

# La qualification du titre ancestral des peuples autochtones au regard du droit civil

*Sylvio NORMAND\**

The Legal Characterization of Aboriginal Title under Civil Law

La calificación del título ancestral de los pueblos indígenas en virtud del derecho civil

A qualificação do título ancestral dos povos indígenas ao olhar do Direito Civil

从民法角度来定性原住民族的既有土地权

---

## Résumé

Depuis quelques décennies, les droits fonciers des peuples autochtones ont reçu une reconnaissance significative à la faveur de l'évolution de la jurisprudence. Ces droits sont désormais associés à la notion de titre ancestral, dont la portée a été précisée au fil des jugements rendus. La Cour suprême a notamment établi un rapprochement entre ce titre et la propriété en fief simple de la tradition de common law. L'étude a pour objectif d'identifier une institution correspondante

## Abstract

In recent decades, the land rights of indigenous peoples have received significant recognition through the evolution of jurisprudence. These rights are now associated with the concept of aboriginal title, whose scope has been clarified through-out judgments rendered. In particular, the Supreme Court has established a connection between this title and common law's fee simple ownership. The purpose of the study is to identify a corresponding institution following the notions of property

---

\* Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval. Je remercie mes collègues Geneviève Motard, professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval, et Ghislain Otis, professeur à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, section de droit civil et titulaire de la Chaire du Canada sur la diversité juridique et les peuples autochtones, pour les commentaires qu'ils ont eu l'amabilité de me faire parvenir sur une version préliminaire de cet article.

suivant les notions du droit des biens de la tradition civiliste. Le titre ancestral, malgré sa singularité et sa distance par rapport aux catégories fondamentales du droit des biens, peut être vu comme un droit réel innommé, qu'il s'agisse d'une modalité ou d'un démembrement de la propriété.

## Resumen

En las últimas décadas, los derechos territoriales de los pueblos indígenas han recibido un reconocimiento significativo a través de la evolución de la jurisprudencia. Estos derechos están ahora asociados con la noción de título ancestral, cuyo alcance se ha aclarado en el transcurso de las decisiones judiciales emitidas. En particular, la Corte Suprema ha establecido una aproximación entre este título y la propiedad *fee simple* o pleno dominio de la tradición del *common law*. El propósito de este estudio es identificar una institución que corresponda de acuerdo con las nociones del derecho de bienes en la tradición civilista. El título ancestral, a pesar de su singularidad y su distancia con relación a las categorías fundamentales del derecho de bienes, puede ser visto como un derecho real innominado, ya sea como modalidad o como desmembramiento de la propiedad.

## 摘要

近几十年，土著民族的土地权利被司法判例承认得越来越多。该权利与土著民族的既有土地权（aboriginal title）的概念息息相关，后者的范围通过司法判例得到了确切的阐释。加拿大最高法院尤其确认了土著民族的既有土地权与普通法传统上的非限嗣继承地产所有权存在关联。本文的目的是，依据民法传统上的财产权概念鉴别相应的制度。尽管土著民族的既有土地权在财产法上的基本权利类别中找不到对应的概念，但可以被视为一种无名物权。它可以是所有权的一种形态，或所有权的一种权能分离。

law in the civil law tradition. The aboriginal title, despite its singularity and its distance from the fundamental property law categories, can be seen as an innominate property right, whether as a modality or as a dismemberment of property.

## Resumo

Nas últimas décadas, os direitos fundiários dos povos indígenas receberam reconhecimento significativo graças à evolução da jurisprudência. Esses direitos são agora associados à noção de título ancestral, cujo alcance foi precisado ao longo dos julgamentos proferidos. A Corte Suprema estabeleceu notadamente uma reaproximação entre esse título e a propriedade em feudo simples da tradição da *common law*. O estudo tem por objetivo identificar uma instituição correspondente seguindo as noções do direito de bens da tradição civilista. O título ancestral, em que pese sua singularidade e sua distância em relação às categorias fundamentais do direito de bens, pode ser visto como um direito real inominado, como modalidade ou desmembramento da propriedade.

## Plan de l'article

<b>Introduction</b> .....	225
<b>I. La portée du titre ancestral</b> .....	225
<b>II. Une analogie avec les institutions civilistes</b> .....	230
<b>Conclusion</b> .....	237



Les tribunaux canadiens ont reconnu l'existence d'un titre ancestral, qualifié auparavant de « titre indien »<sup>1</sup> et de « titre aborigène »<sup>2</sup>, sur des terres occupées par des communautés autochtones. Cette reconnaissance judiciaire n'a jusqu'ici bénéficié qu'à des communautés situées hors du Québec, soit dans des provinces où s'applique la common law. Il se pourrait cependant qu'un tel titre soit un jour reconnu en faveur d'une communauté autochtone située au Québec. Aussi, il importe de comprendre la portée d'un tel titre au regard de la tradition civiliste. Dans les décisions consacrées au titre ancestral, les tribunaux ont centré leur analyse sur la source du titre, ainsi que sur sa qualification et son contenu. La description donnée à ce titre permet désormais d'en mieux saisir la portée.

## I. La portée du titre ancestral

D'emblée, il est essentiel de préciser que le titre ancestral porte sur « le droit au territoire lui-même »<sup>3</sup>. Ce titre n'épuise pas toutes les maîtrises foncières<sup>4</sup> qui sont susceptibles d'être reconnues aux Autochtones sur un territoire donné. Il doit donc être distingué d'une activité particulière à laquelle des Autochtones peuvent s'adonner sur un territoire<sup>5</sup>. Une telle activité, de moindre étendue que le titre ancestral, est tout de même rattachée

---

<sup>1</sup> *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen*, (1889) 14 App. Cas. 46, 59 (Lord Watson).

<sup>2</sup> *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, 1997 CanLII 302, par. 112 (j. en chef Lamer).

<sup>3</sup> *Id.*, par. 141 (j. en chef Lamer); voir aussi: Ghislain OTIS, « Le titre aborigène : émergence d'une figure nouvelle et durable du foncier autochtone? », dans Sylvio NORMAND (dir.), *Mélanges offerts au professeur François Frenette : études portant sur le droit patrimonial*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2006, p. 79.

<sup>4</sup> La notion de maîtrise foncière est utilisée en anthropologie juridique: 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; Étienne LE ROY, « Maîtrises foncières et fruitières (approche anthropologique du droit) », dans Marie CORNU, Fabienne ORSI et Judith ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, coll. « Quadrige », Paris, P.U.F., 2017, p. 781; Jacques LEROUX, « Le contrôle territorial ou posséder ce que l'on protège chez trois peuples algonquiens du Québec », dans Pierre NOREAU (dir.), *Gouvernance autochtone : reconfiguration d'un avenir collectif: nouvelles perspectives et processus émergents*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 99. Cette notion offre l'avantage de mieux saisir la relation juridique des peuples autochtones au territoire.

<sup>5</sup> *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 2, par. 138 (j. en chef Lamer).

à la catégorie des droits ancestraux protégés par la *Loi constitutionnelle de 1982*.

L'existence du titre ancestral doit être établie par la communauté qui le revendique. Les qualités de la preuve exigée ont été précisées au fil de décisions judiciaires. Sans m'arrêter longuement à cette question qui s'éloigne de mon propos, il est essentiel de souligner que le titre, puisqu'il confère un droit au territoire, doit être fondé sur l'occupation de terres par une communauté autochtone. Le titre est reconnu s'il est démontré que l'occupation est antérieure à l'affirmation de la souveraineté européenne sur le territoire considéré<sup>6</sup>. L'occupation – qui au Québec remonte à la période coloniale française – doit être suffisante, continue et exclusive<sup>7</sup>. La preuve de l'occupation repose sur des situations factuelles diverses. La Cour suprême en a donné une illustration dans l'arrêt *Nation Tsilhqot'in*: « [...] suivant une approche qui tient compte des particularités culturelles, l'utilisation régulière des terres pour la chasse, la pêche, le piégeage et la cueillette constitue une utilisation "suffisante" pour fonder un titre ancestral [...] »<sup>8</sup>. Pour guider le tribunal dans l'évaluation de la suffisance de l'occupation, la Cour renvoie à un passage d'un article du professeur Brian Slattery: « In determining whether a group can be said to possess certain lands, one must take into account the group's size, manner of life, material resources, and technological abilities, and the character of the lands claimed »<sup>9</sup>. La Cour a, par ailleurs, précisé que la mesure de la suffisance de l'occupation devait tenir compte des caractéristiques du groupe autochtone qui revendique un territoire et de la nature de ce territoire<sup>10</sup>.

S'il y a reconnaissance d'un titre ancestral, il y a aussi, du fait de l'affirmation de la souveraineté par la Couronne, acquisition à son bénéfice

<sup>6</sup> *Id.*, par. 114 (j. en chef Lamer), voir aussi: *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, 378 et 379 (j. Dickson). Si la cour a plus fréquemment référé à la souveraineté britannique, elle a également parlé de la souveraineté européenne: *R. c. Marshall*; *R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43, par. 39 (j. en chef McLachlin).

<sup>7</sup> *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 256, 2014 CSC 44, par. 24-50 (j. en chef McLachlin); voir aussi: *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 2, par. 140-159 (j. en chef Lamer); *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, 1996 CanLII 216, par. 115 (j. en chef Lamer).

<sup>8</sup> *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, *id.*, par. 42 (j. en chef McLachlin), voir aussi le par. 50 et *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, *id.*, par. 149 (j. en chef Lamer).

<sup>9</sup> Brian SLATTERY, « Understanding Aboriginal Rights », (1987) 66 *R. du B. can.* 727, 758, cité dans *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, *id.*, par. 35 (j. en chef McLachlin).

<sup>10</sup> *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, *id.*, par. 37 (j. en chef McLachlin).

d'un « titre sous-jacent »<sup>11</sup> au titre ancestral. L'enchaînement des décisions rendues par la Cour suprême dans un laps de temps relativement court a permis des avancées dans la compréhension de la répartition des droits entre, d'une part, les communautés autochtones et, d'autre part, la Couronne.

La qualification et la définition du titre amènent, comme on le verra, à établir une analogie avec les institutions de traditions juridiques occidentales. L'exercice conduit à s'en remettre à des institutions étrangères aux cultures autochtones pour tenter de les décrire. Ce faisant, le processus entraîne une acculturation des coutumes autochtones. La Cour suprême a parfois reconnu que la démarche était plus ou moins satisfaisante : « les tribunaux, en décrivant ce qui constitue un droit unique sur des terres, ont presque inévitablement appliqué une terminologie quelque peu inadéquate tirée du droit général des biens. »<sup>12</sup> La transposition présente inévitablement des imperfections. Ceci explique que les tribunaux s'efforcent de rendre compte des « régimes juridiques » propres aux Autochtones. Ainsi, dans l'arrêt *Delgamuukw*, le juge en chef affirme : « le titre aborigène tire en partie son origine des régimes juridiques autochtones préexistants »<sup>13</sup>. Il y a là une ouverture à considérer la conception partagée par les Autochtones dans leur rapport au territoire<sup>14</sup>.

Le titre ancestral a longtemps posé problème quant à sa qualification suivant le droit canadien. Le Comité judiciaire du Conseil privé, dans un avis soumis au cours de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, le qualifiait de « personal and usufructuary right »<sup>15</sup>, ce qui a été rendu, plus tard, en français

<sup>11</sup> *Id.*, par. 75 (j. en chef McLachlin).

<sup>12</sup> *Guerin c. La Reine*, préc., note 6, 382 (j. Dickson).

<sup>13</sup> *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 2, par. 126 (j. en chef Lamer). Pour des études sur l'occupation du territoire en Nouvelle-France, voir : Michel MORIN, « Propriétés et territoires autochtones en Nouvelle-France : I – Contrôle territorial et reconnaissance de territoires nationaux », (2013) 43-2/3 *Recherches amérindiennes au Québec* 59 ; « Propriétés et territoires autochtones en Nouvelle-France : II – La gestion des districts de chasse », (2014) 44-1 *Recherches amérindiennes au Québec* 129.

<sup>14</sup> *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, préc., note 7, par. 41 (j. en chef McLachlin) ; voir aussi : Georges E. Sioui, *Les Hurons-Wendats : une civilisation méconnue*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1994, surtout p. 201-220 et 319-327.

<sup>15</sup> *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen*, préc., note 1, 54 (Lord Watson). Le Comité judiciaire ne parlait pas alors de titre ancestral, il référerait plutôt à la « tenure of the Indians ». Voir aussi : Michel MORIN, « La coexistence des systèmes de droit autochtones, de droit civil et de common law au Canada », dans Louis PERRET, Alain-François

par la formule « droit personnel, de la nature d'un usufruit »<sup>16</sup>. L'expression « droit personnel » serait utilisée ici pour caractériser un droit qui ne peut être aliéné (*infra*): elle n'a donc pas pour effet de nier l'existence « d'un intérêt de propriété » au sens de la common law<sup>17</sup>. La qualification des droits des Autochtones sur un territoire donné comme un droit de la nature d'un usufruit a été reprise par les tribunaux et la doctrine avec tout le respect dévolu à un avis rendu par cette instance judiciaire de dernier ressort. Certaines revendications soumises aux tribunaux ces dernières décennies ont cependant conduit à préciser le contenu des droits reconnus aux Autochtones sur les terres qu'ils occupent et même à développer l'idée d'un titre foncier spécifique en leur faveur.

Des jugements récents rendus par la Cour suprême ont permis de préciser la composition du titre ancestral. L'arrêt *Delgamuukw* a établi que ce titre comprend « le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres détenues en vertu de ce titre pour diverses fins qui ne doivent pas nécessairement être des aspects de coutumes, pratiques et traditions autochtones faisant partie intégrante d'une culture autochtone distinctive » et que « ces utilisations protégées ne doivent pas être incompatibles avec la nature de l'attachement qu'a le groupe concerné pour ces terres »<sup>18</sup>. Le tribunal ajoutait que le titre ne pouvait être assimilé aux institutions classiques de la common law, il y voyait un « droit foncier spécial » et, de conclure, « il s'agit d'un droit *sui generis* qui est différent des intérêts de propriété "ordinaires", en particulier le fief simple »<sup>19</sup>. Ainsi décrit, le contenu du titre gagne en clarté, encore que l'énumération des droits présente un caractère empirique qui inévitablement appelait des précisions. À la suite de cette décision,

---

BISSON et Nicola MARIANI (dir.), *Évolution des systèmes juridiques, bijuralisme et commerce international / The Evolution of Legal Systems, Bijuralism and International Trade*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2003, p. 159, aux p. 166 et 167.

<sup>16</sup> *Calder et al. c. Procureur Général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, 328 (j. Judson).

<sup>17</sup> *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 2, par. 113 (j. en chef Lamer) et *Guerin c. La Reine*, préc., note 6, 382 (j. Dickson).

<sup>18</sup> *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, *id.*, par. 117 (j. en chef Lamer), voir aussi: G. ORIS, préc., note 3, p. 79-126.

<sup>19</sup> *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, *id.*, par. 125 (j. en chef Lamer). Le fief simple est la tenure foncière la plus absolue, en common law canadienne: « The fee simple estate is the closest approximation to absolute ownership found in the Anglo-Canadian system of landholding. » (Bruce ZIFF, *Principles of Property Law*, 7<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, 2018, p. 198).

la Cour suprême est amenée, dans l'arrêt *Nation Tsilhqot'in*, à expliciter le contenu du titre. La Cour va plus loin que dans l'arrêt précédent et surtout elle se dégage du caractère singulier attaché au titre ancestral. Elle va même jusqu'à assimiler le titre à la propriété en fief simple et propose une systématisation de son contenu :

[73] Le titre ancestral confère des droits de propriété semblables à ceux associés à la propriété en fief simple, y compris le droit de déterminer l'utilisation des terres, le droit de jouissance et d'occupation des terres, le droit de posséder les terres, le droit aux avantages économiques que procurent les terres et le droit d'utiliser et de gérer les terres de manière proactive.

[74] Cependant, le titre ancestral comporte une restriction importante – il s'agit d'un titre collectif détenu non seulement pour la génération actuelle, mais pour toutes les générations futures. Cela signifie qu'il ne peut pas être cédé, sauf à la Couronne, ni être grevé d'une façon qui empêcherait les générations futures du groupe d'utiliser les terres et d'en jouir. Les terres ne peuvent pas non plus être aménagées ou utilisées d'une façon qui priverait de façon substantielle les générations futures de leur utilisation. Il peut être possible d'apporter certaines modifications – même permanentes – aux terres. La question de savoir si une utilisation particulière est irréconciliable avec la possibilité pour les générations futures de bénéficier des terres constituera une question qu'il faudra trancher lorsqu'elle se posera.<sup>20</sup>

Le titre ancestral comprend une particularité supplémentaire : il présente un caractère collectif. Il est détenu par une communauté autochtone qui doit le transmettre aux générations futures. De là découlent des restrictions inhérentes à sa nature ; ainsi, ce titre ne peut être « cédé » à quiconque, y compris à la Couronne, il est intransmissible<sup>21</sup>. Quoique cela puisse sembler contradictoire, une communauté peut renoncer au titre, par traité, et ce, au bénéfice de la Couronne<sup>22</sup>. L'effet juridique de la renonciation est d'éteindre le titre et non de le transmettre à autrui. Par ailleurs, le titre ne peut donner lieu à des usages qui auraient pour effet de le dénaturer et de porter atteinte au droit des générations futures.

<sup>20</sup> *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, préc., note 7, par. 73 et 74 (j. en chef McLachlin). Il est nécessaire de préciser que le titre ancestral confère le droit de contrôler les terres, soit de donner à des tiers le consentement à l'usage des terres (par. 76).

<sup>21</sup> Je reprends ici un raisonnement avancé par G. OTIS, préc., note 3, p. 112 et 113.

<sup>22</sup> *Id.*, p. 111 et 112.

## II. Une analogie avec les institutions civilistes

Il est usuel, lorsque les juges ou les auteurs décrivent et commentent le titre ancestral, de le considérer, suivant la common law, comme une institution *sui generis*, au motif que sa constitution est antérieure à l'affirmation de la souveraineté britannique, alors que les domaines ordinaires – ceux des colons – lui sont nécessairement postérieurs et que les terres grevées de ce titre se distinguent de celles tenues en propriété ordinaire, notamment celles en fief simple<sup>23</sup>. Le titre ancestral serait donc une institution singulière par rapport à celles reconnues par le droit positif. En somme, il déroge, en ce qu'il ne peut se fondre dans les régimes juridiques existants.

À la singularité qui est la sienne suivant la common law s'ajouterait la difficulté – parfois vue comme insurmontable – de concilier le titre ancestral avec les institutions civilistes. Il est essentiel de rappeler que dans des affaires récentes où les tribunaux ont eu à qualifier et à décrire le titre ancestral, il s'agissait de recours issus de provinces où s'applique la common law. Il s'ensuit que les juges ont élaboré des raisonnements en recourant aux institutions de cette tradition juridique. Ainsi, dans l'arrêt *Nation Tsilhqot'in*, la cour réfère à la notion de fief simple, une tenure propre à la common law<sup>24</sup>. La Cour suprême n'a pas tenté d'établir un parallèle avec les institutions civilistes. Par ailleurs, on peut soupçonner que certains auteurs considèrent que la propriété civiliste est une notion au contenu peu susceptible de plasticité et, partant, peu réceptive au titre ancestral. Or, tel n'est pas le cas.

Il ressort des propos de la Cour suprême que la Couronne, par l'affirmation de sa souveraineté sur le territoire, détient un titre sous-jacent<sup>25</sup> au titre ancestral, titre grevé des maîtrises qui reviennent à la communauté autochtone. La reconnaissance d'un titre ancestral et d'un titre sous-jacent n'est pas sans lien avec la théorie du double domaine du droit coutumier

<sup>23</sup> *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 2, par. 115 (j. en chef Lamer) et *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, préc., note 7, par. 72 (j. en chef McLachlin).

<sup>24</sup> B. ZIFF, préc., note 19, p. 198-201.

<sup>25</sup> *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, préc., note 7, par. 75 (j. en chef McLachlin) et *Guerin c. La Reine*, préc., note 6, 379 (j. Dickson). Sur la nature et la portée de ce droit, voir : Kent McNEIL, « The Source, Nature, and Content of the Crown's Underlying Title to Aboriginal Title Lands », (2018) 96 *R. du B. can.* 176.

ou des propriétés simultanées<sup>26</sup> (*infra*). En somme, la Couronne aurait un droit de nature foncière qui pourrait être qualifié de résiduel ou, pour reprendre une idée déjà avancée, un arrière-droit<sup>27</sup>.

La qualification du titre au regard du droit civil exige d'envisager sa compatibilité avec les institutions du droit des biens. L'exercice entrepris en est un qui a pour objectif de tenter de concilier des traditions juridiques autochtone, de common law et civiliste<sup>28</sup>. Il importe de rappeler que sur les questions foncières ces traditions ne recourent pas au même appareil conceptuel. La démarche n'a pas pour visée de soumettre les maîtrises foncières ancestrales à des catégories qui leur sont étrangères, avec le danger d'en trahir le contenu. Les tribunaux lorsqu'ils réfèrent à la propriété en fief simple, reconnaissent parfois un rapprochement fondé sur l'analogie qui ne saurait rendre compte du contenu réel du titre ancestral<sup>29</sup>. La démarche, en somme, est comparative plutôt que dogmatique.

Suivant le processus de qualification, il y a lieu de considérer les composantes du titre ancestral à l'aune des attributs de la propriété que sont l'*usus*, le *fructus*, l'*abusus* et l'*accessio*. Les différentes maîtrises ancestrales attestées – soit l'utilisation des terres, la détermination de l'usage qui en

<sup>26</sup> Anne-Marie PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, P.U.F., 1989, p. 15 et 108-115 ; « La propriété non exclusive au XIX<sup>e</sup> siècle : histoire de la dissociation juridique de l'immeuble », (1983) 63 *Revue d'histoire du droit français et étranger* 217.

<sup>27</sup> DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », (1905) 4 *Rev. trim. dr. civ.* 443, 445.

<sup>28</sup> Dans le même esprit, voir les publications suivantes : Kirsten ANKER, « Translating *Sui Generis* Aboriginal Rights in the Civilian Imagination », dans Alexandra POPOVICI, Lionel SMITH et Régine TREMBLAY (dir.), *Les intraduisibles en droit civil*, Montréal, Éditions Thémis, 2014, p. 1 ; Arnaud GINGRAS-TREMBLAY, *Le régime minier et la reconnaissance judiciaire d'un titre ancestral sur le territoire québécois : un arrimage imparfait*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 2017, p. 108-121 ; Yaëll EMERICH, *Droit commun des biens : perspective transsystémique*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017, p. 47-52 et M. MORIN, préc., note 15, p. 159-185. Il est intéressant de constater que dans un ouvrage général portant sur les biens, le professeur Bruce Ziff consacre un développement conséquent au titre ancestral et aux autres droits fonciers ancestraux : préc., note 19, p. 221-242.

<sup>29</sup> *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, préc., note 7, par. 72 (j. en chef McLachlin). Dans ce même paragraphe, la juge en chef renvoie à un passage encore plus significatif des motifs rédigés par le juge LaForest dans une affaire antérieure : « Ce droit *sui generis* [le titre ancestral] n'équivaut pas à la propriété en fief simple et il ne peut pas non plus être décrit au moyen des concepts traditionnels du droit des biens. » (*Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 2, par. 190 (j. LaForest)).

est fait, la faculté d'en jouir, de les soumettre à un contrôle, de les transformer et finalement celle de renoncer au titre – peuvent être assimilées à des actes matériels ou juridiques<sup>30</sup> qui se rattachent aux trois premiers attributs de la propriété. Par ailleurs, il est difficile de soutenir que l'*accessio* serait un attribut étranger au titre. En effet, dans l'hypothèse où des améliorations sont apportées aux terres par la communauté autochtone, elles ne peuvent que bénéficier au titulaire du titre; de même au terme de la cession d'un éventuel droit personnel ou réel, le titulaire du titre bénéficie de ce retour des droits temporairement distraits. Il reste cependant des situations particulières à considérer. L'*abusus*, quoiqu'il semble inclus dans le titre, présente une portée limitée puisque la communauté autochtone ne peut disposer du titre sans restriction. En effet, le droit de disposer matériellement est restreint par un aménagement et une utilisation des terres qui ne doit pas brimer l'usage des générations futures, tandis que le droit de disposer juridiquement est entravé par l'exigence selon laquelle la renonciation au titre ne peut être faite qu'au seul bénéfice de la Couronne. Les tribunaux font d'ailleurs de l'inaliénabilité un élément indissociable du titre<sup>31</sup>. Celui-ci présente une caractéristique fondamentale qui le singularise : il est collectif<sup>32</sup>. De plus, il est d'une nature perpétuelle, puisqu'aucun terme n'en marque la durée. Cette particularité ressort de la prise en compte de la nécessaire transmission des droits conférés par le titre aux générations futures de la communauté qui en est titulaire<sup>33</sup>.

D'emblée, il faut reconnaître que le titre ancestral est peu compatible avec la définition de la propriété donnée au Code civil (947 C.c.Q.), en ce que le titulaire se voit privé de l'exercice de certaines prérogatives de la propriété. Il n'est guère plus aisé d'établir une correspondance avec les autres droits réels prévus au code qu'il s'agisse des modalités ou des démembre-

<sup>30</sup> François FRENETTE, « Du droit de propriété : certaines de ses dimensions méconnues », (1979) 20 C. de D. 439, 445-447.

<sup>31</sup> *Calder et al. c. Procureur Général de la Colombie-Britannique*, préc., note 16, 390 (j. Hall); *Guerin c. La Reine*, préc., note 6, 376 (j. Dickson); *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 2, par. 113 (j. en chef Lamer) et *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, préc., note 7, par. 74 (j. en chef McLachlin); voir aussi : G. OTIS, préc., note 3, p. 111-117.

<sup>32</sup> *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, *id.*, par. 115 (j. en chef Lamer) et *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, *id.*, par. 74 (j. en chef McLachlin).

<sup>33</sup> *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, *id.*, par. 166 (j. en chef Lamer) et *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, *id.* (j. en chef McLachlin).

ments (1009 et 1119 C.c.Q.)<sup>34</sup>. En revanche, le titre ancestral peut être envisagé comme un droit réel innommé, modalité ou démembrement de la propriété, puisque la faculté de constituer des droits réels autres que ceux prévus au Code civil est reconnue au Québec, et ce, tant par la doctrine<sup>35</sup> que par la jurisprudence<sup>36</sup>. Le droit réel innommé, généralement commenté et sanctionné, est le démembrement; rien ne s'oppose cependant à ce que soit reconnue l'existence d'une modalité innommée, le libellé de l'article 1009 du Code civil donnant d'ailleurs ouverture à cette hypothèse<sup>37</sup>. La compatibilité du titre ancestral avec l'une ou l'autre catégorie

<sup>34</sup> L'embûche n'est pas liée à un refus d'accepter la propriété des biens incorporels, ce que le droit québécois accepte volontiers : Sylvio NORMAND, « Les nouveaux biens », (2004) 106 *R. du N.* 177, 183-185.

<sup>35</sup> Camille CHARRON, « Ce droit réel méconnu : la servitude personnelle », (1982) 42 *R. du B.* 446; Joy GOODMAN, « Stipulation de restriction d'usage, clauses de non-concurrence, d'exclusivité et de "rayon" », (1999) 59 *R. du B.* 289; Madeleine CANTIN CUMYN, « De l'existence et du régime juridique des droits réels de jouissance innommés : essai sur l'énumération limitative des droits réels », (1986) 46 *R. du B.* 3; François FRENETTE, « De la propriété superficière, de l'usufruit, de l'usage et de l'emphytéose », dans BARREAU DU QUÉBEC ET CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. 1, Québec, P.U.L., 1993, p. 671, à la p. 678; Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 758-762; Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 8<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018, p. 417-420 et Sylvio NORMAND, *Introduction au droit des biens*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 2014, p. 301-313. Pour une critique de cette perspective : Simon-Pierre BERNARD AREVALO, *Démembrements innommés de la propriété et article 1119 C.c.Q. : De l'existence d'un numerus clausus des jus in re en droit civil québécois*, mémoire de maîtrise, Faculté des études supérieures de l'Université Laval, 2014.

<sup>36</sup> *Boucher c. R.*, (1982) 22 R.P.R. 310, 314, 313 (C.F.) (droit de pêche et de chasse); *O'Brien c. Ross*, [1984] C.A. 78 (j. Rothman) (droit de chasse); *Québec (Procureur général) c. Club Appalaches inc.*, [1998] R.J.Q. 2113, par. 38-72 (C.S.) et en appel [1999] R.J.Q. 2260, par. 11-14 (C.A.) (droit de chasse et de pêche); *Lacroix c. Blackburn*, 1999 CanLII 13304 (QC C.A.) (la Cour) (droit de coupe); *Duchesne c. Duchesne*, 2000 CanLII 18758 (QC C.S.) (droit d'accès à un fonds et droit de pêche); *Fortier c. Grenier*, 2006 QCCS 1929, par. 68 (droit d'exploiter un banc de gravier); *Anglo Pacific Group PLC c. Ernst & Young inc.*, 2013 QCCA 1323, par. 63 (j. Thibault) (claim et bail minier); *Laduflo (2009) inc. c. Élie Duchesne et Fils enr.*, 2014 QCCA 322, par. 28 (droit d'exploiter une carrière ou une sablière).

<sup>37</sup> *Commentaires du ministre de la Justice*, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 592 et Sylvio NORMAND, « La notion de modalité de la propriété », dans S. NORMAND (dir.), préc., note 3, p. 255, aux p. 265 et 266.

est possible et, de ce fait, rend inutile le recours à la qualification de ce droit de *sui generis*<sup>38</sup>.

Dans l'hypothèse où le titre était assimilable à un démembrement innommé, il s'agirait d'un droit étendu, vu la description donnée de son contenu par la jurisprudence. La communauté autochtone aurait sous son emprise l'essentiel des attributs de la propriété, la Couronne conservant une part de l'*abusus* qui correspondrait aux restrictions marquant l'exercice du titre. Un démembrement aussi étendu est envisageable puisque l'emphytéose est déjà un exemple de partage des attributs où le propriétaire est largement dépouillé des prérogatives de la propriété, au bénéfice de l'emphytéote (1195 et 1200 C.c.Q.). La qualification de démembrement innommé présente cependant une faiblesse en ce que le titre ancestral est, par essence, perpétuel. En cela, il est en contradiction avec la règle suivant laquelle, en principe, la perpétuité d'un démembrement est chose impossible (1123 et 1197 C.c.Q.), la seule exception étant la servitude<sup>39</sup>. Reste la possibilité de se fonder sur l'avis du Conseil privé dans l'affaire *Matamajaw Salmon Club c. Duchaine*, qui a reconnu l'hypothèse d'un droit de pêche perpétuel<sup>40</sup>. L'avis a étonné<sup>41</sup> et a été l'objet de critiques, notamment à cause de la reconnaissance de la durée perpétuelle du droit de pêche. Il a néanmoins été suivi par la jurisprudence<sup>42</sup>. Il est possible de surmonter l'embûche en considérant le contexte particulier de constitution du titre ancestral. Ce titre ne tire pas ses racines d'un acte juridique qui relève du droit privé. Son existence a été reconnue lors de l'affirmation de la souveraineté européenne, acte d'autorité qui relève du droit public. Si la Couronne a voulu que ce démembrement soit perpétuel, la chose doit d'emblée

<sup>38</sup> Le recours à cette catégorie a, par ailleurs, semblé utile à certains: K. ANKER, préc., note 28, 29, 30 et 36.

<sup>39</sup> S. NORMAND, préc., note 35, p. 279.

<sup>40</sup> *Matamajaw Salmon Club c. Duchaine* (1921) 2 App. Cas. 426, 436 (Conseil privé, Lord Haldane), suivi par *Procureur général du Québec c. Club Appalaches Inc.*, préc., note 36, 2124, confirmé en appel (préc., note 36, 2266). Pour un commentaire de l'affaire *Matamajaw* qui présente le droit de pêche comme pouvant être objet d'un droit de propriété, voir: André COSSETTE, «Essai sur le droit de pêche dans les cours d'eau non navigables», (1997-1998) 100 *R. du N.* 3. Pour une critique de l'arrêt, voir: Sylvio NORMAND, «Une relecture de l'arrêt *Matamajaw Salmon Club*», (1988) 29 *C. de D.* 807.

<sup>41</sup> *Boucher c. R.*, préc., note 36, 315.

<sup>42</sup> *Procureur général du Québec c. Club Appalaches Inc.*, préc., note 36, 2124, confirmé en appel.

être admise. Par ailleurs, il est essentiel d'ajouter que cet acte d'affirmation de la part de la Couronne remonte à une époque où le droit coutumier concevait des maîtrises collectives qui correspondaient à des usages s'inscrivant dans la durée<sup>43</sup>. Les métropoles – la France et l'Angleterre – ont fort bien pu, par leur comportement ou par un texte fondamental, comme la Proclamation royale de 1763, qui reconnaît l'antériorité des droits des Autochtones sur leurs terres ancestrales, admettre la perpétuité de droits portant sur un partage des prérogatives. Dès lors, le titre pourrait être vu comme un démembrement innommé qui accorde à une communauté autochtone la titularité de la quasi-totalité des attributs de la propriété, laissant à la Couronne un droit sous-jacent, une maîtrise à caractère résiduelle.

La qualification du titre ancestral comme démembrement innommé de la propriété offre l'avantage de conserver un lien avec l'avis du Conseil privé dans l'affaire *St. Catherine's* qui campait le titre dans la catégorie des démembrements. Toutefois, l'étendue des prérogatives attachées au titre ancestral est telle depuis les arrêts *Delgamuukw* et *Nation Tsilhqot'in* qu'il y a plutôt lieu d'assimiler le titre ancestral à une modalité innommée de la propriété. Il découle de cette hypothèse que la communauté autochtone qui détient le titre ancestral est titulaire de l'ensemble des attributs de la propriété que sont l'*usus*, le *fructus*, l'*abusus* et l'*accessio*. En effet, il est difficile à concevoir qu'une part de l'*abusus* soit conservée par la Couronne. L'absence de partage des attributs est d'autant plus plausible qu'au moment où la communauté autochtone exerce les prérogatives, personne d'autre, y compris la Couronne, ne peut prétendre les exercer<sup>44</sup>. Ceci ne veut pas dire que cette communauté peut se prévaloir de tous les attributs de la propriété. La nature même du titre ancestral a pour effet de rendre impossible l'exercice de la plénitude de certains attributs, notamment l'*abusus*. Par ailleurs, ce titre n'est pas totalement conforme aux caractères de la propriété suivant le droit civil moderne, notamment son caractère absolu et exclusif.

<sup>43</sup> A.-M. PATAULT, préc., note 26, p. 66-70 et 133-137.

<sup>44</sup> Je fais ici abstraction d'une atteinte possible aux droits des Autochtones sur des terres grevées du titre ancestral par des lois publiques: *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, préc., note 7, par. 125-127 (j. en chef McLachlin).

L'existence d'une modalité innommée requiert que les prérogatives de la propriété soient transmises au titulaire<sup>45</sup>. Cette exigence est respectée, ainsi que cela a déjà été mentionné. Par ailleurs, une modalité peut rendre inopérant l'exercice d'un attribut de la propriété. Ainsi, en droit positif, la propriété inaliénable interdit au propriétaire la faculté de disposer d'un bien pour une certaine durée de temps (1212-1217 C.c.Q.). De même, la propriété en substitution a pour effet de restreindre les facultés de disposer des biens substitués<sup>46</sup> (1229-1230 C.c.Q.), de manière à préserver les droits de l'appelé. Dans ces deux cas, le titulaire de la modalité ne peut poser la totalité des actes qui découlent de l'exercice de l'*abusus*. Une restriction de même nature qui marque le titre ancestral ne serait donc pas incompatible avec la reconnaissance d'une modalité. Outre l'effet sur l'exercice des attributs, les modalités altèrent les caractères de la propriété – caractère exclusif, absolu et perpétuel – et il s'agit même là d'un trait qui les singularise<sup>47</sup>. Ainsi, le titre ancestral présente un caractère collectif. En cela, il contredit l'exclusivité de cette propriété. Or, ce cas d'espèce n'est en rien incompatible avec le droit civil, qui reconnaît en la copropriété l'existence d'une propriété à plusieurs sujets et même, en certaines circonstances, une propriété collective<sup>48</sup>. La concession de communes dans des seigneuries atteste de l'existence de droits collectifs sous le Régime français<sup>49</sup>. Par ailleurs, le caractère absolu est atténué puisque le titre est collectif et que l'usage ou l'aménagement des terres doit préserver les droits des générations futures. En revanche, le titre ancestral est perpétuel, au sens où il a vocation à durer, sauf si la communauté qui en bénéficie y renonce. La perpétuité du titre est à ce point déterminante qu'elle constitue un élément explicatif des restrictions à l'exercice de l'*abusus* et des atténuations aux caractères de la propriété<sup>50</sup>.

<sup>45</sup> S. NORMAND, préc., note 37, p. 273-276.

<sup>46</sup> Jacques BEAULNE, *Les substitutions*, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 2014, p. 54-64.

<sup>47</sup> S. NORMAND, préc., note 37, p. 276-280.

<sup>48</sup> Gaële GIDROL-MISTRAL, « L'affectation à un but durable, vers une nouvelle forme d'appropriation des biens communs? Réflexions autour de l'article 1030 du Code civil du Québec », (2016) 46 *R.G.D.* 95.

<sup>49</sup> Colin M. COATES, « Les pacages communaux : enjeux et gestion », (2011) 106 *Cap-aux-Diamants* 17.

<sup>50</sup> Il faut aussi considérer un autre élément explicatif aux restrictions qui marquent le titre ancestral : le monopole accordé à la Couronne en matière de concession de terres : G. OTIS, préc., note 3, p. 113.

L'hypothèse des propriétés simultanées pourrait aussi être considérée comme modèle explicatif du titre ancestral. Suivant ce cas de figure, deux propriétés attachées au même immeuble sont distinguées : l'une correspond au titre ancestral, l'autre est reconnue à la Couronne. Ces propriétés accordent des attributs distincts à leur titulaire respectif. Il est essentiel de reconnaître que les attributs de la Couronne sont peu apparents. Ils se limitent, en somme, au titre sous-jacent qu'elle détient, soit à cette faculté de recueillir les terres en cas de renonciation au titre ancestral. Un tel aménagement offre l'avantage de s'inscrire dans la perpétuité et d'être conciliable avec l'atténuation de l'absolutisme et de l'exclusivité<sup>51</sup>. L'existence de propriétés simultanées est, il va de soi, difficilement compatible avec la propriété moderne, encore qu'elle ne soit pas tout à fait étrangère au droit québécois<sup>52</sup>. Cette hypothèse permet d'expliquer la survivance en droit moderne de droits reconnus aux communautés autochtones qui auraient survécu à l'abolition du régime seigneurial pour la raison que ces terres n'étaient pas comprises à l'intérieur de seigneuries. Dans l'éventualité où des droits fondés sur le titre ancestral auraient existé sur des terres soumises au régime seigneurial, ils auraient inévitablement été maintenus, à moins d'avoir été l'objet d'une renonciation. La reconnaissance de propriétés simultanées serait une survivance du droit coutumier en dehors du territoire assujéti au régime seigneurial. Cette hypothèse mériterait une étude approfondie.

\*  
\*   \*   \*

Le titre ancestral tel qu'il a été défini par les tribunaux est compatible avec les institutions civilistes. Même si les propriétés simultanées sont une proposition explicative à envisager, il est préférable de considérer les deux autres hypothèses qui s'intègrent aisément avec l'aménagement du droit positif, soit le démembrement et la modalité de la propriété. La distinction entre les deux est plutôt ténue, compte tenu de l'étendue des attributs

<sup>51</sup> A.-M. PATAULT, préc., note 26, p. 110.

<sup>52</sup> L'opinion du juge Pelletier, dans l'affaire *Duchaine c. Matamajaw Salmon Club* en appel, en est une illustration : « L'appelant et l'intimé sont donc tous deux propriétaires du lit de la rivière. Ça n'est pas une propriété indivise, mais une copropriété qui, suivant le cas, donnera des fruits ou des avantages tantôt à l'un et tantôt à l'autre. » ((1918) 27 B.R. 196, 203). Pour des travaux récents, voir : GÉNÉROSA BRAS MIRANDA, « La propriété collective au Québec : les enjeux », (2003) 63 R. du B. 231.

rattachés au titre ancestral. Aussi, la seconde hypothèse est plus attrayante que la première comme qualification du titre au regard du droit civil. Il découle que la communauté est bel et bien propriétaire des terres sur lesquelles porte le titre, même si l'exercice des prérogatives se trouve limité et que la propriété en question s'éloigne du modèle idéal décrit au Code civil. De là l'intérêt d'y voir une modalité innommée de la propriété, rendant le titre conciliable avec les institutions du droit civil.

Ainsi que cela a été exposé, le titre ancestral confère des droits étendus sur les terres grevées au bénéfice d'une communauté autochtone. Ce titre n'est cependant pas le seul droit ancestral susceptible d'être reconnu sur des terres. En effet, une communauté pourrait être incapable de présenter une preuve démontrant l'existence d'un titre ancestral; elle pourrait aussi ne pas chercher à établir l'existence d'un tel titre. Cela n'aurait pas nécessairement pour effet de nier l'existence de tout droit sur ces terres<sup>53</sup>. La communauté pourrait prouver qu'elle s'est adonnée à des activités tels la chasse, la pêche, le piégeage, le passage, la cueillette ou la participation à d'autres activités liées à son mode de vie. En droit civil, ces activités pourraient vraisemblablement être qualifiées de démembrements innommés de la propriété. Elles ne peuvent être assimilées à une modalité puisqu'elles ne confèrent pas la totalité des avantages susceptibles d'être tirés des terres considérées, mais portent plutôt sur certains seulement. Le rattachement à la catégorie des démembrements innommés est fondé sur le caractère perpétuel de ces droits qui les rend difficilement conciliables avec des démembrements reconnus par la loi. Le raisonnement exposé plus haut vaut pour ces activités. La perpétuité peut être acceptée puisque la constitution d'un tel droit ne trouve pas sa source en droit privé, mais plutôt en droit public.

<sup>53</sup> *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 2, par. 138 (j. en chef Lamer); R. c. *Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, 1996 CanLII 169, par. 30 (j. en chef Lamer); R. c. *Van der Peet*, préc., note 7, par. 116 (j. en chef Lamer).