la *Loi sur les Indiens* et la *Déclaration canadienne des droits* :

« Le principe de l'égalité devant la loi va généralement à l'encontre de l'idée même de statut et il n'est pas facile de concilier les deux au Canada lorsque l'un est consacré dans une loi de portée quasi constitutionnelle et que l'autre fait partie du droit fondamental du pays. »⁵⁹⁸

Notre analyse des décisions judiciaires tend à indiquer que cette tension est souvent présente dans les dossiers touchant aux droits territoriaux des peuples autochtones, particulièrement lorsque ces derniers entrent en interaction avec d'autres droits⁵⁹⁹ ou

communauté minoritaire—comme les Autochtones—de façon à assurer un traitement qui est équivalent (plutôt qu'identique) à celui réservé à la communauté majoritaire. Ainsi, pour ne citer qu'un exemple, l'égalité réelle constitue la norme au Canada en matière de droits linguistiques; voir *DesRochers c Canada (Industrie)*, 2009 CSC 8, [2009] 1 RCS 194. Nous ne suggérons pas ici que les juges ayant rédigé les décisions judiciaires analysées dans la présente thèse n'étaient pas sensibles aux questions d'égalité réelle, mais plutôt qu'on observait dans certaines décisions judiciaires des préoccupations correspondant à la nécessité d'assurer un traitement égalitaire formel (identique) plutôt que substantiel (différent, mais équivalent).

⁵⁹⁷ On est donc en présence simultanément d'une affirmation du statut particulier des Autochtones et d'une négation des effets de ce statut.

⁵⁹⁸ *Procureur général du Canada c Canard*, [1976] 1 RCS 170, 1975 CanLII 137 (CSC) à la p 205.

⁵⁹⁹ Par exemple le droit relatif à la divulgation de la preuve dans le cadre d'un procès pénal—voir *Commanda*, *supra* note 366.

intérêts⁶⁰⁰. Il nous est ainsi apparu que cette idée était à la fois présente au Québec et en Colombie-Britannique, surtout lorsque des droits économiques sont en cause⁶⁰¹.

À la Cour interaméricaine, il semble que les juges abordent la question de l'équité ou de l'égalité dans le contexte des droits territoriaux des peuples autochtones et tribaux dans une perspective axée beaucoup plus expressément sur l'égalité substantielle, y compris lorsque ces droits entrent en conflit avec d'autres droits et intérêts protégés par la *Convention américaine*⁶⁰². Pour les juges de la Cour interaméricaine, c'est la survie physique et culturelle des peuples autochtones qui est en jeu dans la reconnaissance et la protection de leurs droits territoriaux et cette considération doit être prise en compte dans toute décision qu'un État prend à leur égard⁶⁰³. Dans *Yakye Axa*, la Cour écrit ainsi :

« (...) *the States must take into account that indigenous territorial rights encompass a broader and different concept that relates to the collective right to survival as an organized people, with control over their habitat as a necessary condition for reproduction of their culture, for their own development and to carry out their life aspirations. Property of the land ensures that the members of the indigenous communities preserve their cultural heritage.* »⁶⁰⁴

⁶⁰⁰ Par exemple les intérêts économiques des pourvoiries à droits exclusifs; voir *Young*, *supra* note 361.

⁶⁰¹ Voir en particulier les affaires de droits ancestraux et de pêche commerciale : *Van der Peet* (CACB), *supra* note 358, *Gladstone* (CACB), *supra* note 359 et *Lax Kw'alaams* (CACB), *supra* note 365.

⁶⁰² Dans *Yakye Axa*, *supra* note 387, la Cour interaméricaine s'est penchée sur la manière appropriée pour un État d'approcher un conflit entre des droits individuels de propriété privée (dans ce cas-ci, il s'agissait de propriétaires terriens détenant de bonne foi un titre de propriété sur un terrain) et des droits territoriaux d'une population autochtone alors que tous ces droits (individuels et collectifs) sont protégés par l'article 21 de la *Convention américaine*.

⁶⁰³ Voir notamment la discussion dans *Yakye Axa*, *ibid*, aux paras 144-149.

⁶⁰⁴ *Yakye Axa*, *ibid*, au para 146.

La prise en compte de ces particularités des populations autochtones et tribales ne fait pas en sorte que les intérêts territoriaux de ces derniers prévaudront toujours sur ceux de parties privées ou de l'État⁶⁰⁵, mais elle cherche à assurer que les décisions prises à leur égard sont fonction des conséquences réelles telles qu'elles sont vécues et perçues par les populations minoritaires affectées plutôt qu'à travers les yeux de la communauté majoritaire.

Il nous paraît intéressant de noter qu'on aurait pu s'attendre, vu le caractère distinctif du Québec sur le plan linguistique, culturel et juridique, à une sensibilité accrue des juges de cette juridictions quant à l'importance de reconnaître les particularismes d'une population faisant partie d'une minorité. Nous avons déjà mentionné l'idée que la protection de l'intégrité du droit civil québécois, liée à la protection de l'identité québécoise et de sa spécificité, a déjà été considérée comme une valeur importante chez des juristes québécois. Or, si notre révision des décisions judiciaires québécoises n'a pas vraiment mené à l'identification de situations où les droits ancestraux auraient été présentés par les juges québécois comme une entorse au droit commun du Québec hérité de la France, nous n'avons pas non plus identifié de traces d'une plus grande sensibilité au particularisme autochtone ni de l'idée corollaire qu'il y aurait lieu d'aménager un espace pour protéger et reconnaître les traditions juridiques autochtones.

De tous les facteurs que nous avons considérés dans la présente analyse, aucun ne nous apparaît avoir autant de conséquences sur la construction du droit que la prise en compte, par les juges, de la perspective des Autochtones eux-mêmes sur les droits et intérêts en cause dans les décisions judiciaires en matière de droits territoriaux.

⁶⁰⁵ *Yakye Axa*, *ibid*, au para 149.

Est-ce que, comme l’avançaient les auteurs Lajoie, Melançon, Rocher et Janda, l’absence de référence à la perspective des Autochtones chez les juges du Québec peut être rattaché à la tradition civiliste et à un positivisme strict qui y serait lié⁶⁰⁶? L’analyse comparée de la jurisprudence de la Cour d’appel du Québec et de celle de la Cour interaméricaine révèle plutôt qu’il est tout à fait possible pour des juges influencés par, sinon issus de, la tradition civiliste non seulement de considérer la perspective des Autochtones, mais même de la reconnaître comme source de droit, c’est-à-dire de reconnaître sa valeur normative et d’accepter qu’elle puisse entraîner des effets juridiques⁶⁰⁷.

Notre analyse des décisions de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a aussi révélé qu’il existe une diversité d’attitudes, chez les juges de common law, vis-à-vis de la perspective des Autochtones et de la place qu’elle peut ou doit occuper dans la construction du droit. Ainsi, si les juges de ce tribunal semblaient généralement soucieux de considérer la perspective autochtone, une majorité d’entre eux considérait comme également nécessaire de mettre en balance cette perspective avec d’autres considérations (comme les intérêts économiques en jeu dans la reconnaissance ou l’extension de la portée de certains droits ancestraux)⁶⁰⁸. Une autre approche, mise de l’avant surtout par le juge Lambert, voyait plutôt dans l’impératif de prendre en compte la perspective autochtone un appel à reconnaître d’abord les droits ancestraux tels qu’ils sont définis par les Autochtones eux-mêmes de façon à accorder à ces derniers la plus grande sphère d’autonomie possible sans que cela ne

⁶⁰⁶ Lajoie et al (1998), *supra* note 36, aux pp 65-68.

⁶⁰⁷ Voir par exemple *Awes Tingni*, *supra* note 24 et *Saramaka*, *supra* note 382.

⁶⁰⁸ Voir notamment les motifs majoritaires dans *Van der Peet* (CACB), *supra* note 358 et *Gladstone* (CACB), *supra* note 359.

mène nécessairement à une diminution des droits des non-Autochtones ou à une érosion de la souveraineté de la Couronne⁶⁰⁹.

Les approches de la Cour interaméricaine et du juge Lambert nous semblent ainsi se démarquer de « l'approche culturaliste – ou identitaire »⁶¹⁰ adoptée par la Cour suprême du Canada et qui apparaît quelque peu contradictoire : la preuve de systèmes juridiques autochtones y vient étayer l'existence de droits territoriaux sans pour autant avoir nécessairement d'incidence sur le contenu substantif de ces droits⁶¹¹. Si des auteurs ont déjà appelé les tribunaux canadiens à tirer des leçons de la jurisprudence de la Cour interaméricaine « en matière de réparation pour violation des droits des peuples autochtones sur les terres et les ressources naturelles »⁶¹², nous ne pouvons que faire écho à cette invitation en avançant qu'une plus grande attention à la perspective des Autochtones dans les décisions judiciaires et dans la définition des droits territoriaux n'apparaît ni incompatible avec les règles juridiques établies par la Cour suprême du Canada, ni antithétique ou en rupture quelconque avec la tradition juridique du droit civil ou de la common law⁶¹³.

⁶⁰⁹ Voir les motifs du juge Lambert dans *Van der Peet* (CACB), *ibid* et *Delgamuukw* (CACB), *supra* note 360.

⁶¹⁰ Leclair (2011) « Il faut savoir se méfier des oracles », *supra* note 99, à la p 102.

⁶¹¹ Voir *Van der Peet* (CSC), *supra* note 19 et *Delgamuukw* (CSC), *supra* note 10. Voir aussi Grammond (2013), *Terms of Coexistence*, *supra* note 9, à la p 212 et Otis (1999) « Les sources des droits ancestraux », *supra* note 20, à la p 604.

⁶¹² Voir Ghislain Otis, « Les réparations pour violation des droits des peuples autochtones : leçons de la Cour interaméricaine des droits de l'homme » dans Robert Sharpe et Kent Roach, dir, *Taking Remedies Seriously/Les recours et les mesures de redressement : une affaire sérieuse*, Institut canadien d'administration de la justice, 2010, 257 à la p 258.

⁶¹³ Tel qu'il appert des décisions de la Cour interaméricaine et des motifs du juge Lambert cités à travers la présente thèse.

Nous avons déjà souligné que l'aménagement par la Cour interaméricaine d'un espace pour le pluralisme juridique dans son droit relatif aux intérêts territoriaux des peuples autochtones n'était pas sans créer des « tensions internes » à l'intérieur du système juridique interaméricain⁶¹⁴.

La « possibilité conceptuelle du pluralisme juridique » continue certainement à poser des défis pour la pensée juridique moderne et contemporaine⁶¹⁵, mais comme nous l'avons également souligné, les accros à une cohérence interne parfaite sont peut-être le prix à payer pour la promesse de résultats plus justes pour tous les intérêts en cause lorsqu'il est question des droits territoriaux des peuples autochtones.

⁶¹⁴ Voir *supra* aux notes 547-548 et le texte correspondant.

⁶¹⁵ Voir à ce sujet Boris Barraud, *Théories du droit et pluralisme juridique – Tome 1 : Les théories dogmatiques du droit et la fragilité du pluralisme juridique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2016 à la p 9.

CONCLUSION

Au terme de ce projet de recherche portant sur le traitement judiciaire des droits territoriaux, nous constatons que la réalisation de la présente thèse nous a souvent mené – et c’est le cas de le dire – en *territoire* inexploré. Notre démarche a en effet relevé beaucoup plus de l’exploration de la méthodologie des juges et des trajectoires de leur raisonnement que, par exemple, de la validation d’hypothèses sur la base de travaux antérieurs s’étant déjà intéressés aux mêmes questions que celles ayant animé notre propre recherche.

L’un des premiers défis auxquels nous fîmes face fut ainsi d’élaborer une méthodologie permettant d’étudier l’influence des traditions juridiques sur la construction du droit dans les décisions judiciaires, ce qui nous apparaît comme une innovation au regard de la littérature existante tant sur les traditions juridiques que sur les droits territoriaux. À ce titre, la grille d’analyse que nous avons développée avait essentiellement pour but de révéler quels éléments de la méthodologie (ou du « style »⁶¹⁶) des juges se retrouvent dans les jugements en matière de droits territoriaux des peuples autochtones, voire en droit des Autochtones plus généralement; et la comparaison entre les décisions judiciaires de différents tribunaux sur la base de critères communs visait à faire ressortir les différences ou les similitudes dans les approches de juges issus de différentes traditions juridiques.

⁶¹⁶ Nicholas Kasirer, dir, *Le droit civil, avant tout un style?*, *supra* note 40.

Au terme de cet exercice, notre lecture des décisions judiciaires en matière de droits territoriaux des peuples autochtones à travers la lentille des traditions juridiques a permis de mettre en relief plusieurs facettes de la mécanique à l'œuvre dans la construction judiciaire de ces droits.

Nous avons vu que selon l'influence de différentes traditions juridiques à l'œuvre dans un tribunal ou même dans un système juridique, des habitudes, voire des biais spécifiques peuvent influencer sur la façon de juger, par exemple quant à la mobilisation de certaines sources ou dans l'influence de facteurs comme les principes généraux du droit ou encore l'ouverture plus ou moins grande à la perspective des Autochtones. Comme le souligne le professeur américain Aditi Bagchi, l'étude comparative des méthodologies judiciaires et juridiques est une « fenêtre sur la culture juridique » ou sur les « facettes subtiles » d'un système qui façonne la pratique du droit sans que les acteurs en aient nécessairement conscience⁶¹⁷. Nous espérons que la présente recherche pourra contribuer à une prise de conscience de ces biais et habitudes et contribuer à la réflexion juridique afin de construire un droit des Autochtones de l'avenir qui soit à la fois plus réflexif et plus inclusif.

Nous avons toutefois bien conscience d'avoir sans doute soulevé plus de questions que nous n'avons apporté de réponses. Dans un registre un peu plus normatif, l'une des questions auxquelles nous espérons avoir fourni quelques pistes de réponse et que aimerions aborder en terminant est la suivante : quelle approche privilégier pour le développement futur des droits territoriaux? Les règles juridiques relatives à ces droits devraient-elles être abordées comme des règles de common law dont le développement par les juges doit nécessairement se faire de façon incrémentale et pragmatique en s'écartant le moins possible de la jurisprudence établie? Ou est-ce

⁶¹⁷ Bagchi (2016) « On the Very Idea of Legal Methodology », *supra* note 172, à la p 207.

que ces règles, prises dans leur ensemble, n'ont pas les caractéristiques d'un véritable « code » qui, bien qu'élaboré par les juges, devrait – à l'instar du *Code civil du Québec* – être interprété de manière logique et systématique à la lumière de principes généraux et de valeurs qui lui sont propres?

La réponse ne se trouve, à notre sens, pas plus dans une tradition que dans l'autre. Au contraire, à la lumière de notre analyse, on pourrait avancer que des « migrations de canevas de raisonnement juridique », pour reprendre l'expression du professeur Gaudreault-Desbiens⁶¹⁸, semblent non seulement avoir déjà eu cours dans la construction des droits territoriaux des peuples autochtones⁶¹⁹, mais qu'il serait aussi souhaitable qu'il y en ait encore davantage⁶²⁰.

Les propos des juges Southin et Hall rapportés en ouverture de la présente thèse s'inscrivaient-ils dans un réflexe de prudence légitime commun chez bien des juristes et ayant pour effet « de nous inciter à demeurer trop centrés sur la tradition à laquelle nous nous identifions principalement » et nous empêchant de poser des questions « dont les réponses pourraient nous faire sortir de notre zone de confort et nous forcer à nous confronter à l'altérité qui est peut-être présente au sein même de notre

⁶¹⁸ Jean-François Gaudreault-Desbiens, « Le juge comme agent de migration de canevas de raisonnement entre le droit civil et la *common law*. Quelques observations à partir d'évolutions récentes du droit constitutionnel canadien » dans Ghislain Otis, dir, *Le juge et le dialogue des cultures juridiques*, Paris, Éditions Karthala, 2013, 41.

⁶¹⁹ À ce titre, on peut faire ici un parallèle entre l'étude du professeur Gaudreault-Desbiens (voir *ibid*) du recours par la Cour suprême du Canada à des principes généraux lors de certains « moments constitutionnels » et la mobilisation judiciaires de principes généraux que nous avons nous-mêmes observée dans les décisions judiciaires en matière de droits territoriaux.

⁶²⁰ Par exemple, le professeur Otis avance que le travail de la Cour interaméricaine (en matière de droits territoriaux des peuples autochtones) « met en relief la convergence possible du pluralisme et de l'universalisme dans le droit international des droits de l'homme », un pas que les tribunaux canadiens n'ont pas encore tout à fait franchi. Voir Otis (2013) « Conclusion générale : Absences et présences du juge dans le dialogue des cultures juridiques », *supra* note 547, à la p 221.

tradition d'attache »⁶²¹? Nous ne saurions le dire avec certitude. Mais nous espérons que la présente thèse aura su convaincre le lecteur que nous avons tous beaucoup à gagner à nous ouvrir à l'Autre, à ses perspectives et à ses traditions.

⁶²¹ Gaudreault-Desbiens (2013) « Le juge comme agent de migration de canevas de raisonnement entre le droit civil et la *common law*. Quelques observations à partir d'évolutions récentes du droit constitutionnel canadien », *supra* note 618, à la p 42.

ANNEXE A

GRILLE D'ANALYSE DES DÉCISIONS JUDICIAIRES

Décision et tribunal :		
Juges et motifs :		
Résumé :		
Droit(s) revendiqué(s) :		
Sources mobilisées dans l'analyse des droits ancestraux :	Nature :	
	Origine :	
	Langue :	
	Autorité :	
Raisonnement judiciaire :		
Référence à des principes généraux du droit :		
Souci de cohérence synthétique ou d'intégration de la solution dans un ensemble abstrait :		

Référence à des notions fondamentales (comme les conceptions de la propriété) :		
Référence à des valeurs de morale politique :		
Référence à des éléments exogènes au droit étatique	La perspective des Autochtones :	
	L'histoire :	
	Autres déterminants externes :	
Dispositif quant aux droits ancestraux :		
Notes additionnelles :		

ANNEXE B

LISTE DES DÉCISIONS JUDICIAIRES ANALYSÉES

Cour d'appel du Québec

- 1) *Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador c Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam)*, 2017 QCCA 1791 (CanLII), Demande d'autorisation d'appel à la CSC accueillie : *Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador c Uashaunnuat (Innu of Uashat and of Mani-Utenam)*, et al, 2018 CanLII 108007.
- 2) *R. c Commanda*, 2007 QCCA 947 (CanLII), Demande d'autorisation d'appel rejetée : *Charles Commanda c Sa Majesté la Reine ET ENTRE Donald Tenascon et Joseph Raymond Groulx c Procureur général du Québec*, 2008 CanLII 23448 (CSC).
- 3) *Kruger inc. c Première Nation des Betsiamites*, 2006 QCCA 569 (CanLII); [2006] 3 CNLR 19.
- 4) *Québec (Procureur général) c Young*, 2003 CanLII 47908 (QC CA).
- 5) *Goulet c Québec (Procureur général)*, 2003 CanLII 42450 (QC CA).
- 6) *Pariseau c Québec (Procureur général)*, 2003 CanLII 47910 (QC CA).
- 7) *R. c Adams*, 1993 CanLII 3728 (QC CA), [1993] RJQ 1011, [1993] 3 CNLR 98. Pourvoi à la CSC accueilli : *R. c Adams*, [1996] 3 RCS 101.
- 8) *R. c Côté*, 1993 CanLII 3913 (QC CA), [1993] RJQ 1350, [1994] 3 CNLR 98. Pourvoi à la CSC accueilli : *R. c Côté*, [1996] 3 RCS 139.

Cour d'appel de la Colombie-Britannique

- 1) *Saik'uz First Nation and Stelat'en First Nation v Rio Tinto Alcan Inc.*, 2015 BCCA 154 (CanLII), [2015] 12 WWR 67. Demande d'autorisation d'appel à la CSC rejetée: *Rio Tinto Alcan Inc. v Jackie Thomas on her own behalf and on behalf of all members of the Saik'uz First Nation, et al.*, 2015 CanLII 66255 (SCC).
- 2) *William v British Columbia*, 2012 BCCA 285 (CanLII). Pourvoi à la CSC accueilli : *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 RCS 256.
- 3) *Lax Kw'alaams Indian Band v Canada (Attorney General)*, 2009 BCCA 593 (CanLII). Pourvoi à la CSC rejeté : *Bande indienne des Lax Kw'alaams c Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 RCS 535.
- 4) *Musqueam Indian Band v British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)*, 2005 BCCA 128 (CanLII), [2005] 2 CNLR 212.
- 5) *R. v Seward et al.*, 1999 BCCA 163 (CanLII).
- 6) *Delgamuukw v British Columbia*, 1993 CanLII 4516 (BC CA). Pourvoi à la CSC accueilli en partie et pourvoi incident rejeté : *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, [1997] 3 RCS 1010.
- 7) *Regina v Van Der Peet*, 1993 CanLII 4519 (BC CA). Pourvoi à la CSC rejeté : *R. c Van der Peet*, [1996] 2 RCS 507.
- 8) *R. v Gladstone*, 1993 CanLII 4520 (BC CA). Pourvoi à la CSC accueilli : *R. c Gladstone*, [1996] 2 RCS 723.

Cour interaméricaine des droits de l'homme

- 1) *Affaire Kichwa Indigenous People of Sarayaku (Ecuador)* (2012), Inter-Am Ct HR (sér C) no° 245, en ligne : Cour interaméricaine des droits de l'homme <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/decisions-and-judgments>>.
- 2) *Affaire Xákmok Kásek (Paraguay)* (2010), Inter-Am Ct HR (sér C) n° 172, en ligne: Cour interaméricaine des droits de l'homme <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/decisions-and-judgments>>.

- 3) *Affaire Saramaka People (Suriname)* (2007), Inter-Am Ct HR (sér C) n° 172, en ligne: Cour interaméricaine des droits de l'homme
<<http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/decisions-and-judgments>>.
- 4) *Affaire Sawhoyamaya Indigenous Community (Paraguay)* (2006), Inter-Am Ct HR (sér C) n° 146, en ligne : Cour interaméricaine des droits de l'homme
<<http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/decisions-and-judgments>>.
- 5) *Affaire Yakye Axa (Paraguay)* (2005), Inter-Am Ct HR (sér C) n° 125, en ligne: Cour interaméricaine des droits de l'homme
< <http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/decisions-and-judgments> >.
- 6) *Affaire Mayagna (Sumo) Awas Tingni (Nicaragua)* (2001), Inter-Am Ct HR (sér C) no° 79, en ligne : Cour interaméricaine des droits de l'homme
<<http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/decisions-and-judgments>>.

BIBLIOGRAPHIE

Législation

Charte canadienne des droits et libertés, édictée comme l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c 11 (R-U), entrée en vigueur le 17 avril 1982.

Code civil du Québec, RLRQ c CCQ-1991.

Code de procédure civile, RLRQ c C-25.01.

Court of Appeal Act, RSBC 1996, c 77.

Loi constitutionnelle de 1867 (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, reproduite dans LRC 1985, ann II, n° 5.

Loi constitutionnelle de 1982, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements, LRQ 2017 c 12.

Loi sur la Cour suprême (LRC (1985), c S-26.

Loi sur les tribunaux judiciaires, RLRQ c T-16.

PL C-262, *Loi visant à assurer l'harmonie des lois fédérales avec la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 1^{re} sess, 42^e parl, 2015.

Articles de périodiques et d'ouvrages collectifs

Adams, Maurice, Jaakko Husa et Marieke Oderkerk, « Method and Methodology of Comparative Law: Introductory Remarks » dans *Comparative Law Methodology*, Edward Elgar Publishing, 2017.

Anaya, S James et Sergio Puig, « Mitigating State Sovereignty: The Duty to Consult with Indigenous Peoples » (2017) 67 UTLJ 435.

Anker, Kirsten, « Translating *Sui Generis* Aboriginal Rights and the Civilian Imagination » dans Alexandra Popovici, Lionel Smith et Régine Tremblay, dir, *Les intraduisibles en droit civil*, Montréal, McGill, Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé, 2014, 1.

Antkowiak, Thomas, « A Dark Side of Virtue: The Inter-American Court and Reparations for Indigenous Peoples » (2014) 25:1 Duke J Comp & Int'l L 1.

Ariss, Rachel, Clara MacCallum Fraser et Diba Nazneen Somani, « Crown Policies on the Duty to Consult and Accommodate: Towards Reconciliation », (2017) 13 RDDD McGill 1.

Bagchi, Aditi, « On the Very Idea of Legal Methodology » dans Jürgen Basedow, Holger Fleischer et Reinhard Zimmermann, dir, *Legislators, judges, and Professors*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, 193.

Baudouin, Jean-Louis, « L'art de juger en droit civil : réflexion sur le cas du Québec », (2016) 572:2 C de D 327.

Beaulieu, Alain, « Une histoire instrumentalisée : Réflexions sur l'usage du passé dans les revendications autochtones » (2009) *Conférence des juristes de l'État 2009*, disponible en ligne : <https://www.conferencedesjuristes.gouv.qc.ca/files/documents/cu/34/unehistoireinstrumentalisee.pdf>.

Belley, Jean-Guy, « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit » dans Jean Kellerhals, Dominique Manaï et Robert Roth, dir, *Pour un droit pluriel. Études offertes au professeur Jean-François Perrin*, Genève / Bâle / Munich, Helbing & Lichtenhahn (Collection genevoise), 2002, 135.

Boisselle, Andrée, « To Dignity Through the Back Door: Tsilhqot'in and the Aboriginal Title Test » (2015) 71:2d SCLR 27.

Christie, Gordon, « Developing Case Law: The Future of Consultation and Accommodation » (2006) 39 UBC L Rev 139.

Dalphond, Pierre J, « Le style civiliste et le juge : le juge québécois ne serait-il pas le prototype du juge civiliste de l'avenir? », dans Nicholas Kasirer, dir, *Le droit civil, avant tout un style?*, Montréal, Centre de recherche en droit privé & comparé du Québec, Éditions Thémis, 2003, 81.

Du Plessis, Jacques, « Comparative Law and the Study of Mixed Legal Systems » dans Mathias Reimann et Reinhard Zimmermann, dir, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 478.

Dworkin, Ronald, « Le positivisme » (1985) 1 *Droit et Société* 31.

Dworkin, Ronald, « La Chaine du droit » (1985) 1 *Droit et Société* 51.

Dworkin, Ronald, « La théorie du droit comme interprétation » (1985) 1 *Droit et Société* 81.

Emerich, Yaëll, « Regard civiliste sur le droit des biens de la common law : pour une conception transsystémique de la propriété » 38:2 (2008) RGD 339.

Émond, André, « Existe-t-il un titre indien originaire dans les territoires cédés par la France en 1763? », (1996) 41:1 RD McGill 59.

Estupiñan Silva, Rosmerlin et Juana María Ibáñez Rivas, « La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas y tribales » dans Red de Derechos Humanos y Educación Superior (dhes), *Derechos Humanos De Los Grupos Vulnerables* (2014), disponible en ligne : < https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHGV_Manual.pdf >.

Farget, Doris et Marie-Pier Fullum-Lavery, « La place réservée à l'avis des peuples autochtones dans le cadre du processus de prise de décision concernant le Plan Nord ou l'exploitation du Nord québécois : perspective juridique interne et internationale (2014) 59:3 RD McGill 595.

Fecteau, Jean-Marie, « Savoir historique et mutations normatives : Les défis d'une nécessaire convergence entre droit et histoire » dans Pierre Noreau, dir, *Dans le regard de l'autre*, Montréal, Université de Montréal, Centre de recherche en droit public et Éditions Thémis, 2007.

Gaudreault-Desbiens, Jean-François, « Le juge comme agent de migration de canevas de raisonnement entre le droit civil et la *common law*. Quelques observations à partir d'évolutions récentes du droit constitutionnel canadien » dans Ghislain Otis, dir, *Le juge et le dialogue des cultures juridiques*, Paris, Éditions Karthala, 2013, 41.

Gélineau-Assey, Éric et Andrée Lajoie, « Les conceptions canadiennes des droits ancestraux », (2004) 38 RJT 489.

Glenn, H Patrick, « La Cour suprême du Canada et la tradition du droit civil » (2001) 80 R du B can 151.

Glenn, H Patrick, « A Concept of Legal Tradition » (2008) 34 Queen's LJ 427.

Glenn, H Patrick, « Quel droit comparé? » (2013) 43 RDUS 23.

Grammond, Sébastien, « La contribution du juge Lamer à l'évolution du droit des autochtones » (2009) 88 R du B can 21.

Grammond, Sébastien, « La doctrine, une obligation? » (2016) 118 R du N 311.

Hountohotegbè, S Axel-Luc, « De l'ombre à la lumière : l'hypothèse de la renaissance de la filiation romano-germanique de la procédure civile québécoise » (2015) 60:2 RD McGill 215.

Imai, Shin, « Consult, Consent and Veto: International Norms and Canadian Treaties » dans John Borrows et Michael Coyle, dir, *The Right Relationship: Reimagining the Implementation of Historical Treaties*, Toronto, University of Toronto Press, 2017, 370.

Jaluzot, Béatrice, « Méthodologie du droit comparé : bilan et perspective » (2005) 57:1 RIDC 29.

Jukier, Rosalie, « Inside the Judicial Mind: Exploring Judicial Methodology in the Mixed Legal System of Quebec » (2013) *European Journal of Comparative Law and Governance* 1.

Jukier, Rosalie, « The Impact of Legal Traditions on Quebec Procedural Law: Lessons from Quebec's New Code of Civil Procedure » (2015) 93 R du B can 1.

Jukier, Rosalie, « La contribution du juge LeBel au droit judiciaire et à la tradition civiliste » (2016) 94 R du B can 507.

Juneau, Matthieu, « The Mixité of Quebec's Recodified Civil Law: A Reflection of Quebec's Legal Culture », (2016) 62 Loy L Rev 809.

Jutras, Daniel, « Regard sur la common law au Québec: perspective et cadrage » (2008) 10 RCLF 311.

Jutras, Daniel, « Culture et droit processuel : le cas du Québec », (2009) 54 RD McGill 273.

Lajoie, Andrée, Hugues Melançon, Guy Rocher et Richard Janda, « Quebec's Conceptions of Aboriginal Rights », (1998) 13:1 RCDS 63.

Lasser, Mitchel de S-O-L'E, « Trois palais; deux styles ? » dans Nicholas Kasirer, dir, *Le droit civil, avant tout un style?*, Montréal, Centre de recherche en droit privé & comparé du Québec, Éditions Thémis, 2003, 121.

LeBel, Louis, « Les cultures de la Cour suprême du Canada: vers l'émergence d'une culture dialogique? » dans Jean-François Gaudreault-DesBiens et al, dir, *Convergence, concurrence et harmonisation des systèmes juridiques : Les journées Maximilien-Caron 2008*, 1.

LeBel, Louis, « La loi et le droit : la nature de la fonction créatrice du juge dans le système de droit québécois », (2015) 56:1 C de D 87.

LeBel, Louis et Pierre-Louis Le Saunier, « L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada » (2006) 47:2 C de D 179.

Leclair, Jean, « Les périls du totalisme conceptuel en droit et en sciences sociales » (2009) 14:1 *Lex Electronica* 1.

Leclair, Jean, « "Il faut savoir se méfier des oracles" : Regards sur le droit et les autochtones » (2011) 41:1 *Recherches amérindiennes au Québec* 102.

Le Roy, Étienne, « Représentations d'espaces et droits territoriaux autochtones chez les Premières Nations du Canada » (2016) 46:2-3 *Recherches amérindiennes au Québec* 79.

MacDonald, Roderick, « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés avancées », (2002-3) *Revue de droit de Sherbrooke* 135.

Morales, Sarah, « Braiding the Incommensurable: Indigenous Legal Traditions and the Duty to Consult » dans Centre for International Governance Innovation, *UNDRIP Implementation: Braiding International, Domestic and Indigenous Laws*, Rapport spécial, 2017, 63.

Morin, Michel, « Quelques réflexions sur le rôle de l'histoire dans la détermination des droits ancestraux et issus de traités » (2000) 34 RJT 329.

Morin, Michel, « Les insuffisances d'une analyse purement historique des droits des peuples autochtones » (2003) 57 :2 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 237.

Morin, René, « La Cour suprême du Canada et la cause autochtone : l'histoire au banc des accusés » (2009) *Conférence des juristes de l'État 2009*, disponible en ligne : < <https://www.conferencedesjuristes.gouv.qc.ca/files/documents/el/96/lacoursupreme.ducanadaetlacauseautochtone.pdf> >.

Napoleon, Val et Hadley Friedland, « An Inside Job: Engaging with Indigenous Legal Traditions Through Stories » (2016) 61:4 RD McGill 725.

Normand, Sylvio, « Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : la sauvegarde de l'intégrité du droit civil » (1987) 32:3 McGill LJ 559.

Normand, Sylvio, « Une relecture de l'arrêt Matamajaw Salmon Club » (1988) 29 C de D 807.

Ogden, Richard, « "Existing" Aboriginal Rights in Section 35 of the *Constitution Act, 1982* » (2009) 88 R du B can 51.

Otis, Ghislain, « Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones » (1999) 40 C de D 591.

Otis, Ghislain, « Le titre aborigène : émergence d'une figure nouvelle et durable du foncier autochtone ? » (2005) 46 C de D 795.

Otis, Ghislain, « Coutume autochtone et gouvernance environnementale dans le système interaméricain de protection des droits de l'homme » (2010) 20 JELP 233.

Otis, Ghislain, « Les réparations pour violation des droits des peuples autochtones : leçons de la Cour interaméricaine des droits de l'homme » dans Robert Sharpe et Kent Roach, dir, *Taking Remedies Seriously/Les recours et les mesures de redressement : une affaire sérieuse*, Institut canadien d'administration de la justice, 2010, 257.

Otis, Ghislain, « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique » dans Ghislain Otis, dir, *Méthodologie du pluralisme juridique*, Éditions Karthala, Paris, 2012.

Otis, Ghislain, « Conclusion générale : Absences et présences du juge dans le dialogue des cultures juridiques » dans Ghislain Otis, dir, *Le juge et le dialogue des cultures juridiques*, Paris, Éditions Karthala, 2013, 207.

Otis, Ghislain, « La production du droit autochtone : comportement, commandement, enseignement » (2018) 48 RGD 67.

Otis, Ghislain et Aurélie Laurent, « Le défi des revendications foncières autochtones : la Cour européenne des droits de l'homme sur la voie de la décolonisation de la propriété? » (2011) 89 RTDH 43.

Otis, Ghislain et Aurélie Laurent, « Un exemple de dialogue transjudiciaire dans les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme : la question foncière autochtone » dans Institut de recherche et débat sur la gouvernance – IRG, *La gouvernance en révolution(s) - Chroniques de la gouvernance 2012*, Éditions Charles Léopold Mayer, 2012, 265, disponible en ligne : < http://www.institut-gouvernance.org/docs/un_exemple_de_dialogue_transjudiciaire.pdf >.

Palmer, Vernon Valentine, « Quebec and Her Sisters in the Third Legal Family », (2009) 54 RD McGill 321.

Pierre, Barbara, « Classification of Property and Conceptions of Ownership in Civil and Common Law » (1997) 28:2 RGD 235.

Riles, Annelise, « Comparative Law and Socio-legal Studies » dans Mathias Reimann et Reinhard Zimmermann, dir, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 775.

Rousseau-Houle, Thérèse, « L'art de juger : sources et méthodologie. Ce que révèle l'œuvre du juge Louis LeBel » (2016) 57:2 C de D 231.

Slattery, Brian, « Understanding Aboriginal Rights » (1987) 66 R du B can 727.

Slattery, Brian, « The Metamorphosis of Aboriginal Title » (2006) 85:2 R du B can 255.

Slattery, Brian, « The Constitutional Dimensions of Aboriginal Title » (2015) 71:2d SCLR 45.

Taylor, Martin R, « Mr. Justice Douglas Lambert: 25 Years on the Court of Appeal » (2004) 62:1 *The Advocate* 73.

Thériault, Sophie, « Justice environnementale et peuples autochtones : les possibilités et les limites de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme » (2015) Hors-série RQDI 129.

Vogenauer, Stefan, « Sources of Law and Legal Method in Comparative Law » dans Mathias Reimann et Reinhard Zimmermann, dir, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 869.

Walters, Mark D, « The "Golden Thread" of Continuity: Aboriginal Customs at Common Law and Under the Constitution Act, 1982 » (1999) 44 RD McGill 711.

Monographies et ouvrages collectifs

Anaya, S James, *Indigenous Peoples in International Law*, New York, Oxford University Press, 2004.

Anker, Kirsten, *Declarations of Interdependence: A Legal Pluralist Approach to Indigenous Rights*, Burlington, Vermont, Ashgate, 2014.

Barraud, Boris, *Théories du droit et pluralisme juridique – Tome 1 : Les théories dogmatiques du droit et la fragilité du pluralisme juridique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2016.

Basedow, Jürgen, Holger Fleischer et Reinhard Zimmermann, dir, *Legislators, judges, and Professors*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016.

Borrows, John, *Canada's Indigenous Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 2010.

Breton, Albert, dir, *Le Multijuridisme : manifestations, causes et conséquences*, Paris, Éditions ESKA, 2010.

Brierley, John E et Roderick Macdonald, *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Edmond Montgomery Publications, 1993.

Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues : Les biens*, Montréal, Yvon Blais, 2012.

Creswell, John W, *Research Design: Qualitative, Quantitative, and Mixed Methods Approaches*, 2e éd, Thousand Oaks, London Sage Publications, 2003.

David, René, *Les grands systèmes de droit contemporains (droit comparé)*, Paris, Dalloz, 1964.

Dickson, Jamie D, *The Honour and Dishonour of the Crown: Making Sense of Aboriginal Law in Canada*, UBC Press, Purich Publishing, 2015.

Farran, Sue, Esin Öricü et Sean Patrick Donlan, dir, *A Study of Mixed Legal Systems: Endangered, Entrenched, or Blended*, Farnham, Surrey, Ashgate Publishing Limited, 2014.

Fuller, Lon L, *La moralité du droit*, Presses de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 2017 (traduction de l'édition révisée en 1969 de l'ouvrage original *The Morality of Law* publié pour la première fois en 1964).

Glenn, H Patrick, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, 5e éd, Oxford, Oxford University Press, 2014.

Grammond, Sébastien, *Terms of Coexistence: Indigenous Peoples and Canadian Law*, Toronto, Carswell, 2013.

Hart, Herbert Lionel Adolphus, *Le concept de droit*, 2e éd, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005.

Kasirer, Nicholas, dir, *Le droit civil, avant tout un style?*, Montréal, Centre de recherche en droit privé & comparé du Québec, Éditions Thémis, 2003.

Lajoie, Andrée, dir, *Gouvernance autochtone : aspects juridiques, économiques et sociaux*, Montréal, Éditions Thémis, 2007.

Lasser, Mitchel de S-O-L'E, *Judicial Deliberations*, Oxford University Press, 2004.

McHugh, Paul G, *Aboriginal Title: The Modern Jurisprudence of Tribal Land Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

Miller, James Rodger, *Skyscrapers Hide the Heavens: A History of Native-Newcomers Relations in Canada*, 4e éd, Toronto, University of Toronto Press, 2018.

Morin, René, *La Construction du droit des Autochtones par la Cour suprême du Canada : Témoignage d'un plaideur*, Septentrion, Québec, 2017.

Newman, Dwight, *Revisiting the Duty to Consult Aboriginal Peoples*, Saskatoon, Purich, 2014.

Pulitano, Elvira, dir, *Indigenous Rights in the Age of the UN Declaration*, New York, Cambridge University Press, 2012.

Samuels, Geoffrey, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Oxford et Portland, Oregon, Hart, 2014.

Raz, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon, 1979.

Short, Damien et Corinne Lennox, dir, *Handbook of Indigenous Peoples' Rights*, New York, Routledge, 2016

Woodward, Jack, *Native Law*, feuilles mobiles (2019), Toronto, Carswell, 1989.

Ziff, Bruce H, *Principles of Property Law*, 7e éd, Toronto, Thomson Reuters Canada, 2018.

Jurisprudence

Adoption — 1212, 2012 QCCQ 2873 (CanLII).

Affaire Kichwa Indigenous People of Sarayaku (Ecuador) (2012), Inter-Am Ct HR (sér C) no° 245, en ligne : Cour interaméricaine des droits de l’homme < <http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/decisions-and-judgments> >.

Affaire Mayagna (Sumo) Awas Tingni (Nicaragua) (2001), Inter-Am Ct HR (sér C) no° 79, en ligne : Cour interaméricaine des droits de l’homme < <http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/decisions-and-judgments> >.

Affaire Saramaka People (Suriname) (2007), Inter-Am Ct HR (sér C) n° 172, en ligne: Cour interaméricaine des droits de l’homme < <http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/decisions-and-judgments> >.

Affaire Sawhoyamaya Indigenous Community (Paraguay) (2006), Inter-Am Ct HR (sér C) n° 146, en ligne : Cour interaméricaine des droits de l’homme < <http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/decisions-and-judgments> >.

Affaire Xákmok Kásek (Paraguay) (2010), Inter-Am Ct HR (sér C) n° 172, en ligne: Cour interaméricaine des droits de l’homme < <http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/decisions-and-judgments> >.

Affaire Yakye Axa (Paraguay) (2005), Inter-Am Ct HR (sér C) n° 125, en ligne: Cour interaméricaine des droits de l’homme < <http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/decisions-and-judgments> >.

Bande indienne des Lax Kw’alaams c Canada (Procureur général), 2011 CSC 56, [2011] 3 RCS 535.

Bellefeuille c Morisset, 2007 QCCA 535 (CanLII).

Calder et al. c Attorney-General of British Columbia, [1973] RCS 313.

Chippewas of the Thames First Nation c Pipelines Enbridge inc., 2017 CSC 41, [2017] 1 RCS 1099.

Clyde River (Hameau) c Petroleum Geo-Services Inc., 2017 CSC 40, [2017] 1 RCS 1069.

Delgamuukw v British Columbia, 1991 CanLII 2372 (BC SC), [1991] 3 WWR 97.

Delgamuukw v British Columbia, 1993 CanLII 4516 (BC CA).

Delgamuukw c Colombie-Britannique, [1997] 3 RCS 1010.

DesRochers c Canada (Industrie), 2009 CSC 8, [2009] 1 RCS 194.

Genex Communications inc. c Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo, 2009 QCCA 2201 (CanLII).

Goulet c Québec (Procureur général), 2003 CanLII 42450 (QC CA).

Guerin c La Reine, [1984] 2 RCS 335.

Kruger inc. c Première Nation des Betsiamites, 2006 QCCA 569 (CanLII).

Ktunaxa Nation c Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations), 2017 CSC 54, [2017] 2 RCS 386.

Laurentienne-vie, Cie d'assurances inc. c Empire, Cie d'assurance-vie, 2000 CanLII 9001 (QCCA).

Lax Kw'alaams Indian Band v Canada (Attorney General), 2009 BCCA 593 (CanLII).

Mikisew Cree First Nation c Canada (Gouverneur général en conseil), 2018 CSC 40, [2018] 2 RCS 765.

Mitchell c M.R.N., 2001 CSC 33, [2001] 1 RCS 911.

Musqueam Indian Band v British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management), 2005 BCCA 128 (CanLII), [2005] 2 CNLR 212.

Nation haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts), 2004 CSC 73, [2004] 3 RCS 511.

Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique, 2014 CSC 44, [2014] 2 RCS 257.

Pariseau c Québec (Procureur général), 2003 CanLII 47910 (QC CA).

Pastion v Dene Tha' First Nation, 2018 FC 648.

Première nation crie Mikisew c Canada (Ministre du Patrimoine canadien), 2005 CSC 69, [2005] 3 RCS 388.

Première nation Tlingit de Taku River c Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet), 2004 CSC 74, [2004] 3 RCS 550.

Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador c Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam), 2017 QCCA 1791 (CanLII).

Procureur général du Canada c Canard, [1976] 1 RCS 170, 1975 CanLII 137 (CSC).

Québec (Procureur général) c Young, 2003 CanLII 47908 (QC CA).

R c Adams, 1993 CanLII 3728 (QC CA).

R c Adams, [1996] 3 RCS 101.

R. c Commanda, 2007 QCCA 947 (CanLII).

R c Côté, 1993 CanLII 3913 (QC CA).

R c Côté, [1996] 3 RCS 139.

R v Gladstone, 1993 CanLII 4520 (BC CA).

R c Gladstone, [1996] 2 RCS 723.

R c N.T.C. Smokehouse Ltd., [1996] 2 RCS 672.

R c Pamajewon, [1996] 2 RCS 821.

R c Sappier; R c Gray, [2006] 2 RCS 686, 2006 CSC 54.

R v Seward et al, 1999 BCCA 163 (CanLII).

R c Sparrow, [1990] 1 RCS 1075.

R c Van der Peet, [1996] 2 RCS 507.

Regina v Van Der Peet, 1993 CanLII 4519 (BC CA).

Rio Tinto Alcan Inc. c Conseil tribal Carrier Sekani, 2010 CSC 43, [2010] 2 RCS 650.

Roberts c Canada, [1989] 1 RCS 322.

Saik'uz First Nation and Stelat'en First Nation v Rio Tinto Alcan Inc., 2015 BCCA 154 (CanLII).

Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam) c Compagnie minière IOC inc. (Iron Ore Company of Canada), 2014 QCCS 4403 (CanLII).

Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam) c Québec (Procureure générale), 2014 QCCA 2193 (CanLII).

Thomas v Rio Tinto Alcan Inc., 2013 BCSC 2303 (CanLII).

William v British Columbia, 2012 BCCA 285 (CanLII).

Textes internationaux

Convention américaine relative aux droits de l'homme, 22 novembre 1969, 1144 RTNU 123 (entrée en vigueur : 18 juillet 1978).

Convention (n°169) relative aux peuples indigènes et tribaux, 28 juin 1989, 1650 RTNU 383, 28 ILM 1382 (entrée en vigueur : 5 septembre 1991).

Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, Rés AG, Doc off AG NU, 61e sess, Doc NU A/RES/61/295 (2007), disponible en ligne : < https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_FRA.pdf >.

OÉA, Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'Homme*, Doc off OEA/Ser.L/V/II.23/doc.21 rev 6 (1949), en ligne : < <http://www.cidh.org/basicos/french/b.declaration.htm> >.

OÉA, Assemblée Générale, 3e sess, *Déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones*, Doc off OEA/AG/RES 2888 (XLVI-O/16), 15 juin 2016.

OÉA, Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Indigenous and Tribal Peoples' Rights Over their Ancestral Lands and Natural Resources: Norms and Jurisprudence of the Inter-American Human Rights System*, Doc off OEA/Ser.L/V/II/Doc.56/09 (2009).

Thèses et dissertations

Martin Juneau, *La notion de droit commun en droit civil québécois*, mémoire de droit, Université Laval, 2009 [non publié], disponible en ligne : < www.theses.ulaval.ca/2009/26391/26391.pdf >.

Stevenson, S Ronald, *The Political Theory of Aboriginal Rights Law in Canada: Prospects for Reconciliation*, thèse de doctorat en droit, Université d'Ottawa, 2015 [non publiée], disponible en ligne : < <https://ruor.uottawa.ca/handle/10393/32343> >.

Autres sources

CanLII, « Portée des collections de CanLII », disponible en ligne : < <https://www.canlii.org/fr/collections.html> >.

Cour interaméricaine des droits de l'homme, « *Jurisprudence finder* », disponible en ligne : < <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=en> >.

Cour suprême du Canada, « Renseignements généraux sur la Cour », disponible en ligne : < <https://www.scc-csc.ca/court-cour/info/index-fra.aspx> >.

McNeil, Kent, « Indigenous Law and Aboriginal Title », 12 août 2016, Osgoode Legal Studies Research Paper No 2/2017, disponible en ligne (SSRN) :
< <https://ssrn.com/abstract=2825097> >.

Slattery, Brian, « The Generative Structure of Aboriginal Rights » (2007) *Paper 2262*, disponible en ligne:
< http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/scholarly_works/2262 >.