

LA CONTRIBUTION DU JUGE LAMER À L'ÉVOLUTION DU DROIT DES AUTOCHTONES

Sébastien Grammond*

Le présent texte propose une évaluation de la jurisprudence du juge en chef Antonio Lamer en matière de droit des autochtones, selon des critères de cohérence, de justice, de légitimité et de durabilité. Deux idées principales ressortent de cette jurisprudence : la définition des droits ancestraux selon des critères historiques et culturels et la tentative de concilier les intérêts des autochtones et des non-autochtones. L'incohérence des critères énoncés par le juge Lamer a été dénoncée par les anthropologues et les historiens et conduit, dans certains cas, à des résultats insatisfaisants sur le plan de la justice. Cependant, en reconnaissant principalement des droits qui figuraient dans des ententes entre l'État et certains peuples autochtones, le juge Lamer assurait une légitimité importante à ses décisions, ce qui explique sans doute que les grandes lignes de son cadre d'analyse soient toujours utilisées par la Cour suprême.

This paper assesses the aboriginal rights jurisprudence of Chief Justice Antonio Lamer according to criteria of coherence, justice, legitimacy and durability. Two major themes dominate his judgments: a definition of aboriginal rights based on historical and cultural tests, and the attempt to reconcile the interests of aboriginals and non-aboriginals. Historians and anthropologists have denounced the incoherence of Justice Lamer's tests, and these tests sometimes lead to unjust results. However, by recognizing mainly rights that are included in agreements between the State and certain aboriginal peoples, Justice Lamer ensured the legitimacy of his decisions, which may explain why the main elements of his framework are still applied by the Supreme Court.

* Doyen, Faculté de droit (Section de droit civil), Université d'Ottawa; avocat-conseil, Fraser Milner Casgrain. L'auteur a été auxiliaire juridique du juge Lamer en 1993-94. À ce titre, il n'a pas pris part aux pourvois dans les principales affaires mentionnées dans le présent texte, qui se fonde donc, à moins d'indication contraire, exclusivement sur des documents publics. Le présent texte a été préparé pour le colloque de l'Institut canadien d'administration de la justice du 21 novembre 2008. L'auteur désire remercier ses collègues Sophie Thériault et Pascale Fournier et un évaluateur anonyme pour leurs commentaires sur une version antérieure du présent texte.

À l'automne 2007, Antonio Lamer entreprenait sa lente ascension vers un monde meilleur. Ayant traversé les nuages, la stratosphère, et ainsi de suite, il vit une porte.

« Ciel! Serais-je déjà rendu au paradis? se dit-il. Mes vieux péchés auraient-ils déjà été tous pardonnés? »

Mais il se souvint de son petit catéchisme qui disait que les mortels qui se présentaient aux portes du paradis devaient y subir l'interrogatoire de Saint Pierre. En effet, à mesure qu'il s'avavançait, il vit que la porte était gardée par un vieillard. Mais quelle ne fut pas sa surprise, arrivé assez près de l'homme pour distinguer ses traits, de constater qu'il s'agissait d'un autochtone.

« Qui es-tu? lui demanda le vieillard. Qu'as-tu fait pour mon peuple?

– Je m'appelle Antonio Lamer, j'étais juge en chef de la Cour suprême du Canada. Ce que j'ai fait pour vous? J'ai modernisé le droit des autochtones. J'ai clarifié ce qu'étaient les droits ancestraux. J'ai mis en place les instruments juridiques de la réconciliation entre les peuples autochtones et le reste de la société canadienne. Mais toi, qui es-tu pour me questionner ainsi?

– Je suis Deskahe, grand chef des Haudenosaunee des Six Nations. Sache que, bien avant ta naissance, j'ai défendu l'indépendance de mon peuple jusqu'à la Société des Nations, à Genève, face aux agressions du gouvernement canadien et de sa police montée. Je suis bien curieux de savoir ce qu'un juge comme toi peut faire pour réconcilier l'envahisseur canadien avec mon peuple. Je t'écoute. »

Le juge Lamer ne s'attendait absolument pas à ce que l'ouverture des portes du paradis dépende de la substance de ses jugements en matière de droit des autochtones. Il devait bien y avoir là quelque atteinte à l'indépendance de la magistrature, mais, vu l'importance de l'enjeu, il décida de ne pas s'en plaindre et de plaider sa cause avec toute la fougue de l'avocat qu'il fut jadis.

« Voici ce qu'est pour moi la réconciliation. Il faut tout d'abord reconnaître que l'histoire a été injuste envers vous. Au départ, nous vous avons traité comme des alliés, de nation à nation. Puis nous avons trahi notre parole. Les gouvernements coloniaux, puis le gouvernement canadien, ont ignoré vos droits. Ils vous ont traités comme des enfants. Nous devons retrouver l'esprit qui animait nos relations de l'époque.

C'est pourquoi j'ai dit que le système juridique canadien devait reconnaître la préexistence des sociétés autochtones. Grâce à moi, votre titre aborigène sera désormais reconnu, ainsi que toute pratique qui faisait partie intégrante de votre culture distinctive. Dans certains cas, ces droits peuvent même avoir un aspect commercial. Ce sont là des droits dont aucun autre groupe au Canada ne bénéficie. Je te réfère à l'arrêt Van der Peet, à l'onglet... »

Le juge Lamer s'aperçut qu'au tribunal d'en haut, on plaidait sans papiers. Il n'en fut que plus convaincant. Il poursuivit :

« C'est aussi ce que j'ai fait dans l'arrêt Sioui. J'ai reconnu la validité d'un traité conclu avec tes frères, les Hurons. Ce traité était l'illustration parfaite des relations d'égal à égal que nous devrions avoir. Imagine-toi, vieux sage, qu'à la suite de cet arrêt, des intellectuels québécois se sont ligués contre moi et m'ont accusé d'exercice illégal de la profession d'historien. Voilà ce que j'ai dû endurer pour rendre justice aux autochtones!

– Ne parlons pas de ce que mon peuple a dû endurer. As-tu déjà entendu parler des pensionnats? Mais revenons à notre sujet. Comment peux-tu parler de relations d'égal à égal? C'est toi et tes semblables qui décides du sort final de nos droits. Je connais bien tes décisions. Elles ont été lues au-delà des frontières canadiennes, même ici, aux portes du paradis... Mais nous ne sommes pas dupes. Ce que tu appelles de la réconciliation, c'est une invitation à abandonner une grande partie de nos droits au profit des grandes entreprises. Tu nous as retiré le droit de déterminer l'utilisation de notre territoire traditionnel. Dans la cause de mon petit-neveu, un certain Delgamuukw, tu as permis à l'État de s'approprier notre territoire et de l'offrir aux compagnies minières ou forestières ou, pire, pour que nos rivières soient détournées. Que valent nos droits, si l'État peut les restreindre, et si ce sont les tribunaux non autochtones qui jugent de la validité de ces restrictions? »

Deskahe perdait sa patience à mesure qu'il troquait son rôle d'ancien pour celui de leader politique. Il était au courant non seulement de la jurisprudence de la Cour suprême, mais aussi des nombreuses critiques que celle-ci s'était attiré. Beaucoup d'auteurs, en effet, avaient dénoncé la très grande marge de manœuvre que les décisions du juge Lamer réservaient à l'État en matière de gestion du territoire ainsi que la difficulté pratique, pour un groupe autochtone, d'obtenir un jugement reconnaissant son titre aborigène : le procès Delgamuukw a été l'un des plus longs de l'histoire canadienne. Le juge Lamer tenta tout de même de défendre sa décision :

« N'oublie pas, grand chef, que la marge de manœuvre que j'ai consentie à l'État est conditionnelle. S'il veut utiliser votre territoire, il doit vous consulter, accommoder vos préoccupations et vous indemniser. Si tu me permets l'analogie, on ne peut pas arrêter une rivière de couler, mais on peut en modifier le cours. Si vous pouvez participer au développement du territoire et en partager les bénéfices, nous aurons fait un grand pas vers la réconciliation. »

Deskahe savait que sur ce point, le juge Lamer avait au moins en partie raison. Il changea donc de sujet : « Et ta fascination pour l'histoire a entraîné des effets pervers. Pourquoi diable as-tu exigé que nous prouvions les pratiques qui avaient cours dans nos sociétés il y a quatre siècles? Vous, les Européens, avez largement emprunté à nos cultures, pourquoi ne pourrions-nous pas faire de même? Et quelle légitimité toi et tes semblables avez-vous pour décider ce qui fait partie intégrante de nos cultures? Imagine un instant la réaction si tu avais annoncé que la Cour suprême du Canada allait décider de ce qui fait partie de la culture québécoise! »

Le juge Lamer était devenu plutôt nerveux. Jamais n'avait-il affronté une critique si virulente, pas même dans le National Post... Il sentit qu'il devait mettre cartes sur table et présenter sa cause sous un autre angle.

« Tu as raison. Je plaide coupable. J'ai fait tout ce que tu as dit. Mais avais-je le choix? Ou plutôt, pouvais-je aller plus loin? N'oublie pas, je n'étais qu'un simple juge. Je n'ai pas été élu. Mon pouvoir dépend entièrement de l'adhésion de mes concitoyens à mes décisions.

– Mais tu étais le gardien de la Constitution, objecta Deskahe, et la Constitution ne vise-t-elle pas à protéger les minorités?

– Tu as bien raison, mais ce rôle a des limites. Un juge ne peut refaire complètement l'ordre social. Si je rends des décisions trop radicales, tôt ou tard, le pouvoir politique les contournera ou les renversera. Il faut savoir mesurer ce que la population et surtout les politiciens sont prêts à accepter. Dis-moi, tes démarches à Genève pour faire reconnaître l'indépendance des peuples autochtones ont-elles abouti?

– Elles ont connu l'échec, admit Deskahe.

– Vois-tu, c'était une revendication trop radicale. Il ne servait à rien de contester la souveraineté canadienne. Nous sommes tous ici pour y rester, tu sais.

– J'ai déjà entendu ça quelque part, dit Deskahe, faisant un peu la grimace.

– As-tu remarqué, reprit le juge Lamer, que le contenu que j'ai reconnu aux droits ancestraux et au titre aborigène ressemble aux droits territoriaux qui découlent de la Convention de la Baie James? Le titre aborigène, ce sont les terres de catégorie I, sur lesquelles les autochtones ont des droits exclusifs. Les droits ancestraux reliés à des activités, la chasse, la pêche, c'est le régime des terres de catégorie II et III. Et l'obligation de consulter, ne vois-tu pas sa parenté avec le régime d'évaluation environnementale de la Convention? Je m'étais ainsi assuré que mes décisions demeuraient dans le domaine du politiquement acceptable. Comment le gouvernement aurait-il pu dénoncer ma jurisprudence, alors qu'il a consenti à la plupart des éléments qu'elle contient?

– Tu as bien raison, dit Deskahe, je n'avais pas vu les choses de cette manière.

– Je me suis inspiré de solutions négociées avec certains peuples, ajouta le juge Lamer, et je les ai généralisées à la grandeur du pays. Si les négociations piétinent, les tribunaux sont là! Et j'ai rejeté les arguments du Québec, qui réclamait une forme de statut particulier. Imagine-toi, il plaidait que le Régime français avait éteint les droits des autochtones. Non, il n'était pas question que je laisse les autochtones du Québec privés de tout droit.

– Fort bien, mais tout cela ne concerne que le territoire. Que fais-tu de nos systèmes juridiques? De notre autonomie gouvernementale?

– Je connais ton histoire, Deskahe, mais, je l'avoue, j'ignore tout de ton système juridique. Tout ce que j'ai pu faire à ce sujet, c'est d'en parler en termes généraux et d'espérer que d'autres s'y intéresseront. Il paraît même qu'aujourd'hui, certaines Facultés de droit emmenent leurs étudiants dans les communautés autochtones. J'ai tout de même indiqué qu'il fallait tenir compte de l'histoire orale des peuples autochtones. Et quant à l'autonomie gouvernementale, j'ai préféré attendre. Je me suis dit qu'il était préférable de ne pas fermer la porte, de laisser les gouvernements négocier avec vous sous la menace que nous puissions intervenir un jour. Mais franchement, je crois que nous, les juges, sommes mal placés pour comprendre les besoins des autochtones et les possibilités réalistes d'articulation entre les pouvoirs fédéraux, provinciaux et autochtones. J'espère que tu ne m'en voudras pas. Le temps fera son œuvre...

– *L'œuvre, l'œuvre... Es-tu en train de me dire que ton œuvre est destinée à être éclipsée par l'œuvre du temps? T'aura-on si vite oublié?*

– *Mais non, la Cour utilise encore les principes que j'ai établis. Ils sont appelés à durer. Oh oui, j'ai peut-être fait quelques petites erreurs, mais Beverley les corrigera... Allez, laissez-moi entrer! Tu sais bien que j'ai fait tout ce qui était en mon pouvoir pour réconcilier nos peuples respectifs. Connais-tu un juge qui ait été aussi favorable aux autochtones tout en réussissant à rallier une majorité de la Cour suprême? C'est ça qui compte.*

– *C'est vrai, tu as raison, les autochtones se souviendront de toi. » D'un geste lent, Deskahe étira alors son bras et ouvrit la porte : « Entre! », lui dit-il. Mais derrière la porte, déception, il n'y a que des nuages gris à perte de vue. Le juge Lamer se tourne alors vers Deskahe et lui demande : « Est-ce donc ça le paradis? – Le paradis? Non, le paradis est un peu plus loin... Allez, vas-y, Saint Pierre est là-bas qui t'attend. »*

* * *

Dans l'impulsion jurisprudentielle que la Cour suprême a imprimée au droit des autochtones au cours du dernier quart de siècle, une figure domine : celle du juge en chef Antonio Lamer. Il est l'auteur des décisions les plus importantes dans ce domaine. C'est lui qu'on cite. C'est lui qu'on louange. C'est lui, surtout, qu'on critique. Les questions autochtones sont en effet parmi les plus controversées que la Cour suprême est régulièrement appelée à trancher. Selon certains, notamment du côté autochtone, il a fait trop peu. D'autres, cependant, diront qu'il en a trop fait.

Qu'on soit d'accord ou non avec son œuvre, le juge Lamer a incontestablement été le chef de file de la Cour lorsqu'il s'agit de statuer sur des affaires intéressant les autochtones, non pas tant en termes quantitatifs, mais surtout en termes qualitatifs. Durant la période où il siégeait à la Cour suprême, soit entre 1980 et 2000, celle-ci a rendu 53 décisions qui portent sur le droit des autochtones¹. Le juge

¹ Cet échantillon comprend uniquement les arrêts qui portent sur des concepts de droit des autochtones, notamment les droits ancestraux, les droits issus de traités et l'interprétation de la *Loi sur les Indiens*. Il exclut le *Renvoi sur la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, ainsi que les affaires de droit pénal où l'identité autochtone de l'accusé ou de la victime n'a aucune incidence sur la solution apportée au litige (comme *R. c. Deane*, [2001] 1 R.C.S. 279).

Lamer a siégé dans 42 de ces affaires². Dans 29 de ces dossiers, il se contente de souscrire aux motifs de la majorité³; il est rarement dissident⁴. À l'exception d'un arrêt de 1983⁵ portant sur l'interprétation de la *Loi sur les Indiens*, il n'a pas rédigé les motifs des arrêts de la Cour Dickson en matière autochtone. À cet égard, Sharpe et Roach⁶, qui ont étudié les discussions internes entre les juges au sujet de certains arrêts marquants de la période 1984-1990, n'indiquent pas qu'il ait participé de manière significative aux discussions internes qui ont conduit aux arrêts *Guerin* et *Sparrow*.

C'est avec l'arrêt *Sioui*⁷, rendu en 1990, que le juge Lamer commence véritablement à articuler ses idées au sujet du droit des

² Il ne siège pas dans *Smith c. R.*, [1983] 1 R.C.S. 554; *Racine c. Woods*, [1983] 2 R.C.S. 173; *Dick c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 309; *Jack and Charlie c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 332; *Simon c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 387; *Bande indienne Oregon Jack Creek c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1989] 2 R.C.S. 1069 et [1990] 1 R.C.S. 117; *Dumont c. Canada (P.G.)*, [1990] 1 R.C.S. 279; *Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; *R. c. Wells*, [2000] 1 R.C.S. 207; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950.

³ *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282; *Cardinal c. R.*, [1982] 1 R.C.S. 508; *Nowegijick c. R.*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Guerin c. R.*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285; *Paul c. Paul*, [1986] 1 R.C.S. 306; *Joe c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 145; *R. c. Horse*, [1988] 1 R.C.S. 187; *R. c. Francis*, [1988] 1 R.C.S. 1025; *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Ontario (P.G.) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570; *Québec (P.G.) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159; *R. c. Howard*, [1994] 2 R.C.S. 299; *Association des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627; *R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *Bande indienne des Opetchesaht c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 119; *Union of New Brunswick Indians c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [1998] 1 R.C.S. 1161; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128; *Chippewas de Kettle et Stony Point c. Canada (P.G.)*, [1998] 1 R.C.S. 756; *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456 [*Marshall I*]; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533 [*Marshall II*]. Il rend aussi le jugement oral de la Cour dans *H. (D.) c. M. (H.)*, [1999] 1 R.C.S. 328; [1999] 1 R.C.S. 761.

⁴ Il souscrit à l'opinion séparée du juge Sopinka dans *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, et à celle de la juge Wilson dans *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; il est dissident dans *Martin c. Chapman*, [1983] 1 R.C.S. 365.

⁵ *Martin c. Chapman*, *ibid.* où il est dissident.

⁶ Robert J. Sharpe et Kent Roach, *Brian Dickson: A Judge's Journey*, Toronto, University of Toronto Press, 2003.

⁷ *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025.

autochtones. Mais sa contribution la plus marquante demeure sans contredit un ensemble d'arrêts rendus en 1996 et 1997. En effet, c'est dans les arrêts *Van der Peet*⁸, *Gladstone*⁹, *Adams*¹⁰, *Côté*¹¹ et surtout *Delgamuukw*¹² que la Cour suprême établit les principaux paramètres de la définition du concept de droit ancestral. Dans chaque cas, c'est le juge en chef Lamer qui a rédigé les motifs de la majorité. C'est donc principalement lui qui a taillé cette pierre d'assise du droit canadien des peuples autochtones¹³.

L'objectif du présent texte n'est pas d'analyser en détail chaque jugement qu'il a rendu, voire chaque jugement auquel il a souscrit. La tâche serait titanesque. Il s'agit plutôt d'identifier les axes majeurs de sa contribution et de porter un jugement sur ceux-ci.

Il convient, à ce stade, de préciser les critères d'évaluation que nous entendons employer. Un premier angle d'analyse portera sur la cohérence même de ses jugements. Nous évaluerons le caractère convaincant des justifications qu'il présente pour les règles qu'il énonce. Nous nous demanderons ensuite si les différentes règles qu'il propose forment un ensemble cohérent et si elles donnent lieu à des difficultés pratiques d'application. Enfin, nous chercherons à savoir si ses jugements sont compatibles avec l'état du savoir dans des domaines non juridiques.

On se demandera, en deuxième lieu, si les règles qu'il pose sont de nature à rendre justice aux peuples autochtones et à leurs revendications. Évidemment, une telle entreprise exige que l'on précise les différentes théories de la justice sur lesquelles on se fonde, ce qui sera fait en cours d'analyse.

Troisièmement, on analysera ses jugements en fonction d'une perspective de légitimité politique. Au Canada, comme ailleurs au monde, le rôle que les juges devraient jouer dans l'interprétation et l'application des droits constitutionnels fait l'objet d'un vaste débat. Certains affirment qu'il est illégitime pour les juges de donner une

⁸ *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507 [*Van der Peet*]; voir aussi *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821 [*Pamajewon*].

⁹ *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723 [*Gladstone*].

¹⁰ *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101.

¹¹ *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139.

¹² *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010 [*Delgamuukw*].

¹³ Il a également rédigé les motifs de deux autres arrêts durant cette période : *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; *Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 657.

interprétation large aux droits de la personne ou aux droits des autochtones garantis par la constitution. On verra dans quelle mesure ce genre de reproche peut être adressé au juge Lamer.

Quatrièmement, la durabilité des idées mises de l'avant par le juge Lamer sera évaluée. À cet égard, nous déterminerons si ces idées sont toujours appliquées par la Cour et si elles demeurent à l'avant-plan de la jurisprudence de la Cour.

Nous devons également signaler que la présente analyse profite de l'écoulement du temps. À la décharge du principal intéressé, on doit dire que la doctrine en matière de droit des autochtones au milieu des années 90 n'avait pas encore connu la formidable explosion des dix dernières années. En particulier, les perspectives interdisciplinaires sur le droit des autochtones étaient encore dominées par l'histoire; les analyses philosophiques ou anthropologiques commençaient à peine à émerger. De plus, notre évaluation bénéficie des nombreuses critiques des jugements marquants du juge Lamer. En fait, rares sont les décisions de la Cour qui ont été autant étudiées. Il est donc facile, après coup, d'en dénoncer les lacunes. Il faudra donc être charitable dans l'évaluation que nous entreprenons.

1. La définition historico-culturelle des droits ancestraux

Le premier axe principal que nous avons identifié dans les décisions du juge Lamer en matière de droit des autochtones est le recours à l'histoire et à la culture pour définir les droits ancestraux protégés par la constitution. Afin de bien comprendre l'importance capitale de ce principe, nous présenterons le contexte de la constitutionnalisation des droits ancestraux, puis nous exposerons les principaux éléments de la conception que le juge Lamer se fait des droits ancestraux. Nous pourrions ensuite évaluer cette conception selon les critères établis plus haut.

Lorsque les droits des peuples autochtones ont été intégrés dans la constitution canadienne, par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, on savait bien peu de choses des droits ancestraux. Dans l'arrêt *Calder*¹⁴, en 1973, la Cour suprême avait affirmé que de tels droits existaient en common law et découlaient de l'occupation du territoire par les autochtones avant l'arrivée des premiers Européens. Ayant rejeté la réclamation pour des motifs de procédure ou d'extinction du droit, la Cour n'a pas eu à préciser le contenu des droits ancestraux, leur fondement juridique, l'identité de leurs titulaires, leurs conditions

¹⁴ *Calder c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1973] R.C.S. 313.

d'existence ou leurs relations avec le reste du système juridique canadien. La tâche dévolue aux tribunaux dans la mise en œuvre de ces droits était donc immense. La portée concrète des décisions qu'elle était appelée à rendre dans ce domaine était d'autant plus grande que la majeure partie de la Colombie-Britannique, du Québec et des provinces maritimes n'ont jamais fait l'objet de traités de cession territoriale et qu'il y subsiste donc des droits ancestraux.

La première décision de la Cour suprême au sujet de la protection constitutionnelle des droits ancestraux a été l'arrêt *Sparrow*¹⁵, rendu en 1990. Le juge Lamer y participe, mais n'écrit pas les motifs. Cet arrêt est marquant pour les positions qu'il écarte. En effet, la Cour rejette non seulement l'argument voulant que l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* accorde une protection absolue aux droits ancestraux¹⁶, mais aussi celui voulant qu'un droit ancestral se trouve éteint par toute loi qui en régleme l'exercice. La première proposition aurait considérablement réduit la capacité de l'État de régir l'utilisation du territoire, alors que la seconde aurait abouti à priver les droits ancestraux de toute protection effective contre l'action de l'État. Dans l'arrêt *Sparrow*, la Cour a également rejeté deux autres propositions extrêmes, l'une visant à remettre en question la souveraineté de l'État canadien sur les terres autochtones et l'autre voulant que l'article 35 ne soit qu'une déclaration d'intention non justiciable par les tribunaux. Par ailleurs, la Cour a saisi l'occasion pour définir un critère de justification des restrictions que l'État impose aux droits ancestraux. Ce critère ressemble à celui que la Cour avait mis en place quelques années auparavant pour analyser les restrictions aux droits fondamentaux autorisées par l'article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁷. La Cour commençait donc à établir les règles de base de l'interaction entre les droits des autochtones et les autres droits faisant partie du système canadien. L'incertitude demeurait toutefois entière au sujet de la portée et des conditions d'existence des droits ancestraux, deux questions au sujet desquelles le juge Lamer aura une influence déterminante.

C'est principalement dans les arrêts *Van der Peet* et *Delgamuukw* que le juge Lamer articule sa vision à ce sujet. L'élément le plus

¹⁵ *R. c. Sparrow*, *supra* note 3.

¹⁶ Cet argument était fondé sur le fait que l'article 35 se retrouve dans la partie II de la *Loi constitutionnelle de 1982* et non dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de celle-ci. Certains en ont déduit que l'article 1 de la *Charte*, qui autorise l'État à apporter des limites justifiées aux droits garantis, ne s'appliquait pas à l'article 35 et que, *a contrario*, les droits visés par l'article 35 ne pouvaient pas être limités par l'État.

¹⁷ *R. c. Oakes*, [1986] 2 R.C.S. 103.

marquant de son approche est qu'il traite les droits ancestraux comme des faits. Selon lui, les droits ancestraux visent entre autres à reconnaître le « droit du premier occupant » des peuples autochtones. Il s'ensuit que chaque groupe autochtone doit faire la preuve de son occupation du territoire ou de l'exercice d'une activité particulière dans un passé lointain. Par conséquent, tous les groupes autochtones n'ont pas les mêmes droits ancestraux. Un groupe n'a que les droits qu'il est en mesure de prouver.

Pour mettre en œuvre cette vision des droits ancestraux, il est nécessaire que la Cour précise le genre de preuve qui est exigé et la portée des droits auxquels une telle preuve donne ouverture. C'est cet ensemble de questions que le juge Lamer a tenté de clarifier en ayant recours à la distinction entre titre ancestral (ou aborigène) et droits ancestraux reliés à des activités, au critère de la « partie intégrante d'une culture distinctive » et au concept de date-charnière¹⁸.

La distinction entre titre et droits ancestraux mérite quelques explications. Certains tribunaux, dont la Cour d'appel du Québec, avaient adopté une approche « tout ou rien » des droits ancestraux¹⁹. Selon cette conception, il n'existait qu'une seule sorte de droit ancestral, le titre territorial. La preuve de ce titre exigerait la démonstration d'une occupation historique exclusive du territoire concerné, une preuve très difficile à faire en pratique. La Cour suprême, sous la plume du juge Lamer, a rejeté cette théorie et a affirmé qu'il existait deux principaux types de droits ancestraux, les droits reliés à des activités précises (par exemple, un droit de pêche) et le titre ancestral (aussi appelé titre aborigène), qui confère un droit exclusif d'utiliser un territoire donné et qui s'apparente donc, à cet égard, au droit de propriété²⁰. Selon le juge Lamer, les deux ne sont pas nécessairement liés. Il est possible, comme ce fut le cas dans les arrêts *Adams* et *Côté*, de faire la preuve d'un droit de pêcher dans un endroit précis sans être obligé de faire la preuve, beaucoup plus complexe, d'un titre territorial sur la région en cause.

La distinction entre titre territorial et droits relatifs à des activités appelle donc des exigences de preuve différentes. Pour prouver un titre territorial, il faut démontrer l'occupation exclusive du territoire visé à la

¹⁸ Pour une analyse approfondie de ces questions, voir : Ghislain Otis, « Le titre aborigène : émergence d'une figure nouvelle et durable du foncier autochtone? » (2005) 46 C. de D. 795; Sébastien Grammond, *Aménager la coexistence : les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles/Cowansville (Qc), Bruylant/Yvon Blais, 2003 aux pp. 176-214.

¹⁹ *Adams c. R.*, [1993] R.J.Q. 1011 (C.A.).

²⁰ *R. c. Adams*, *supra* note 10 aux pp. 116-19.

date pertinente. Cette exigence, établie dans l'arrêt *Delgamuukw*, n'a été précisée que dans des arrêts subséquents, après que le juge Lamer ait quitté la Cour. En matière de droit relatif à une activité, l'exigence est en apparence plus simple. Il faut démontrer que le groupe autochtone en question exerçait l'activité revendiquée, ou une activité substantiellement semblable, avant l'arrivée des Européens. Cependant, le juge Lamer ajoute une exigence additionnelle : ne seront protégées que les activités qui faisaient « partie intégrante de la culture distinctive » du groupe à la date pertinente. Ainsi, des activités entreprises après l'arrivée des Européens, ou en raison de l'influence européenne, seront écartées. Le juge Lamer précise néanmoins qu'une activité traditionnelle peut être exercée avec des moyens modernes. Les autochtones peuvent chasser aujourd'hui à l'aide de fusils et de motoneiges, l'important étant qu'ils prouvent l'importance de la chasse pour leur culture dans un passé lointain.

Une telle analyse fondée sur le passé pose nécessairement la question de la « date-charnière ». À quel moment, en effet, un groupe autochtone doit-il avoir pratiqué une activité ou occupé un territoire pour fonder un droit ancestral? La réponse, curieusement, diffère selon le type de droit envisagé. S'il s'agit d'un titre ancestral, la date-charnière est le moment de l'affirmation de la souveraineté britannique, par exemple 1763 au Québec ou 1846 en Colombie-Britannique²¹. C'est donc dire qu'un groupe autochtone qui cherche à faire reconnaître un titre ancestral devra prouver qu'il occupait le territoire revendiqué à cette époque. Par contre, s'il s'agit d'un droit relatif à une activité, la date-charnière est plus reculée : c'est le moment des premiers contacts du groupe autochtone avec les Européens, qui peut être de beaucoup antérieur à l'affirmation de la souveraineté britannique. Ainsi, dans les arrêts *Adams* et *Côté*, le juge Lamer a fixé cette date à 1603 pour le sud du Québec, ce qui correspond aux premiers voyages de Champlain. Dans une décision postérieure au départ du juge Lamer, la Cour a adopté un troisième critère pour les revendications des Métis : la date-charnière est alors le moment du « contrôle effectif » du territoire par le gouvernement colonial, fixé à 1850 pour la région de Sault-Sainte-Marie²².

De plus, en matière de titre territorial, le juge Lamer a également affirmé que ce type de droit ancestral était assujéti à une « limite intrinsèque » : les autochtones ne peuvent se servir du territoire à des fins qui seraient incompatibles avec ce qui fonde leur attachement à la

²¹ *Delgamuukw*, supra note 12 à la p. 1099.

²² *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207 aux pp. 226-27.

terre²³. À titre d'exemple, le juge Lamer indique que l'exploitation d'une mine à ciel ouvert par des autochtones pourrait fort bien transgresser cette limite intrinsèque. Cette « limite intrinsèque » a été dénoncée comme une pure invention²⁴. Il semble que le but poursuivi par le juge Lamer était de ménager une porte de sortie permettant aux tribunaux de refuser aux autochtones des droits qui auraient une composante économique suffisamment importante pour paraître illégitime aux yeux de la société non autochtone.

Ayant posé les principaux jalons de la vision des droits ancestraux proposée par le juge Lamer, nous pouvons maintenant évaluer sa contribution selon les critères de cohérence, de justice, de légitimité et de durabilité établis plus haut.

On a souvent critiqué les décisions du juge Lamer pour leur manque de cohérence. De prime abord, on peut s'étonner de la multiplicité des critères de preuve des différents types de droits ancestraux, notamment sur le plan de la date-charnière. Personne n'a été vraiment convaincu par les explications contenues dans l'arrêt *Delgamuukw* au sujet du choix d'une date différente pour la preuve d'un titre territorial (l'avènement de la souveraineté britannique) et celle d'un droit relié à des activités (les premiers contacts avec les Européens)²⁵. De la même manière, plusieurs ont dénoncé ce qu'ils perçoivent comme étant la « contradiction » de l'arrêt *Delgamuukw*, où le juge Lamer affirme à la fois que les droits ancestraux relèvent du noyau dur de la compétence fédérale sur les autochtones²⁶ et que les provinces peuvent porter atteinte à des droits ancestraux s'ils en démontrent la justification²⁷, deux propositions qui devraient normalement être mutuellement exclusives²⁸.

Plus fondamentalement, le critère de preuve des droits ancestraux reliés à des activités, qui consiste à se demander si la pratique en cause faisait « partie intégrante de la culture distinctive » du groupe

²³ *Delgamuukw*, supra note 12 à la p. 1089.

²⁴ William F. Flanagan, « Piercing the Veil of Real Property Law: *Delgamuukw* v. *British Columbia* » (1998) 24 Queen's L.J. 279 aux pp. 312-22; Richard H. Bartlett, « The Content of Aboriginal Title and Equality Before the Law » (1998) 61 Sask. L. Rev. 377; Brent Olthuis, « Defrosting *Delgamuukw* » (2001) 12 Rev. nat. dr. const. 385.

²⁵ Voir notamment: Brian Slattery, « The Generative Structure of Aboriginal Rights » dans John D. Whyte, dir., *Moving Toward Justice: Legal Traditions and Aboriginal Justice*, Saskatoon, Purich, 2008 aux pp. 20, 37-42.

²⁶ *Delgamuukw*, supra note 12 aux pp. 1120-21.

²⁷ *Ibid.* à la p. 1107. Voir aussi : R. c. *Côté*, supra note 11 à la p. 185.

²⁸ Jean-Paul Lacasse, *Les Innus et le territoire : Innu tipenitamun*, Sillery (Qc), Septentrion, 2004 aux pp. 173-75.

autochtone concerné à l'époque de ses premiers contacts avec les Européens, a été critiqué pour ne pas tenir compte de la manière dont l'anthropologie moderne conçoit la culture²⁹. Plus personne ne considère la culture comme un ensemble objectivement déterminé de traits distinctifs partagés par tous les membres d'un groupe donné³⁰. La culture est maintenant considérée comme un ensemble de pratiques et de valeurs dont l'évolution, faiblement coordonnée, obéit à un ensemble de décisions et de remises en question individuelles. Il est donc impossible de « définir » une culture une fois pour toutes, sans tenir compte des courants dissidents ou de son évolution temporelle. (Pour s'en convaincre, on n'a qu'à réfléchir quelques instants à une « définition » de la culture québécoise.) Toute définition d'une culture par une autorité extérieure, comme un tribunal, ne peut qu'être réductrice. Au surplus, malgré les précautions prises par le juge Lamer à ce sujet dans l'énoncé de ses motifs, rechercher ce qui faisait partie intégrante d'une culture dans un passé lointain aura nécessairement pour effet de « figer » cette culture et d'en empêcher l'évolution. De plus, ce critère est particulièrement indéterminé et son application dépend de la preuve présentée dans chaque cas, comme l'illustre la juxtaposition des arrêts *Van der Peet* et *Gladstone*, où un droit de pêche commerciale est reconnu dans un cas, mais pas dans l'autre, en raison de différences quant à la preuve présentée en première instance, même s'il s'agit de groupes voisins partageant des cultures semblables. Comme le souligne Henderson, « it is as if the Justices had declared that baseball was a central element of American culture, but not Canadian culture, when both countries participate in the same leagues and World Series »³¹. Or, une comparaison avec les décisions de la Cour suprême portant sur les droits linguistiques démontre qu'il est tout à fait possible d'appliquer des mesures de protection culturelle ou des droits différenciés sans

²⁹ Voir: Russel L. Barsh et James Y. Henderson, « The Supreme Court's *Van der Peet* Trilogy : Naïve Imperialism and Ropes of Sand » (1997) 42 R.D. McGill 993; Isabelle Schulte-Tenckhoff, *La question des peuples autochtones*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1997 aux pp. 155-57; Michael Asch, « The Judicial Conceptualization of Culture After *Delgamuukw* and *Van der Peet* » (2000) 5 Revue d'études constitutionnelles 119; Ronald Niezen, « Culture and the Judiciary: The Meaning of the Culture Concept as a Source of Aboriginal Rights in Canada » (2003) 18 Revue canadienne droit et société 1; Neil Vallance, « The Misuse of "Culture" by the Supreme Court of Canada » dans Avigail Eisenberg, dir., *Diversity and Equality: the Changing Framework of Freedom in Canada*, Vancouver, UBC Press, 2006 à la p. 97; Michael Murphy, « Prisons of Culture: Judicial Constructions of Indigenous Rights in Australia, Canada and New Zealand » (2009) 87 R. du B. can. 357.

³⁰ Pour un sommaire utile, voir : Denys Cuche, *La notion de culture dans les sciences sociales*, 3^e éd., Paris, La Découverte, 2004.

³¹ James Youngblood Henderson, *First Nations Jurisprudence and Aboriginal*

porter de jugements sur ce qui fait ou non partie intégrante d'une culture. En effet, les décisions de la Cour suprême portant sur les droits scolaires des minorités francophones affirment que ces droits ont pour but d'assurer le développement de la culture francophone, mais il n'est absolument pas nécessaire de faire la preuve du contenu de cette culture pour revendiquer ces droits³².

Cette incohérence entre les motifs du juge Lamer et l'état du savoir en sciences sociales entraîne des conséquences négatives sur le plan de la justice. Exiger une preuve reliée à la culture autochtone du passé ou, plus précisément, à la vision que des magistrats non autochtones s'en font, condamne à l'échec toute revendication qui ne se conforme pas à l'image des sociétés précolombiennes de chasseurs-cueilleurs. C'est notamment le cas des revendications de droits commerciaux ou de celles reliées à l'autonomie gouvernementale, qu'il est difficile de faire correspondre à des pratiques précises du XVII^e siècle et qui se sont généralement soldées par des échecs³³. Cette situation prive les peuples autochtones d'un recours utile pour faire valoir leurs intérêts dans des domaines qui sont cruciaux pour leur bien-être et leur autonomie dans le contexte moderne. La détermination judiciaire des éléments centraux des cultures autochtones n'est pas de nature à vraiment protéger ou promouvoir celles-ci. La reconnaissance de droits de chasse et de pêche, même s'il s'agit d'un pas important, ne peut pas non plus compenser la dépossession historique des autochtones. Enfin, la difficulté pratique de faire la preuve de droits ancestraux devant un tribunal est illustrée par le récent arrêt *Drew v. Newfoundland and Labrador (Minister of Government Services and Lands)*³⁴ de la Cour d'appel de Terre-Neuve : le procès dans cette affaire avait duré près de 50 jours, impliqué une dizaine de témoins experts et nécessité le dépôt de plus de 100 000 pages de documents. Il aura fallu que dix ans s'écoulent après *Delgamuukw* pour qu'un seul jugement reconnaisse un titre ancestral, encore que de manière partielle seulement³⁵. Peu de

Rights: Defining the Just Society, Saskatoon, University of Saskatchewan Native Law Centre, 2006 à la p. 211.

³² Vallance, *supra* note 29.

³³ Voir par exemple : *Van der Peet*, *supra* note 8; *Pamajewon*, *supra* note 8; *R. c. Marshall*; *R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220 [*Marshall et Bernard*]; *Bande Indienne de l'Acadie c. Canada (M.N.R.)*, [2007] 3 C.N.L.R. 1 (C.F.), conf. par 2008 CAF 119, [2008] 3 C.N.L.R. 17; *Lax Kw'alaams Indian Band v. Canada (P.G.)*, 2008 BCSC 447, [2008] 3 C.N.L.R. 158. Voir cependant : *Ahousaht Indian Band and Nation c. Canada (A.G.)*, 2009 BCSC 1494

³⁴ 2006 NLCA 53, [2007] 1 C.N.L.R. 34.

³⁵ Il s'agit de l'affaire *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2007 BCSC 1700, [2008] 1 C.N.L.R. 112, où le juge a formellement rejeté la revendication pour des

groupes autochtones ont les moyens de mener à terme de telles batailles; ceux qui ne le peuvent pas risquent de voir leurs droits méconnus.

Était-il légitime pour le juge Lamer d'adopter un ensemble de règles qui, à première vue, laisse sans réparation une vaste gamme d'injustices? À cet égard, on peut émettre l'hypothèse que les restrictions qu'il apporte aux droits des autochtones relèvent non seulement d'une volonté de ménager les intérêts des non-autochtones (nous en reparlerons plus loin), mais aussi d'une conscience des limites du rôle des tribunaux dans la reconfiguration des rapports entre les différentes composantes de la société canadienne. En effet, les tribunaux sont généralement hésitants à se servir de la constitution pour mettre en œuvre des mesures qui se traduisent par des transferts importants de richesse³⁶. C'est ce qui expliquerait que la Cour suprême ait évité, dans la plupart des cas, de reconnaître aux autochtones des droits susceptibles d'être exploités économiquement.

Dans un tel contexte, comment un tribunal, fût-il suprême, peut-il légitimement définir le contenu de droits garantis en termes vagues par la constitution? On peut avancer l'hypothèse que la Cour s'est inspirée du contenu des « traités modernes »³⁷, c'est-à-dire des ententes conclues par certains peuples autochtones avec l'État fédéral afin d'organiser un régime de droits territoriaux destiné à remplacer des droits ancestraux dont la portée précise demeure à ce jour inconnue. Bien que chaque entente possède ses particularités, toutes contiennent certaines caractéristiques de base qui, semble-t-il, trouvent leur parallèle dans la manière dont la Cour suprême a subséquemment défini les droits ancestraux :

- La création de « catégories » de terres : chaque entente crée deux ou trois catégories de terres, les autochtones possédant des droits plus complets, avoisinant la propriété privée, sur une petite superficie, et des droits plus limités quant au reste du territoire. Cette catégorisation peut être rapprochée de la distinction entre titre territorial (relativement difficile à prouver) et droits reliés à des activités (plus faciles à prouver sur de grandes étendues de terres).

motifs de procédure, mais a néanmoins expliqué longuement pourquoi, n'eut été de ces problèmes, il aurait accueilli en partie la revendication de titre ancestral. Une revendication de titre ancestral a été rejetée dans *Marshall et Bernard*, *supra* note 33.

³⁶ Voir par exemple : *Shachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679 à la p. 723; *Gosselin c. Québec (P.G.)*, [2002] 4 R.C.S. 429 aux pp. 590-91, juge Bastarache, dissident; *Colombie-Britannique (P.G.) c. Christie*, [2007] 1 R.C.S. 873 à la p. 881.

³⁷ La *Convention de la Baie James et du Nord québécois*, l'*Accord du Nunavut* et le *Traité Nisga'a* constituent les exemples les mieux connus de tels traités modernes.

- La reconnaissance de droits de chasse et de pêche à des fins non commerciales sur l'ensemble du territoire traditionnel du groupe autochtone concerné.
- La participation des autochtones au processus d'évaluation environnementale des grands projets industriels réalisés sur leur territoire traditionnel et la participation aux bénéfices de ces projets. À cet égard, le juge Lamer souligne que la consultation des autochtones constitue un facteur important de l'évaluation des restrictions apportées à leurs droits ancestraux. Plus tard, dans l'arrêt *Nation haïda*³⁸, ce facteur sera transformé en obligation indépendante, de manière à assurer son application généralisée sans qu'il soit nécessaire de présenter une preuve complète des droits ancestraux qui fondent la demande de consultation.
- La cogestion de certaines ressources fauniques. Les dispositions de certains traités à ce sujet trouvent leur écho dans l'affirmation du juge Lamer, dans l'arrêt *Delgamuukw*, voulant que les autochtones puissent disposer d'un droit de veto à l'égard de la réglementation restreignant leurs droits de chasse et de pêche³⁹.
- La reconnaissance graduelle d'un droit à l'autonomie gouvernementale. Les traités conclus après 1995 contiennent un chapitre sur l'autonomie. Pressentant sans doute cette évolution sans pouvoir en discerner la portée, le juge Lamer a prudemment refusé de statuer sur la revendication d'autonomie dans l'arrêt *Delgamuukw*, préférant remettre cette question à plus tard.

Même si cela n'est jamais explicitement admis dans les décisions de la Cour, il semble bien que celle-ci se soit alignée sur le contenu des traités modernes pour façonner sa jurisprudence en matière de droits ancestraux. Ainsi, le rôle des juges serait de généraliser, en les rendant disponibles à tous les peuples autochtones, les solutions consensuelles auxquelles l'État et certains peuples autochtones sont parvenus, assurant ainsi une certaine égalité de traitement entre les autochtones des différentes régions du pays (pourquoi reconnaître des droits territoriaux aux autochtones du Nord du Québec, mais pas à ceux du

³⁸ *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511 [*Nation haïda*].

³⁹ *Delgamuukw*, *supra* note 12 à la p. 1113.

Sud?)⁴⁰. Paradoxalement, cela aurait pour effet d'inverser la hiérarchie entre normes constitutionnelles et normes adoptées par le pouvoir exécutif, en se servant du contenu d'accords conclus par le gouvernement pour définir le sens des droits ancestraux protégés par la constitution. Il se peut que le caractère quelque peu incongru de cette solution ait motivé la Cour à ne jamais référer aux traités modernes comme source d'inspiration pour l'interprétation des droits ancestraux. Il est cependant peu probable que la ressemblance entre le contenu des deux types de droits soit le fruit du hasard. Quoiqu'il en soit, en se limitant globalement aux types de droits que le gouvernement est disposé à consentir à certains peuples autochtones, la Cour suprême, sous la gouverne du juge Lamer, s'est prémunie contre une critique trop virulente du rôle politique qu'on l'aurait accusée de jouer si elle ne s'était pas imposée une telle modération.

Certains sont moins charitables dans leur évaluation. Selon le politologue Dacks⁴¹, l'arrêt *Delgamuukw* a eu pour effet d'élargir le fossé entre les positions respectives des gouvernements et des autochtones dans les négociations en Colombie-Britannique. Ainsi, la perspective que ces négociations réussissent à fournir un cadre d'action accepté par tous serait de plus en plus éloignée, malgré la conclusion récente de certains accords de principe. Beaucoup de Premières Nations refusent d'ailleurs de participer à ce processus. Cela conduirait à la mise de côté du processus des traités et à son remplacement, dans les faits, par un processus de consultation et de mesures « intérimaires » axées sur les intérêts plutôt que sur les droits. Ce serait donc, en quelque sorte, un échec de la doctrine des droits ancestraux, trop ambitieuse pour être acceptée par la société non autochtone.

Reste maintenant la question de la longévité de l'œuvre du juge Lamer. Les principaux jalons qu'il a posés, notamment dans les arrêts *Van der Peet* et *Delgamuukw*, sont-ils encore d'actualité? À cet égard, l'arrêt *Nation haïda*⁴² soulève quelques doutes. En effet, en imposant à

⁴⁰ Ce souci d'égalité de traitement transparaît également du rejet des arguments du gouvernement du Québec voulant que les droits ancestraux des autochtones de la moitié sud du Québec aient été éteints par le Régime français ou la Proclamation royale de 1763. À ce sujet, voir : Paul Dionne, « Les postulats de la Commission Dorion et le titre aborigène au Québec : vingt ans après » (1991) 51 R. du B. 127; Grammond, *supra* note 18 aux pp. 55-63.

⁴¹ Gurston Dacks, « First Nations-Crown Relations in British Columbia in the Post-*Delgamuukw* Era » dans Kerry Wilkins, dir., *Advancing Aboriginal Claims: Visions, Strategies, Directions*, Saskatoon, Purich, 2004, 271.

⁴² *Nation haïda*, *supra* note 38.

l'État une obligation de consulter les autochtones avant même que ceux-ci n'aient présenté une preuve complète de leurs droits ancestraux, la Cour a reconnu, en quelque sorte, le caractère illusoire de certains types de recours fondés sur les droits ancestraux, notamment en raison du fardeau de preuve très lourd et des critères d'émission de l'injonction interlocutoire. La durée des procès en matière de droits ancestraux risque de priver d'éventuels jugements de tout effet utile. L'arrêt *Nation haïda* est donc implicitement fondé sur un constat d'échec. La popularité des recours fondés sur un manquement à l'obligation de consulter en témoigne : ceux-ci sont devenus plus nombreux et plus importants que les affaires impliquant des droits ancestraux de chasse et de pêche ou, à plus forte raison, un titre territorial, bien que de récentes protestations pacifiques ou violentes démontrent que l'obligation de consulter ne satisfait pas toujours les désirs des autochtones⁴³.

Cependant, l'arrêt *Nation haïda* peut être considéré comme un ajout au cadre d'analyse des droits ancestraux établi par le juge Lamer, plutôt qu'une répudiation de celui-ci. Les invitations à s'écarter plus radicalement des arrêts *Van der Peet* et *Delgamuukw* n'ont pas manqué, à commencer par la dissidence de la juge McLachlin dans *Van der Peet*. Celle-ci proposait de définir les droits ancestraux au moyen d'une analyse des précédents plutôt que par une approche au cas par cas. L'approche qu'elle envisageait n'aurait pas exigé de chaque groupe autochtone qu'il présente une preuve de sa culture. Elle n'aurait pas fait dépendre la portée des droits d'une évaluation de la culture du groupe en cause. Le professeur Slattery, dont les écrits ont largement inspiré la Cour, a d'ailleurs proposé et théorisé une telle approche, voulant que certains droits ancestraux soient par nature « génériques », c'est-à-dire qu'ils s'appliqueraient automatiquement à tous les peuples autochtones. Néanmoins, la Cour a essentiellement gardé le cap. La juge McLachlin a appliqué le cadre d'analyse du juge Lamer dans les arrêts *Mitchell*⁴⁴ et *Marshall/Bernard*⁴⁵, plutôt que l'approche qu'elle préconisait en dissidence dans l'arrêt *Van der Peet*. Dans l'arrêt *Sappier*⁴⁶, le juge Bastarache a pris acte des critiques du critère de la « partie intégrante d'une culture distinctive » et a affirmé qu'il fallait être conscient du risque de donner effet à une vision stéréotypée de la culture autochtone.

⁴³ *Henco Industries Ltd. v. Haudenosaunee Six Nations Confederacy Council* (2006), 82 O.R. (3d) 721 (C.A.); *Frontenac Ventures Corp. v. Ardoch Algonquin First Nation* (2008), 91 O.R. (3d) 1 (C.A.); *Platinex Inc. v. Kitchenuhmaykoosib Inninuwug First Nation* (2008), 91 O.R. (3d) 18 (C.A.).

⁴⁴ *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911.

⁴⁵ *Marshall et Bernard*, *supra* note 33.

⁴⁶ *R. c. Sappier; R. c. Gray*, [2006] 2 R.C.S. 686.

Il conserve tout de même les principaux éléments du cadre d'analyse de *Van der Peet*. Peut-être ce cadre correspond-il toujours, dans ses grandes lignes, à l'image que se fait la Cour des droits des autochtones des droits reliés à la différence culturelle, mais des droits qui n'ont pas de portée économique majeure et qui ne menacent pas la maîtrise de la société non autochtone sur le territoire. À cet égard, la vision du juge Lamer lui a donc survécu.

2. La (ré)conciliation comme projet politique et juridique

Au-delà de la méthode historique de définition des droits ancestraux, c'est sûrement le principe de réconciliation qui constitue le fil conducteur de l'œuvre du juge Lamer. La réconciliation est l'objectif principal qu'il attribue à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et qui structure le cadre d'analyse qu'il met en place pour analyser les revendications des autochtones. Comme il le souligne dans l'arrêt *Van der Peet* : « le par. 35(1) établit le cadre constitutionnel qui permet de reconnaître que les autochtones vivaient sur le territoire en sociétés distinctives, possédant leurs propres cultures, pratiques et traditions, et de concilier ce fait avec la souveraineté de Sa Majesté »⁴⁷.

Il faut souligner dès l'abord la polysémie du terme « réconciliation », surtout en langue anglaise⁴⁸. En effet, l'idée de réconciliation mise de l'avant par le juge Lamer connote d'abord le rétablissement de l'harmonie, le dépassement des vieux conflits. En ce sens, on ne saurait s'opposer à l'objectif de réconcilier les peuples autochtones et le reste de la société canadienne. Cependant, « *to reconcile* », en langue anglaise, signifie également l'action de combiner des principes, des idées, voire des revendications opposées, habituellement en leur apportant des tempéraments ou des restrictions qui les rendent compatibles. En français, ce sens de « *to reconcile* » est traduit par le verbe « concilier »⁴⁹. La conciliation implique une certaine forme de compromis mutuel, alors que ce n'est pas nécessairement le cas de la réconciliation. L'emploi d'un seul mot en anglais pour désigner les deux idées a été, on le verra, à la source de bien des confusions et de bien des espoirs déçus. Cette précision étant faite, voyons maintenant ce que le juge Lamer entend précisément par (ré)conciliation.

⁴⁷ *Van der Peet*, supra note 8 aux pp. 538-539.

⁴⁸ À ce sujet, voir aussi : Dwight G. Newman, « Reconciliation: Legal Conception(s) and Faces of Justice » dans John D. Whyte, dir., *Moving Toward Justice: Legal Traditions and Aboriginal Justice*, Saskatoon, Purich, 2008 à la p. 80.

⁴⁹ On pourra comparer les versions anglaise et française du premier paragraphe de l'arrêt *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine)*, [2005] 3

Pour le juge Lamer, les fondements de la réconciliation sont d'abord et avant tout historiques. En effet, il portait un intérêt marqué à l'histoire en général, et à l'histoire du droit pénal en particulier, et cet intérêt a considérablement influé sur son raisonnement en matière de droit des autochtones. Ses motifs dans l'arrêt *Sioui*, qui font état de ses recherches personnelles sur l'histoire des relations entre les Britanniques et les autochtones à l'époque de la capitulation de Montréal, témoignent de l'importance qu'il attachait au passé comme source de droits présents. Il possédait d'ailleurs dans son bureau un exemplaire de la thèse du professeur Brian Slattery⁵⁰, dont l'approche historique des droits des autochtones a fortement influencé la Cour.

Le juge Lamer m'a un jour fait remarquer que les autochtones n'avaient jamais été conquis. La lecture de ses jugements dans *Sioui* et *Van der Peet* permet de comprendre le sens de cette affirmation. Selon lui, au XVIII^e siècle, « tant la Grande-Bretagne que la France considéraient que les nations indiennes jouissaient d'une indépendance suffisante et détenaient un rôle assez important en Amérique du Nord pour qu'il s'avère de bonne politique d'entretenir avec eux des relations très proches de celles qui étaient maintenues entre nations souveraines »⁵¹. On reconnaissait donc, à l'époque, l'existence collective des peuples autochtones comme entités qui entretenaient des relations égalitaires avec les pays européens, possédant une organisation sociale et des systèmes juridiques propres : « quand les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les peuples autochtones s'y trouvaient déjà, ils vivaient en collectivités sur ce territoire et participaient à des cultures distinctives »⁵². Cette existence séparée, et les droits qui en découlaient, avaient d'ailleurs été reconnus, comme le juge Lamer le note dans l'arrêt *Sioui*, par la Proclamation Royale de 1763. Or, la reconnaissance de ce statut spécial s'est graduellement estompée au cours de la première moitié du XIX^e siècle, pour ensuite laisser la place à un régime législatif (la *Loi sur les Indiens*) visant à circonscrire les droits territoriaux des autochtones et à organiser leur assimilation graduelle. Le contraste est frappant avec les droits reconnus aux Canadiens français par les capitulations de Québec et de Montréal, l'Acte de Québec de 1774 et les lois constitutionnelles subséquentes.

R.C.S. 388 à la p. 393 [*Mikisew*], où « *to reconcile* » est traduit par « réconcilier » ou « concilier », selon le sens.

⁵⁰ Brian Slattery, *The Land Rights of Indigenous Canadian Peoples*, Thèse de doctorat en droit, University of Oxford, 1979, réimprimée, University of Saskatchewan Native Law Center, 1979.

⁵¹ *R. c. Sioui*, *supra* note 7 à la p. 1053.

⁵² *Van der Peet*, *supra* note 8 à la p. 538.

Nier les droits des autochtones ou affirmer, ce qui revient au même, qu'ils ont été éteints par le passage du temps, équivalait donc à ignorer l'histoire.

Dans l'esprit du juge Lamer, rendre justice aux autochtones implique donc que l'on retourne aux sources et que l'on reconnaisse à nouveau la validité des droits que les autochtones possédaient à l'époque. En matière de traités, cela exige que l'on reconstruise le plus fidèlement possible le contexte de la conclusion de ces ententes afin d'en saisir, au-delà du texte, la portée véritable aux yeux des autochtones. C'est d'ailleurs à un tel exercice que le juge Lamer s'attache avec ferveur dans l'arrêt *Sioui*, allant même jusqu'à prendre connaissance judiciaire de documents qu'il affirme avoir trouvés par ses propres recherches. Il dresse ainsi un tableau historique général de la nature des relations entre Européens et autochtones à l'époque de la guerre de Sept Ans, pour ensuite identifier très précisément la séquence des événements ayant mené à la conclusion du « Traité de Murray » et pour enfin analyser les événements subséquents qui appuient la « thèse du traité ». (Il souscrit également aux motifs du juge Binnie dans l'arrêt *Marshall*⁵³, qui entreprend une reconstruction semblable du contexte de la signature d'un traité.) En matière de droits ancestraux, la justice exige que l'on reconnaisse le « droit du premier occupant » des autochtones, c'est-à-dire les droits qui découlent de leur présence antérieure à celle des Européens sur le territoire nord-américain. Il souligne ce principe dans l'arrêt *Van der Peet*, citant à l'appui les décisions des tribunaux américains et australiens ainsi que les écrits d'universitaires canadiens. Dans l'arrêt *Delgamuukw*, il affirme que le titre ancestral « découle de l'occupation antérieure du Canada par les peuples autochtones »⁵⁴.

Bien qu'il ne l'affirme pas explicitement, le raisonnement du juge Lamer peut se rattacher aux théories philosophiques qui justifient les droits des autochtones par l'occupation antérieure du territoire⁵⁵. Ces théories affirment qu'un groupe qui a été injustement dépossédé de ses droits dans le passé a le droit de demander la restitution de ces droits ou l'octroi d'une compensation. Elles mettent l'accent sur le passé davantage que sur les conditions actuelles des peuples autochtones comme source de leurs droits. On verra cependant plus loin que ce ne sont pas les seules justifications possibles des droits des autochtones.

⁵³ *Marshall 1*, *supra* note 3.

⁵⁴ *Delgamuukw*, *supra* note 12 à la p. 1082.

⁵⁵ Patrick Macklem, *Indigenous Difference and the Constitution of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2001 aux pp. 76-106.

Mais on ne saurait s'arrêter là. Le juge Lamer est très conscient de la portée en apparence illimitée d'une reconstruction des droits historiques des autochtones, que ceux-ci soient fondés sur le concept de droits ancestraux ou sur des traités conclus il y a deux siècles. Comme il l'affirme dans l'arrêt *Sioui* : « si les droits des Hurons sont définis sans y introduire un facteur de limitation, un territoire énorme serait grevé des droits contenus dans le traité du 5 septembre 1760 »⁵⁶. C'est pourquoi il ajoute que la reconnaissance de droits historiques doit être assortie d'un exercice de conciliation avec l'occupation du territoire par la Couronne. Il faut donc, en quelque sorte, réconcilier le passé avec le présent. C'est d'ailleurs ce que le professeur Slattery affirme dans un article récent :

The successful settlement of Aboriginal claims must involve the full and unstinting recognition of the historical reality of Aboriginal rights, the true scope and effects of Indigenous dispossession and exclusion, and the continuing links between an Aboriginal people and its traditional culture, lands, and resources. By the same token, the recognition of historical rights, while a necessary precondition for modern reconciliation, is not always in itself a sufficient basis for reconciliation, which may have to take into account a range of other factors. So, for example, to suggest that historical Aboriginal rights give rise to modern rights that automatically trump third-party interests represents the attempt to remedy one injustice by committing another⁵⁷.

Ainsi, dans l'arrêt *Sioui*, il fallait déterminer la portée territoriale du droit de pratiquer les coutumes reconnu par le « traité de Murray ». Pour trancher cette question, le juge Lamer fait appel au concept d'« intention des parties sur la question territoriale au moment de la conclusion du traité »⁵⁸. Mais ne nous y trompons pas : le but de l'exercice n'est pas tant la recherche d'une véritable « intention » historique, mais plutôt l'imposition d'une solution qui apparaisse raisonnable dans le contexte d'aujourd'hui : « Il s'agit de choisir, parmi les interprétations de l'intention commune qui s'offrent à nous, celle qui concilie le mieux les intérêts des Hurons et ceux du conquérant. »⁵⁹ Le juge Lamer permet donc aux Hurons de pratiquer leurs coutumes sur l'ensemble de leur territoire traditionnel, là où cela ne serait pas incompatible avec l'usage qu'en fait la Couronne. Comme on le voit, cette interprétation fait une large part à la volonté et aux intérêts du « conquérant ». Le juge Lamer ne s'en cache d'ailleurs pas : « Définir ainsi l'intention commune des parties sur la question du

⁵⁶ *R. c. Sioui*, *supra* note 7 à la p. 1069.

⁵⁷ Slattery, *supra* note 25 à la p. 45. Voir aussi : Murphy, *supra* note 29.

⁵⁸ *R. c. Sioui*, *supra* note 7 à la p. 1068.

⁵⁹ *Ibid.* à la p. 1069.

territoire permet de donner plein effet à l'esprit de conciliation tout en respectant les exigences pratiques des Britanniques. »⁶⁰

Ce souci de ménager les intérêts des non-autochtones transparaît également du cadre d'analyse que le juge Lamer met en place dans les arrêts *Gladstone* et *Delgamuukw* au sujet des droits ancestraux protégés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ce cadre comporte un volet de justification des atteintes portées aux droits des autochtones, semblable à bien des égards au critère de l'article 1 de la *Charte canadienne*. Défini tout d'abord dans l'arrêt *Sparrow*, ce cadre exige que l'État démontre, dans un premier temps, qu'une mesure qui porte atteinte à un droit ancestral vise un objectif public suffisamment important et, dans un deuxième temps, que cette mesure respecte « l'honneur de la Couronne », c'est-à-dire qu'elle accorde la priorité à l'exploitation de la ressource concernée par les autochtones, qu'elle a fait l'objet de consultations et que l'atteinte au droit ancestral est aussi réduite que possible⁶¹. Or, l'arrêt *Sparrow* ne visait qu'un droit de pêche à des fins alimentaires. Dans l'arrêt *Gladstone*, le juge Lamer a senti la nécessité de modifier le critère de l'arrêt *Sparrow* pour l'adapter au contexte d'un droit commercial. Ainsi, la priorité accordée aux droits des autochtones n'est plus absolue. L'État conserve le pouvoir de répartir la ressource entre les différents utilisateurs autochtones ou non autochtones. Un an plus tard, dans l'arrêt *Delgamuukw*, le juge Lamer est revenu à la charge en affirmant que « l'extension de l'agriculture, de la foresterie, de l'exploitation minière et de l'énergie hydroélectrique, le développement économique général de l'intérieur de la Colombie-Britannique, la protection de l'environnement et des espèces menacées d'extinction, ainsi que la construction des infrastructures et l'implantation des populations requises par ces fins »⁶² constituent des raisons valables de restreindre la portée des droits ancestraux. Comme le souligne Goldenberg, la facilité avec laquelle le juge Lamer envisage la restriction des droits possédant un aspect commercial découle sans doute de la perception négative de tels droits dans la population non autochtone⁶³. En clair, les besoins de l'économie non autochtone auront souvent priorité sur les intérêts des autochtones, et non l'inverse.

Ayant posé les principaux jalons de la politique de réconciliation mise de l'avant par le juge Lamer, nous pouvons maintenant l'évaluer

⁶⁰ *Ibid.* à la p. 1071.

⁶¹ *R. c. Sparrow*, *supra* note 3.

⁶² *Delgamuukw*, *supra* note 12 à la p. 1111.

⁶³ André Goldenberg, « "Salmon for Peanut Butter": Equality, Reconciliation and the Rejection of Commercial Aboriginal Rights » (2004) 3 *Indigenous L.J.* 61 aux pp. 95-100.

en fonction des critères de cohérence, de justice, de légitimité et de durabilité.

Sur le plan de la cohérence, le recours à l'histoire qu'implique la vision de la réconciliation du juge Lamer a été maintes fois critiqué, notamment à la suite de l'arrêt *Sioui*, qui lui a valu l'accusation d'« exercice illégal de la profession d'historien »⁶⁴. Il semble que ce que bien des historiens dénoncent est la tendance des tribunaux, dans les litiges autochtones, à instrumentaliser l'histoire⁶⁵. Autrement dit, le juge ne vise pas à atteindre une meilleure compréhension de l'histoire, mais plutôt à se servir du savoir historique afin de justifier des conclusions juridiques. En fait, le juge Lamer confond souvent, dans son analyse, l'identification des droits historiques des autochtones avec la détermination d'une portée raisonnable de ces droits dans le contexte actuel. L'arrêt *Sioui* en donne un bon exemple : ce qu'il présente comme la recherche de l'intention véritable des parties en 1760 n'a rien à voir avec un travail historique, mais constitue plutôt un raisonnement normatif sur la portée géographique souhaitable des droits contemporains des Hurons. Une plus grande clarté conceptuelle à ce sujet serait sans doute souhaitable, bien qu'elle aurait peut-être pour effet secondaire d'exposer davantage au regard le pouvoir créateur du juge, qui ne pourrait plus prétendre que sa décision découle mécaniquement de faits historiques...

Un autre désavantage pratique de la politique de réconciliation est son caractère indéterminé⁶⁶. Toutes les étapes du cadre d'analyse élaboré par le juge Lamer font appel à des concepts vagues qui accordent une large discrétion au juge : qu'est-ce qui fait « partie intégrante » de la culture? qu'est-ce qu'une « occupation » suffisante du territoire?

⁶⁴ Cette expression imagée a été employée par M^c Sylvain Lussier lors d'un déjeuner-causerie de l'Association du Barreau canadien. Pour une critique détaillée, voir : Denis Vaugeois, *La Fin des alliances franco-indiennes: Enquête sur un sauf-conduit de 1760 devenu un traité en 1990*, Montréal/Sillery (Qc), Boréal/Septentrion, 1995, et la critique de cet ouvrage par David Schulze publiée à (1997) 42 R.D. McGill 1045, ainsi que Michel Morin, « Quelques réflexions sur le rôle de l'histoire dans la détermination des droits ancestraux et issus de traités » (2000) 34 R.J.T. 329 aux pp. 351-55. Voir aussi : Alain Beaulieu, « Les pièges de la judiciarisation de l'histoire autochtone » (2000) 53 Revue d'histoire de l'Amérique française 541; Alain Beaulieu, « Les garanties d'un traité disparu: le traité d'Oswegatchie, 30 août 1760 » (2000) 34 R.J.T. 369; David Schulze, « The Murray Treaty of 1760: The Original Document Discovered » [1998] 1 C.N.L.R. 1.

⁶⁵ Arthur J. Ray, « Ethnohistory and the Development of Native Law in Canada: Advancing Aboriginal Rights or Re-Inscribing Colonialism? » dans Frederica Wilson et Melanie Mallett, dir., *Métis-Crown Relations: Rights, Identity, Jurisdiction and Governance*, Toronto, Irwin Law, 2008.

⁶⁶ Goldenberg, *supra* note 63 à la p. 83.

comment respecter « l'honneur de la Couronne »? Le juge statuant sur une revendication de droits ancestraux conserve donc une latitude importante pour rejeter celle-ci.

C'est sans doute sur le plan de la justice que la politique de réconciliation a fait l'objet des attaques les plus virulentes. Elle accorderait trop d'importance aux intérêts de la société non autochtone. Elle exigerait des autochtones qu'ils expriment leurs préoccupations avec des concepts compréhensibles aux non-autochtones. Elle équivaldrait à une expropriation sans compensation. Comme le souligne Kent McNeil : « reconciliation appears to relate more to the maintenance of established economic interests than to the protection of constitutional rights »⁶⁷. Ces critiques ont sans doute été exacerbées par l'approche en deux étapes du juge Lamer qui, rappelons-le, procède d'abord à identifier les droits historiques des autochtones, pour ensuite réduire ceux-ci afin de les concilier avec les intérêts de la société majoritaire. Cette méthode donne inévitablement l'impression que l'on réduit unilatéralement les droits des autochtones pour satisfaire les besoins des non-autochtones. Il y a sans doute du vrai dans de telles critiques. Cependant, il ne faut pas perdre de vue les limites des justifications purement historiques des droits des autochtones. On admet généralement que les justifications fondées sur le « droit du premier occupant » ont une valeur limitée, en ce sens qu'elles ne s'intéressent qu'au caractère juste ou injuste de certains transferts de propriété du passé, tout en ignorant le caractère juste ou injuste de la répartition contemporaine de la richesse⁶⁸. En ce sens, la conciliation des droits qu'envisage le juge Lamer permet de tenir compte des besoins de tous et d'en arriver à une répartition contemporaine des richesses qui soit plus juste, même s'il reste encore beaucoup de chemin à parcourir.

Un autre problème soulevé par la politique de réconciliation du juge Lamer est qu'elle ne vise que le partage des ressources et néglige des questions qui sont tout aussi vitales pour le bien-être des peuples autochtones, comme l'autonomie gouvernementale⁶⁹ ou la reconnaissance des systèmes juridiques autochtones⁷⁰. Comme on l'a vu plus haut, son

⁶⁷ Kent McNeil, « Reconciliation and the Supreme Court: The Opposing Views of Chief Justices Lamer and McLachlin » (2003) 2 *Indigenous L.J.* 1 à la p. 9.

⁶⁸ Macklem, *supra* note 55, pp. 78-85. Voir aussi : Jeremy Waldron, « Redressing Historic Injustice » (2002) 52 *U.T.L.J.* 135.

⁶⁹ John Borrows, « Uncertain Citizens: Aboriginal Peoples and the Supreme Court » (2001) 80 *R. du B. can.* 15 aux pp. 25-31.

⁷⁰ À ce sujet, voir : Commission du droit du Canada, *La justice en soi : les traditions juridiques autochtones*, Ottawa, La Commission, 2006; John Borrows,

cadre d'analyse ne permet pas de saisir les revendications d'autonomie. Par ailleurs, il est vrai que, dans *Van der Peet*, il fait allusion à la réconciliation entre le système juridique canadien et les systèmes juridiques autochtones. En effet, il cite l'auteur Mark Walters qui souligne la nécessité de tenir compte, dans la définition des droits ancestraux, des perspectives juridiques autochtone et canadienne⁷¹. Il cite également un passage de l'arrêt *Mabo* de la Haute Cour australienne qui assoit explicitement la doctrine des droits ancestraux dans ce pays sur la reconnaissance des systèmes juridiques autochtones⁷². Dans l'arrêt *Delgamuukw*, il affirme encore que les droits ancestraux tireraient leur origine du « rapport entre la common law et les régimes juridiques autochtones »⁷³. Cependant, le critère analytique que le juge Lamer développe dans l'arrêt *Van der Peet* ne tient à peu près pas compte des systèmes juridiques autochtones et n'a pas, dans les faits, encouragé les juges de première instance ou d'appel à le faire⁷⁴. Comme le souligne Dawnis Kennedy : « The test he develops favours Indigenous peoples' practices over their laws and fails to provide mechanisms through which Canadian courts can engage respectfully with the laws of Indigenous peoples »⁷⁵. Cette lacune de la jurisprudence du juge Lamer découle peut-être de sa conception presque exclusivement historique des justifications des droits ancestraux. S'il est disposé à réparer ou à compenser les injustices du passé, il a du mal à concevoir que la promotion de la différence culturelle puisse justifier des droits spéciaux pour les autochtones⁷⁶ ou

« Indigenous Legal Traditions in Canada » (2005) 19 Wash. U.J.L. & Pol'y 167; Sébastien Grammond, « La réception des systèmes juridiques autochtones au Canada » dans Albert Breton *et al.*, dir., *Multijuralism: Manifestations, Causes, and Consequences*, Aldershot, Ashgate [à paraître en 2009].

⁷¹ *Van der Peet*, *supra* note 8 à la p. 551.

⁷² *Mabo c. Queensland* [No. 2] (1992), 175 C.L.R. 1, cité dans *Van der Peet*, *supra* note 8 aux pp. 545-46.

⁷³ *Delgamuukw*, *supra* note 12 à la p. 1082.

⁷⁴ Ghislain Otis, « Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones » (1999) 40 C. de D. 591 aux pp. 611-19; Morin, *supra* note 64 aux pp. 339-44; Nigel Bankes, « *Marshall and Bernard*: Ignoring the Relevance of Customary Property Laws » (2006) 55 U.N.B.L.J. 120. Un exemple de prise en considération des traditions juridiques autochtones est donné par deux arrêts rédigés par le juge LaForme de la Cour d'appel de l'Ontario : *R. c. Meshake*, [2007] 3 C.N.L.R. 326, 85 O.R. (3d) 575 (C.A.); *R. c. Shipman*, [2007] 3 C.N.L.R. 375, 85 O.R. (3d) 585 (C.A.).

⁷⁵ Minnawaanagogiizhigook (Dawnis Kennedy), « Reconciliation without Respect? Section 35 and Indigenous Legal Orders » dans Commission du droit du Canada, dir., *Indigenous Legal Traditions*, Vancouver, UBC Press, 2007, 77 à la p. 85.

⁷⁶ Voir notamment : Will Kymlicka, *La citoyenneté multiculturelle*, Montréal, Boréal, 2001; Macklem, *supra* note 55 aux pp. 47-75.

que le droit doit assurer un respect mutuel et des relations égalitaires entre les différents groupes qui composent le pays⁷⁷.

Considérer maintenant l'œuvre du juge Lamer sur le plan de la légitimité nous oblige à sonder les limites du rôle des tribunaux en tant qu'agents de changement social et de protection des droits des minorités. À une époque où ses décisions en matière de droits fondamentaux sont de plus en plus critiquées sur la place publique, la Cour sait fort bien que sa légitimité institutionnelle dépend, en dernière analyse, de l'acceptation de ses décisions par le grand public⁷⁸. Or, le grand public est généralement peu favorable à des mesures qui pourraient se traduire par une redistribution importante des richesses ou du territoire aux autochtones. D'un autre côté, la Cour doit également tenter de se donner une légitimité aux yeux des autochtones, en démontrant qu'elle prend leurs revendications au sérieux. La politique de réconciliation proposée par le juge Lamer tente de répondre à ces impératifs contradictoires et témoigne d'un sens du possible, d'une conscience des limites du rôle de la magistrature dans la définition de solutions à la question autochtone. Comme l'affirme Wilkins :

But like it or not, the fact of non-Aboriginal presence throughout Canada, and the prima facie innocence of that presence, are givens that suffice the Supreme Court's approach to disputes involving Aboriginal claims of right; they are, from the Court's standpoint, something not to be mourned, but necessarily to be acknowledged⁷⁹.

Du même souffle, le juge Lamer est conscient que les tribunaux ne peuvent à eux seuls transformer l'ordonnement social. C'est pourquoi il invite l'État et les peuples autochtones à emprunter la voie de la négociation plutôt qu'à soumettre leurs différends aux tribunaux. Les solutions consensuelles ont bien entendu le mérite de désengorger les tribunaux, mais elles libèrent également la Cour du problème de légitimité politique qui pourrait découler d'une initiative trop musclée de sa part. Par ailleurs, le juge Lamer ne se contente pas d'appeler les parties à s'entendre : il intègre aussi, dans son critère de justification des droits ancestraux, l'obligation de consulter les autochtones lorsque

⁷⁷ Voir notamment : James Tully, *Une étrange multiplicité : le constitutionnalisme à une époque de diversité*, Sainte-Foy (Qc)/Bordeaux, Presses de l'Université Laval/Presses de l'Université de Bordeaux, 1999; Macklem, *ibid.* à la p. 293.

⁷⁸ Andrée Lajoie, *Jugements de valeurs*, Paris, Presses universitaires de France, 1997 à la p. 193; Kerry Wilkins, « Judicial Aesthetics and Aboriginal Claims » dans Kerry Wilkins, dir., *Advancing Aboriginal Claims: Visions, Strategies, Directions*, Saskatoon, Purich, 2004, 288 à la p. 294.

⁷⁹ Wilkins, *supra* note 79 à la p. 293.

l'État envisage de restreindre leurs droits ancestraux. Ainsi, dans l'arrêt *Gladstone*, il affirme que la priorité que doivent recevoir les droits ancestraux à portée commerciale comporte un volet procédural, ce qui semble vouloir dire que l'État doit impliquer les autochtones concernés dans le processus de répartition de la ressource⁸⁰. Ses remarques sur l'obligation de consulter, dans l'arrêt *Delgamuukw*⁸¹, ont pavé la voie à l'arrêt subséquent *Nation haïda*, qui a généralisé cette obligation de consulter et facilité sa mise en œuvre. Il a ainsi posé les jalons de l'approche actuelle de la Cour, qui tente d'intégrer les peuples autochtones dans la prise de décision en matière de gouvernance du territoire.

On ne s'étonnera donc pas que les peuples autochtones demeurent quelque peu méfiants face aux tribunaux, perçus comme les organes de la société non autochtone, même si la reconnaissance éventuelle de droits ancestraux par les tribunaux contribue à établir un rapport de forces qui permet de faire progresser les négociations. Ainsi, une enquête menée par la professeure Lajoie a révélé que les organisations autochtones ne considèrent pas les tribunaux comme un lieu privilégié où faire valoir leurs revendications⁸². À bien des endroits, la frustration grandissante des autochtones eu égard à la lenteur du processus judiciaire et à la maigreur de ses résultats conduit certains groupes à occuper, parfois pacifiquement, parfois en ayant recours à la force, leur territoire traditionnel, donnant lieu à des confrontations avec les forces de l'ordre.

Cela dit, la politique de réconciliation du juge Lamer a-t-elle été durable? La Cour actuelle l'a-t-elle retenue ou répudiée? En termes généraux, il ne fait pas de doute que l'idée de réconciliation est devenue et demeure toujours le leitmotiv des jugements de la Cour suprême en matière autochtone, éclipsant même le concept de relation de fiduciaire mis de l'avant par le juge Dickson dans les années 1980. Le juge Binnie en témoigne lorsqu'il affirme, dans le tout premier paragraphe de l'arrêt *Mikisew* : « L'objectif fondamental du droit moderne relatif aux droits ancestraux et issus de traités est la réconciliation entre les peuples autochtones et non autochtones et la conciliation de leurs revendications, intérêts et ambitions respectifs »⁸³.

⁸⁰ *Gladstone*, supra note 9 aux pp. 767-68.

⁸¹ *Supra* note 12 à la p. 1113.

⁸² Andrée Lajoie, *Quand les minorités font la loi*, Paris, Presses universitaires de France, 2002 aux pp. 86-88.

⁸³ *Mikisew*, supra note 49 à la p. 393.

Les moyens de la mise en œuvre de cette politique ont cependant changé de manière non négligeable. L'obligation de consulter et d'accommoder établie par l'arrêt *Nation haïda* représente une modification considérable du cadre d'analyse établi par le juge Lamer. Sous la gouverne de la juge McLachlin, cette obligation est devenue justiciable même en l'absence d'une preuve complète de droits ancestraux. Ce tournant découle du constat à peine voilé du caractère excessivement lourd du cadre d'analyse proposé par le juge Lamer. Néanmoins, il faut voir l'arrêt *Nation haïda* comme une correction apportée à l'œuvre du juge Lamer bien davantage que comme une répudiation de celle-ci. N'oublions pas que les arrêts *Gladstone* et *Delgamuukw* contenaient déjà en germe l'idée de l'obligation de consulter et d'accommoder comme principal instrument de la réconciliation.

* * *

Les grands hommes passent à l'histoire pour leurs qualités et non pour leurs défauts. Des défauts, l'œuvre jurisprudentielle du juge Lamer en matière autochtone n'en manque pas. Tout a été dit à ce sujet : incompréhension du concept de culture, focalisation excessive sur l'histoire, incohérence des règles sur la date-charnière, discrétion trop peu encadrée quant à la définition et la restriction des droits, et j'en passe.

Prenons cependant un peu de recul, et regardons les qualités d'ensemble de la vision qu'il propose. Même si elle ne transforme pas fondamentalement la structure de la société canadienne, la jurisprudence du juge Lamer propose une authentique conciliation des demandes des autochtones et des non-autochtones. Conciliation, cela signifie que chacun devra faire des compromis : les autochtones, bien entendu, qui verront leurs droits historiques restreints; mais aussi la société dominante, ne serait-ce que par les obligations de consultation, d'accommodement et d'indemnisation qui, disait-il dans l'arrêt *Delgamuukw*, constituent le prix à payer pour restreindre légitimement les droits ancestraux. La vision du juge Lamer repose sur une juste perception du capital de légitimité dont jouissait la Cour suprême et de la capacité de celle-ci de forcer la société dominante à tenir davantage compte des intérêts des autochtones. À cet égard, il a été en avance sur son temps tout en conservant un sens du possible qui lui a permis de faire accepter ses solutions de façon durable. Voilà pourquoi on doit se souvenir de lui.