



SUPREME COURT OF CANADA

CITATION: R. v. ◀Marshall▶ R. v. Bernard, [2005] 2
S.C.R. 220, 2005 SCC 43

DATE: 20050720
DOCKET: 30005,
30063

BETWEEN:

Her Majesty The Queen
Appellant/Respondent on the cross-appeal

v.

**Stephen Frederick ◀Marshall▶, Keith Lawrence Julien,
Christopher James Paul, Jason Wayne Marr,
Simon Joseph Wilmot, Donald Thomas Peterson,
Stephen John Knockwood, Ivan Alexander Knockwood,
Leander Philip Paul, William John Nevin, Roger Allan Ward,
Mike Gordon Peter-Paul, John Michael Marr,
Carl Joseph Sack, Matthew Emmett Peters,
Stephen John Bernard, William Gould, Camillius Alex Jr.,
John Allan Bernard, Peter Alexander Bernard,
Eric Stephen Knockwood, Gary Hirtle,
Jerry Wayne Hirtle, Edward Joseph Peter-Paul,
Angus Michael Googoo, Lawrence Eric Hammond,
Thomas M. Howe, Daniel Joseph Johnson,
Dominic George Johnson, James Bernard Johnson,
Preston Macdonald, Kenneth M. ◀Marshall▶,
Stephen Maurice Peter-Paul, Leon R. Robinson
and Phillip F. Young**

Respondents/Appellants on the cross-appeal

- and -

**Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario,
Attorney General of Quebec, Attorney General of New Brunswick,
Attorney General of British Columbia, Attorney General of Alberta,
Attorney General of Newfoundland and Labrador,
Forest Products Association of Nova Scotia,
Keptin John Joe Sark and Keptin Frank Nevin**

**de Terre-Neuve-et-Labrador, Forest Products
Association of Nova Scotia, Keptin John Joe Sark
et Keptin Frank Nevin (du Grand Conseil Mi'kmaq),
Native Council of Nova Scotia, New Brunswick
Aboriginal Peoples Council, Congrès des peuples autochtones,
Assemblée des Premières nations, Bande indienne de Songhees,
Première nation de Malahat, Première nation des T'Sou-ke,
Première nation de Snaw-naw-as (Nanoose) et Bande indienne de
Beecher Bay (collectivement appelées les Nations des Te'mexw)
Intervenants**

ET ENTRE :

Sa Majesté la Reine

Appelante

c.

Joshua Bernard

Intimé

- et -

**Procureur général du Canada, procureur général
de l'Ontario, procureur général du Québec,
procureur général de la Nouvelle-Écosse,
procureur général de la Colombie-Britannique,
procureur général de l'Alberta, procureur général
de Terre-Neuve-et-Labrador, Union of New Brunswick
Indians, Association des produits forestiers du
Nouveau-Brunswick, Keptin John Joe Sark et
Keptin Krank Nevin (du Grand Conseil Mi'kmaq),
Native Council of Nova Scotia, New Brunswick
Aboriginal Peoples Council, Congrès des peuples
autochtones, Assemblée des Premières nations,
Bande indienne de Songhees, Première nation de
Malahat, Première nation des T'Sou-ke,
Première nation de Snaw-naw-as (Nanoose) et
Bande indienne de Beecher Bay
(collectivement appelées les Nations des Te'mexw)
Intervenants**

TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE

CORAM : La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, LeBel, Fish, Abella et Charron

MOTIFS DE JUGEMENT : La juge en chef McLachlin (avec l'accord des juges Major, Bastarache, Abella et Charron)
(par. 1 à 109)

MOTIFS CONCORDANTS : Le juge LeBel (avec l'accord du juge Fish)
(par. 110 à 145)

R. c. ◀Marshall;▶ R. c. Bernard, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43

Sa Majesté la Reine

Appelante/intimée au pourvoi incident

c.

**Stephen Frederick ◀Marshall▶, Keith Lawrence Julien,
Christopher James Paul, Jason Wayne Marr,
Simon Joseph Wilmot, Donald Thomas Peterson,
Stephen John Knockwood, Ivan Alexander Knockwood,
Leander Philip Paul, William John Nevin, Roger Allan Ward,
Mike Gordon Peter-Paul, John Michael Marr,
Carl Joseph Sack, Matthew Emmett Peters,
Stephen John Bernard, William Gould, Camillius Alex Jr.,
John Allan Bernard, Peter Alexander Bernard,
Eric Stephen Knockwood, Gary Hirtle,
Jerry Wayne Hirtle, Edward Joseph Peter-Paul,
Angus Michael Googoo, Lawrence Eric Hammond,
Thomas M. Howe, Daniel Joseph Johnson,
Dominic George Johnson, James Bernard Johnson,
Preston Macdonald, Kenneth M. ◀Marshall▶,
Stephen Maurice Peter-Paul, Leon R. Robinson**

et Phillip F. Young

Intimés/appelants au pourvoi incident

et

**Procureur général du Canada, procureur général
de l'Ontario, procureur général du Québec,
procureur général du Nouveau-Brunswick,
procureur général de la Colombie-Britannique,
procureur général de l'Alberta, procureur général
de Terre-Neuve-et-Labrador, Forest Products
Association of Nova Scotia, Keptin John Joe Sark
et Keptin Frank Nevin (du Grand Conseil Mi'kmaq),
Native Council of Nova Scotia, New Brunswick
Aboriginal Peoples Council, Congrès des peuples autochtones,
Assemblée des Premières Nations et Bande indienne de Songhees,
Première nation de Malahat, Première nation des T'Sou-ke,
Première nation de Snaw-naw-as (Nanoose) et Bande indienne de
Beecher Bay (collectivement appelées les Nations des Te'mexw)**

Intervenants

et entre

Sa Majesté la Reine

Appelante

c.

Joshua Bernard

Intimé

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général de la Nouvelle-Écosse, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de l'Alberta, procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, Union of New Brunswick Indians, Association des produits forestiers du Nouveau-Brunswick, Keptin John Joe Sark et Keptin Frank Nevin (du Grand Conseil Mi'kmaq), Native Council of Nova Scotia, New Brunswick Aboriginal Peoples Council, Congrès des peuples autochtones, Assemblée des Premières Nations et Bande indienne de Songhees, Première nation de Malahat, Première nation des T'Sou-ke, Première nation de Snaw-naw-as (Nanoose) et Bande indienne de Beecher Bay (collectivement appelées les Nations des Te'mexw)

Intervenants

Répertorié : R. c. ← Marshall; → R. c. Bernard

Référence neutre : 2005 CSC 43.

N^{os} du greffe : 30063, 30005.

2005 : 17, 18 janvier; 2005 : 20 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, LeBel, Fish, Abella et Charron.

en appel de la cour d'appel de la nouvelle-écosse

en appel de la cour d'appel du nouveau-brunswick

Indiens — Droits issus de traités — Coupe de bois — Interprétation de la clause relative aux maisons de troc — Indiens mi'kmaq accusés d'avoir coupé et enlevé du bois sans autorisation sur des terres publiques, ou de possession illégale de bois provenant des terres publiques — Les Mi'kmaq de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont-ils, en vertu des traités, le droit d'exploiter commercialement les ressources forestières sur les terres publiques?

Indiens — Titre aborigène — Lieux de coupe du bois — Indiens mi'kmaq accusés d'avoir coupé et enlevé du bois sans autorisation sur des terres publiques, ou de possession illégale de bois provenant des terres publiques — Les Mi'kmaq ont-ils un titre aborigène sur le territoire où ils ont coupé du bois? — Norme d'occupation et nature de la preuve nécessaires pour établir le titre — La Proclamation royale de 1763 ou la Proclamation de Belcher de 1762 ont-elles accordé le titre aborigène aux Mi'kmaq?

Ce pourvoi concerne deux affaires. Dans **←Marshall→**, 35 Indiens mi'kmaq ont été accusés d'avoir coupé des arbres sans autorisation sur des terres publiques en Nouvelle-Écosse. Dans *Bernard*, un Indien mi'kmaq a été accusé de possession illégale de grumes d'épinette qu'il transportait de la zone de coupe à la scierie locale. Ces grumes avaient été coupées sur des terres publiques au Nouveau-Brunswick. Dans les deux cas, les accusés ont soutenu qu'étant des Mi'kmaq, ils n'étaient pas tenus d'obtenir une autorisation provinciale pour couper du bois sur les terres publiques parce qu'ils ont le droit de se livrer à l'exploitation forestière commerciale conformément au traité ou au titre aborigène. Les juges de première instance ont déclaré les accusés coupables, et ces verdicts ont été maintenus par les tribunaux d'appel en matières sommaires. Les cours d'appel ont annulé

les déclarations de culpabilité. Dans *Marshall*, un nouveau procès a été ordonné, et dans *Bernard*, l'accusé a été acquitté.

Arrêt : Les pourvois sont accueillis et les déclarations de culpabilité sont rétablies. Le pourvoi incident dans *Marshall* est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Abella et Charron : Les traités de 1760-1761 ne confèrent pas aux Mi'kmaq d'aujourd'hui un droit de couper du bois sans observer la réglementation provinciale. La clause des traités relative aux maisons de troc est une clause commerciale qui a simplement accordé aux Mi'kmaq le droit de continuer le commerce des articles dont ils faisaient déjà le commerce en 1760-1761. Alors que le droit de faire le commerce de produits traditionnels suppose implicitement le droit de récolter ces ressources, ce droit de récolte est un accessoire du droit principal de faire le commerce de produits traditionnels. Le libellé de la clause relative aux maisons de troc ne confère d'aucune façon un droit général de récolter ou de cueillir toutes les ressources naturelles alors utilisées. Le droit conféré est le droit de commercer. On ne met pas l'accent sur les produits qui étaient utilisés, mais sur les activités commerciales que les parties envisageaient au moment de la conclusion des traités. Seules ces activités commerciales sont protégées. Cependant, les activités commerciales ancestrales ne sont pas figées dans le temps et la question est de savoir dans chaque cas si l'activité commerciale actuelle en cause procède de l'évolution logique du commerce traditionnel pratiqué au moment des traités. En l'espèce, les juges des procès ont appliqué le critère approprié et la preuve étaye leur conclusion selon laquelle l'exploitation forestière commerciale à la base des accusations portées contre les accusés ne constituait pas l'évolution logique d'une activité commerciale traditionnelle des Mi'kmaq en 1760-1761. [16-20] [25] [35]

Les accusés n'ont pas établi qu'ils détiennent un titre aborigène sur le territoire où le bois a été coupé. L'arrêt *Delgamuukw* exige, lors de l'analyse d'une revendication du

titre aborigène, qu'il soit tenu compte à la fois du point de vue des Autochtones et de la perspective de la common law européenne. Le tribunal doit examiner la nature et la portée de la pratique autochtone antérieure à l'affirmation de la souveraineté et transposer cette pratique en un droit de common law moderne. Puisque des pratiques autochtones différentes correspondent à des droits modernes différents, il faut se demander si les pratiques établies par la preuve, considérées du point de vue autochtone, correspondent aux éléments fondamentaux du droit de common law revendiqué. En l'espèce, les accusés n'ont pas revendiqué un droit ancestral de récolter des ressources forestières mais le titre aborigène en soi. Le titre aborigène sur des terres s'établit au moyen de pratiques autochtones indiquant une possession semblable à la possession associée au titre de propriété en common law. La preuve doit démontrer que le territoire faisait l'objet, antérieurement à l'affirmation de la souveraineté, d'une « occupation » « exclusive » par les ancêtres de ceux qui revendiquent le titre. L'« occupation » s'entend de « l'occupation physique », et « l'occupation exclusive » s'entend de l'intention et de la capacité de garder le contrôle exclusif du territoire. Il n'est cependant pas nécessaire de faire la preuve d'actes d'exclusion. Il suffit de démontrer que le groupe a exercé un contrôle effectif sur un territoire, ce qui permet raisonnablement de conclure que le groupe pourrait avoir exclu d'autres personnes s'il l'avait voulu. La possession se prouve généralement en démontrant l'occupation ou l'utilisation régulières de secteurs bien définis du territoire pour y pratiquer la chasse, la pêche ou l'exploitation des ressources. Ces principes s'appliquent aux groupes autochtones nomades et semi-nomades; dans chaque cas, le droit dépend de ce qu'établit la preuve. La continuité est nécessaire, en ce sens que le groupe doit démontrer qu'il descend, depuis la période précédant l'affirmation de la souveraineté, du groupe sur les pratiques duquel repose la revendication du droit. Pour tous ces points, la preuve par récits oraux est admissible si elle satisfait aux normes d'utilité et de fiabilité raisonnable. Dans chaque cas, le juge du procès a appliqué le bon critère en exigeant la preuve d'une utilisation suffisamment régulière et exclusive des zones de coupe par le peuple mi'kmaq à l'époque de l'affirmation de la souveraineté, et il n'existe aucun motif de modifier leur conclusion suivant laquelle la preuve n'établissait pas l'existence du titre aborigène. [45-60] [70] [72]

Le texte de la *Proclamation royale* de 1763, la jurisprudence et la politique historiquement poursuivie font tous conclure que la *Proclamation royale* n'a pas réservé le titre aborigène aux Mi'kmaq de l'ancienne colonie de la Nouvelle-Écosse. Selon la preuve, rien ne permet de conclure que la *Proclamation de Belcher* ait conféré un titre sur les lieux de coupe du bois. [96] [106]

Les juges LeBel et Fish : Le droit protégé par un traité comprend non seulement un droit de commercer, mais également un droit corrélatif d'accès aux ressources permettant de se livrer à des activités commerciales. Le droit issu du traité comprend à la fois un droit de commercer et un droit d'accès aux ressources : le droit de commercer n'existe pas dans l'absolu parce que ce droit suppose un droit corrélatif d'accès aux ressources pour en faire le commerce. L'activité commerciale et l'accès aux ressources protégés par le traité comportent toutefois des limites. Seules les ressources qui étaient traditionnellement visées par les activités de cueillette en vue du commerce dans le cadre de l'économie mi'kmaq auraient raisonnablement été envisagées par les parties aux traités de 1760-1761. Pour bénéficier de la protection conférée par ces traités, le commerce des produits forestiers doit constituer l'équivalent moderne ou une évolution logique de l'utilisation que les Mi'kmaq faisaient des produits forestiers au moment de la conclusion des traités. Selon les faits de ces affaires, la preuve permet de conclure que le commerce des produits forestiers n'était pas envisagé par les parties et que l'exploitation forestière ne constitue pas l'évolution logique des activités auxquelles s'adonnaient traditionnellement les Mi'kmaq au moment de la conclusion des traités. [110-118]

Dans le contexte des revendications relatives au titre aborigène, il faudrait recourir à des conceptions autochtones de territorialité, d'utilisation du territoire et de propriété pour modifier et adapter les notions traditionnelles de propriété en common law afin d'élaborer une norme d'occupation qui intègre les perspectives autochtone et de

common law. Cependant, le rôle du point de vue autochtone ne peut se limiter à faciliter l'interprétation des pratiques autochtones dans le but de déterminer si celles-ci sont compatibles avec les concepts de la common law en matière de titre. Les modes et la nature de l'occupation autochtone du territoire devraient servir à définir la norme nécessaire pour établir le titre aborigène. La notion de la common law selon laquelle « l'occupation physique fait preuve de la possession » subsiste mais ne représente pas le critère déterminant : la nature de l'occupation se définit en fonction d'un point de vue autochtone, qui comprend une histoire de modes d'occupation nomades et semi-nomades. Puisque la preuve du titre aborigène est liée à la manière dont le groupe autochtone a utilisé et occupé le territoire avant l'affirmation de la souveraineté, le simple fait qu'un groupe autochtone s'est déplacé à l'intérieur de son territoire et n'a pas cultivé la terre ne devrait rien enlever à sa revendication de titre. Par conséquent, dans l'examen du degré d'occupation suffisant pour établir l'existence d'un titre, il faut tenir compte du fait que le titre aborigène repose en définitive sur l'idée que la terre ou le territoire en cause avait, pour la culture du groupe autochtone, une importance fondamentale. La preuve de l'occupation devrait donc être établie, non pas par une preuve d'utilisation intensive et régulière du territoire, mais à l'aide des éléments des traditions et de la culture du groupe qui le relie à la terre. Ainsi, l'intensité de l'utilisation est liée non seulement aux notions de possession en common law, mais aussi au point de vue autochtone. Le dossier présenté aux juridictions inférieures n'offre pas le fondement probatoire nécessaire pour tirer des conclusions de droit sur la question du titre aborigène à l'égard des lieux de coupe situés en Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick et de ce fait, les accusés aux présents pourvois n'ont pas réussi à établir de manière suffisante le bien-fondé de leur revendication de titre. [127-141]

Il faut s'interroger sur l'opportunité de débattre les questions de traité autochtone, de droits ancestraux et de titre aborigène dans le contexte de procès criminels. Lorsque des questions de titre aborigène ou d'autres revendications de droits ancestraux sont soulevées dans le cadre de procédures sommaires, il pourrait être plus avantageux, pour

toutes les personnes concernées, de demander la suspension temporaire des accusations afin de permettre que la revendication autochtone soit régulièrement débattue devant les tribunaux civils. Une fois tranchée la revendication des droits ancestraux sur la région en cause, le ministère public pourrait alors décider de l'opportunité de poursuivre les accusations criminelles. [142-144]

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêts mentionnés : *R. c. ◀Marshall▶*, [1999] 3 R.C.S. 456; *R. c. ◀Marshall▶*, [1999] 3 R.C.S. 533; *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *Powell c. McFarlane* (1977), 38 P. & C.R. 452; *Red House Farms (Thorndon) Ltd. c. Catchpole*, [1977] E.G.D. 798; *Keefer c. Arillotta* (1976), 13 O.R. (2d) 680; *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *R. c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [1982] 1 Q.B. 892; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025.

Citée par le juge LeBel

Arrêts mentionnés : *R. c. ◀Marshall▶*, [1999] 3 R.C.S. 456; *R. c. ◀Marshall▶*, [1999] 3 R.C.S. 533; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33; *St. Catharines Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1887), 13 R.C.S. 577; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101.

Lois et règlements cités

Crown Lands Act, R.S.N.S. 1989, ch. 114, art. 29.

Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).

Loi sur les terres et forêts de la Couronne, L.N.-B. 1980, ch. C-38.1, art. 67(1)c).

Traités et proclamations

Proclamation de Belcher (1762).

Proclamation royale (1763), L.R.C. 1985, app. II, n^o 1.

Traité de Paris (1763).

Traités conclus par les Mi'kmaq en 1760 et en 1761.

Doctrine citée

Borrows, John. « Creating an Indigenous Legal Community » (2005), 50 *R.D. McGill* 153.

Canada. Archives publiques. *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791, choisis et édités avec notes par Adam Shortt et Arthur G. Doughty*, 2^e éd. rév. par le Bureau de publication des documents historiques, Première partie. Ottawa : Imprimeur du Roi, 1921.

Hepburn, Samantha. « Feudal Tenure and Native Title : Revising an Enduring Fiction » (2005), 27 *Sydney L. Rev.* 49.

McNeil, Kent. *Common Law Aboriginal Title*. Oxford : Clarendon Press, 1989.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (les juges Cromwell, Saunders et Oland) (2003), 218 N.S.R. (2d) 78, 687 A.P.R. 78, [2004] 1 C.N.L.R. 211, [2003] N.S.J. No. 361 (QL), 2003 NSCA 105, qui a accueilli un appel d'un jugement du juge Scanlan (2002), 202 N.S.R. (2d) 42, 632 A.P.R. 42, [2002] 3 C.N.L.R. 176, [2002] N.S.J. No. 98 (QL), 2002 NSSC 57, qui avait rejeté un appel d'un jugement du juge Curran (2001), 191 N.S.R. (2d) 323, 596 A.P.R. 323,

[2001] 2 C.N.L.R. 256, [2001] N.S.J. No. 97 (QL), 2001 NSPC 2, déclarant les accusés coupables d'avoir coupé et enlevé des arbres sur des terres de la Couronne sans autorisation. Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (les juges Daigle, Deschênes et Robertson) (2003), 262 R.N.-B. (2^e) 1, 688 A.P.R. 1, 230 D.L.R. (4th) 57, 4 C.E.L.R. (3d) 1, [2003] 4 C.N.L.R. 48, [2003] A.N.-B. n^o 320 (QL), 2003 NBCA 55, qui a accueilli un appel d'un jugement du juge Savoie (2001), 239 R.N.-B. (2^e) 173, 619 A.P.R. 173, [2002] 3 C.N.L.R. 141, [2001] A.N.-B. n^o 259 (QL), 2001 NBBR 82, qui avait rejeté un appel d'un jugement du juge Lordon, [2000] 3 C.N.L.R. 184, [2000] A.N.-B. n^o 138 (QL), déclarant l'accusé coupable d'avoir en sa possession, sans autorisation, du bois provenant des terres de la Couronne. Pourvoi accueilli.

Alexander M. Cameron, William D. Delaney et James Clarke, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident dans **←Marshall→** et pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

William B. Richards, Pierre Castonguay, Sylvain Lussier et Iain R. W. Hollett, pour l'appelante dans *Bernard* et l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Bruce H. Wildsmith, c.r., et Eric A. Zscheile, pour les intimés/appelants au pourvoi incident dans **←Marshall→** et pour l'intimé dans *Bernard*.

Mitchell R. Taylor et Charlotte Bell, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Robert H. Ratcliffe et Mark Crow, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

René Morin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

John J. L. Hunter, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Robert J. Normey et Donald Kruk, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Donald H. Burrage, c.r., et *Justin S. C. Mellor*, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.

Thomas E. Hart et Harvey L. Morrison, c.r., pour l'intervenante Forest Products Association of Nova Scotia.

D. Bruce Clarke, pour les intervenants Keptin John Joe Sark et Keptin Frank Nevin (du Grand Conseil Mi'kmaq), Native Council of Nova Scotia et New Brunswick Aboriginal Peoples Council.

Andrew K. Lokan et Joseph E. Magnet, pour l'intervenant le Congrès des peuples autochtones.

Bryan P. Schwartz et Candice Metallic, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

Robert J. M. Janes et Dominique Nouvet, pour les intervenantes la Bande indienne de Songhees, la Première nation de Malahat, la Première nation des T'Sou-ke, la Première nation de Snaw-naw-as (Nanoose) et la Bande indienne de Beecher Bay (collectivement appelées les Nations des Te'mexw).

Daniel R. Theriault, pour l'intervenante Union of New Brunswick Indians.

Mahmud Jamal et Neil Paris, pour l'intervenante l'Association des produits forestiers du Nouveau-Brunswick.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Major, Bastarache, Abella et Charron rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

1 Des membres du peuple mi'kmaq de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick peuvent-ils se livrer à l'exploitation forestière commerciale sur les terres publiques sans l'autorisation requise par la loi? Plus précisément, possèdent-ils des droits issus de traités ou un titre aborigène les autorisant à mener ces activités? Voilà les questions fondamentales que soulève ce pourvoi.

2 Dans l'affaire **←*Marshall*→**, Stephen Frederick **←*Marshall*→** et 34 autres Indiens mi'kmaq ont été accusés d'avoir coupé des arbres sans autorisation sur des terres publiques, entre les mois de novembre 1998 et de mars 1999, en contravention de l'art. 29 de la *Crown Lands Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 114. L'abattage s'est pratiqué dans cinq comtés de la partie continentale de la Nouvelle-Écosse et dans trois comtés de l'Île du Cap-Breton, en Nouvelle-Écosse. Les accusés ont admis tous les éléments de l'infraction, sauf l'absence d'autorisation.

3 Dans l'affaire *Bernard*, Joshua Bernard, un Indien mi'kmaq, a été accusé de possession

illégal de 23 grumes d'épinette qu'il transportait de la zone de coupe à la scierie locale en contravention de l'al. 67(1)c) de la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne*, L.N.-B. 1980, ch. C-38.1, et ses modifications. Un autre membre de la communauté mi'kmaq de Miramichi avait coupé ces grumes sur des terres publiques dans le secteur de Sevogle de la région du bassin hydrographique de la rivière Northwest Miramichi, au Nouveau-Brunswick. Comme l'accusé dans l'affaire **←*Marshall*→**, M. Bernard a soutenu qu'étant un Mi'kmaq, il n'était pas tenu d'obtenir une autorisation pour se livrer à l'exploitation forestière.

4 Dans les deux cas, le juge du procès a déclaré les accusés coupables, et ces verdicts ont été maintenus par le tribunal d'appel en matières sommaires. Et dans les deux cas, les cours d'appel ont infirmé la décision. Dans **←*Marshall*→**, la cour a annulé les déclarations de culpabilité et ordonné un nouveau procès. Dans *Bernard*, la cour a annulé la déclaration de culpabilité et lui a substitué un verdict d'acquittement.

5 L'importance de ces affaires transcende les accusations en cause. Elles ont amené les tribunaux à déterminer si les peuples mi'kmaq de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont le droit d'exploiter commercialement les ressources forestières des terres publiques en vertu des traités ou du titre aborigène. Plusieurs témoins ont été entendus, notamment des spécialistes en histoire autochtone et en interprétation des traités. Les juges des procès ont formulé des conclusions de fait détaillées et les juges des cours d'appel ont rendu des motifs fouillés. Notre Cour doit maintenant rendre une décision finale sur ces questions.

6 J'estime que les juges des procès ont à bon droit conclu, dans chaque cas, que les droits issus de traités dont se réclamaient les défendeurs n'englobent pas l'exploitation forestière commerciale et qu'ils ont correctement rejeté la revendication du titre aborigène sur les zones visées. Je suis donc d'avis d'accueillir les pourvois, de rejeter le pourvoi incident dans **←*Marshall*→** et de rétablir les

déclarations de culpabilité.

II. Droits issus de traités des Autochtones

A. *Le contexte : ◀Marshall▶ 1 et ▶Marshall▶ 2*

7 En 1760 et 1761, la Couronne britannique a conclu des traités « de paix et d'amitié » avec les peuples mi'kmaq de l'ancienne colonie de la Nouvelle-Écosse, dont sont issues les provinces de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick. Les Britanniques avaient réussi à déloger les Français de la région. Ces derniers commerçaient avec les Mi'kmaq depuis près de 250 ans et avaient conclu des alliances avec eux. Après avoir défait les Français, les Britanniques souhaitaient la paix avec les Mi'kmaq. À cette fin, ils ont entrepris des négociations qui ont conduit à la conclusion de traités de paix et d'amitié. L'existence d'un traité et du droit de s'en prévaloir sont des questions de fait qu'il faut trancher en fonction de chaque affaire. Bien que différents traités aient été conclus avec différents groupes, nous tenons pour acquis, en l'espèce, que les principales clauses de ceux-ci sont identiques et qu'elles sont analogues à celles qui ont été examinées dans *R. c. ▶Marshall▶*, [1999] 3 R.C.S. 456 (« ▶Marshall▶ 1 »).

8 La clause de ces traités relative au commerce en constituait un aspect fondamental. Selon cette clause, les Britanniques acceptaient d'établir des postes de traite ou « maisons de troc », et les Mi'kmaq acceptaient de ne faire commerce qu'à ces établissements plutôt qu'avec d'autres personnes, comme leurs anciens alliés français. Voici ce qu'acceptaient les chefs mi'kmaq dans cette clause :

[TRADUCTION] Et je prends en outre l'engagement que nous ne trafiquerons, ne troquerons et n'échangerons aucune marchandise, de quelque manière que ce soit, si ce n'est avec les personnes ou les gérants des maisons de troc qui seront désignées ou établies par le gouverneur de Sa Majesté . . .

Il s'agissait d'une entente réciproque. Les Anglais voulaient s'assurer que les Mi'kmaq continuent à vivre paisiblement dans la région. Pour cela, les Mi'kmaq devaient pouvoir se procurer des marchandises européennes par le troc, comme ils l'avaient fait pendant plus de deux siècles. Les Anglais voulaient que les Mi'kmaq commercent avec eux et non avec les Français, et les Mi'kmaq désiraient avoir l'assurance que les Anglais établiraient des postes de traite où ils pourraient échanger leurs produits contre des biens nécessaires.

9 Dans **←Marshall→ 1**, un membre de la nation mi'kmaq était accusé d'avoir pêché et vendu des anguilles en contravention de la réglementation fédérale. Le défendeur dans cette affaire, Donald **←Marshall→** Jr., avait admis avoir pêché et vendu plusieurs centaines de livres d'anguilles hors saison. Il avait invoqué en défense que la clause relative aux maisons de troc des traités de 1760-1761 lui donnait le droit de pêcher et de vendre ses prises. La Cour devait décider si les traités conféraient un tel droit.

10 Les juges majoritaires de la Cour ont conclu que la clause relative aux maisons de troc constituait une promesse faite par les Britanniques aux Mi'kmaq qu'ils pourraient poursuivre leurs activités commerciales traditionnelles afin de s'assurer une subsistance convenable à même les produits de la terre et de la mer. Les Mi'kmaq faisaient le commerce du poisson au moment des traités, et on pouvait dire que **←Marshall→** pêchait dans le but de s'assurer une subsistance convenable. Il s'agissait donc de l'évolution logique d'une activité autochtone protégée par les traités. **←Marshall→** a été acquitté.

11 Statuant sur une demande de nouvelle audition du pourvoi, la Cour a rendu l'arrêt maintenant connu sous l'intitulé **←Marshall→ 2** (R. c. **←Marshall→**, [1999] 3 R.C.S. 533). Dans ses motifs, la Cour a traité de la nature du droit issu des traités et de la portée de l'arrêt **←Marshall→ 1** sur le

e récolter et vendre d'autres ressources. Elle a déclaré que les droits issus de traités se rapportant à des activités autres que la pêche, comme l'exploitation forestière, devraient être déterminés en fonction de la preuve soumise dans de futures affaires portant sur ces questions.

12 Faisant fond sur leur interprétation de l'arrêt **←*Marshall*→** 1, les intimés ont commencé à exploiter les ressources forestières de terres publiques situées en Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick sans avoir obtenu d'autorisation. Ils ont été arrêtés et accusés. Ils ont invoqué les traités ainsi que les arrêts **←*Marshall*→** 1 et 2 à l'appui de leur moyen de défense selon lequel ils avaient le droit de se livrer à l'exploitation forestière commerciale sans permis. Ce moyen a été rejeté en première instance et en appel en matières sommaires, mais il a été retenu en appel à leur cour d'appel provinciale respective. Notre Cour est donc maintenant directement saisie de la question de savoir si les traités de 1760-1761 confèrent aux Mi'kmaq d'aujourd'hui le droit de pratiquer l'exploitation forestière sans observer la réglementation provinciale.

B. *La portée du droit issu de traités*

13 Notre Cour a statué, dans **←*Marshall*→** 1 et 2, que les traités de 1760-1761 conféraient aux Mi'kmaq le droit de pêcher et de vendre leurs prises pour s'assurer une subsistance convenable, puisque cette activité constituait l'évolution logique d'une pratique commerciale qui était envisagée par les parties aux traités. Les présents pourvois soulèvent des questions quant à la portée de ce droit.

14 Les intimés prétendent que la clause relative aux maisons de troc, telle qu'elle a été interprétée dans les arrêts **←*Marshall*→** 1 et 2, confère un droit général de récolter et de vendre toute ressource naturelle qui servait à leur subsistance en 1760. Dans la mesure où les Mi'kmaq employaient alors une ressource sous une forme ou une autre pour subvenir à leurs besoins ou pour faire commerce,

ils ont maintenant le droit de l'exploiter à moins que le gouvernement ne démontre que des motifs d'intérêt général plus larges justifient de limiter cette exploitation. Les intimés affirment qu'au moment des traités, ils utilisaient les produits de la forêt à de multiples fins, pour la construction d'habitations ou le chauffage, la fabrication de traîneaux ou de raquettes, et qu'ils faisaient même le commerce d'articles de bois à l'occasion, et tout cela afin de subvenir à leurs besoins. Ils soutiennent que l'exploitation forestière représente l'utilisation moderne de ces mêmes ressources et que, par conséquent, elle est protégée par les traités.

15 Selon cette interprétation de la clause relative aux maisons de troc, les ressources que les Mi'kmaq utilisaient pour subvenir à leurs besoins au moment des traités continuent de leur être accessibles pour des fins de subsistance convenable. L'arrêt **←*Marshall*→ 2** confirmerait que la clause conférait un droit perpétuel d'utilisation « des ressources qui étaient traditionnellement “cueillies” dans le cadre d'une économie autochtone » (par. 19). Il s'agit donc uniquement de déterminer ce qui était « cueilli » ou utilisé en 1760. Si les Mi'kmaq récoltaient du bois en 1760 à quelque fin que ce soit, leurs descendants ont aujourd'hui le droit de se livrer à l'exploitation forestière, sous réserve seulement des restrictions que le gouvernement peut justifier dans l'intérêt supérieur du public.

16 L'appelante interprète de façon plus restrictive la clause relative aux maisons de troc. Elle accepte les arrêts **←*Marshall*→ 1 et 2**, mais soutient que les intimés ne les interprètent pas correctement. Selon elle, ces arrêts n'ont pas décidé que la clause des traités relative aux maisons de troc accordait un droit perpétuel à toute ressource naturelle utilisée ou « cueillie » à l'époque, sous réserve uniquement des restrictions justifiables. Selon l'appelante, la clause a simplement accordé aux Mi'kmaq le droit de continuer le commerce des articles dont ils faisaient déjà le commerce en 1760-1761. Seules ces activités commerciales sont protégées, les autres activités qui n'étaient pas envisagées par les Britanniques et les Mi'kmaq de cette époque ne sont pas protégées. On ne met pas l'accent sur les produits qui étaient utilisés, mais sur les *activités commerciales* que les parties envisageaient au moment de la conclusion des traités. Les activités commerciales ancestrales ne sont

pas figées dans le temps; le traité protège les activités modernes qui procèdent de leur évolution logique. Mais les activités commerciales nouvelles et différentes, telle l'exploitation forestière moderne à des fins commerciales, ne sont pas protégées. L'appelante prétend qu'accorder une telle protection transformerait le droit issu des traités en quelque chose de nouveau et de différent.

17 Pour les motifs qui suivent, je dois rejeter l'interprétation que font les intimés de la portée du droit conféré par la clause relative aux maisons de troc et souscrire aux arguments de l'appelante. L'objet de la clause, son libellé et les décisions de notre Cour dans **←*Marshall*→** 1 et 2 mènent tous inexorablement à cette conclusion.

18 J'examine d'abord l'objet de la clause relative aux maisons de troc, tel qu'il se dégage de la preuve historique. Il s'agissait d'une clause *commerciale*. Elle portait sur ce qui pouvait faire l'objet d'échanges commerciaux. Comme l'indique **←*Marshall*→** 1, les Britanniques voulaient que les Mi'kmaq ne fassent commerce qu'avec eux et cessent tout négoce avec les Français, qu'ils venaient tout juste de vaincre. Les Mi'kmaq y étaient disposés, mais ils voulaient l'assurance que les Britanniques établiraient des postes de traite, ou maisons de troc, où ils pourraient faire le commerce. Ils commerçaient alors avec des Européens depuis 250 ans et avaient besoin d'échanger leurs produits, comme les pelleteries et le poisson, pour des marchandises provenant d'Europe. La clause relative aux maisons de troc visait à donner aux Britanniques le droit exclusif de commercer avec les Mi'kmaq, et à donner aux Mi'kmaq l'assurance qu'ils pourraient commercer avec les Britanniques comme ils l'avaient fait avec les Français auparavant.

19 Ainsi, la clause relative aux maisons de troc avait pour objet les produits commerciaux traditionnels. Le droit de faire le commerce de produits traditionnels suppose implicitement le droit de récolter les ressources : **←*Marshall*→** 1, par. 35. Ce droit de récolte, toutefois, est un accessoire du droit principal de faire le commerce de produits traditionnels. Le droit conféré n'est pas le droit de récolter en

soi, mais le droit de commercer.

20 Le libellé de la clause relative aux maisons de troc appuie cette interprétation. Il n'y est question que de commerce. Les Mi'kmaq déclarent [TRADUCTION] « que nous ne trafiquerons, ne troquerons et n'échangerons aucune marchandise, de quelque manière que ce soit, si ce n'est avec les personnes ou les gérants des maisons de troc qui seront désignées ou établies par le gouverneur de Sa Majesté ». Ces mots ne confèrent d'aucune façon un droit général de récolter ou de cueillir toutes les ressources naturelles alors utilisées.

21 Selon les documents historiques et le libellé de la clause relative aux maisons de troc, ce que les Britanniques et les Mi'kmaq envisageaient en 1760 était la poursuite du commerce des produits que les Mi'kmaq avaient traditionnellement échangés avec les Européens. La clause garantissait la poursuite du commerce mais, à partir de ce moment, exclusivement avec les Britanniques.

22 Notre Cour a confirmé cette interprétation de la clause relative aux maisons de troc dans les arrêts **←Marshall→** 1 et 2. Dans les motifs qu'il a rendus au nom de la majorité dans **←Marshall→** 1, le juge Binnie a considéré qu'au moment des traités, les Mi'kmaq subvenaient à leurs besoins en partie en faisant le commerce du poisson avec les Européens, et il a écrit ce qui suit :

. . . les Mi'kmaq subviennent en partie à leurs besoins en pêchant et en faisant le commerce du poisson (y compris l'anguille), et ce depuis que les Européens ont visité pour la première fois, au 16^e siècle, les côtes du territoire qui est maintenant la Nouvelle-Écosse. [par. 2]

. . .

Il est manifeste que durant les années qui ont précédé la Confédération, les pêcheurs indiens ont été encouragés à poursuivre leur activité non seulement pour se nourrir mais aussi pour le troc. [par. 25, citant le juge Dickson dans *Jack*

23 L'arrêt **←*Marshall*→ 1** repose donc sur la prémisse qu'en 1760, la *pêche à des fins commerciales* était une activité traditionnelle des Mi'kmaq. Le juge Binnie en a conclu que le traité avait conféré aux Mi'kmaq le droit de continuer à se procurer des biens nécessaires au moyen de leur activité traditionnelle du commerce du poisson. Il a écrit : « l'aspect du traité qui survit n'est pas la promesse littérale d'établir des maisons de troc, mais un droit — issu de ce traité — qui permet de continuer à pouvoir se procurer les biens nécessaires en pratiquant la chasse et la pêche et en échangeant le produit de ces activités traditionnelles » (par. 56 (je souligne)).

24 Cette conclusion concorde avec l'affirmation faite dans **←*Marshall*→ 2** que la question fondamentale est de savoir si le commerce d'un produit en particulier « étai[t] envisag[é] par l'une ou l'autre des parties au traité de 1760 » (par. 20). Elle concorde également avec la mention, dans **←*Marshall*→ 2**, de droits conférés par le traité à l'égard « des autres choses traditionnellement “cueillies” par les Mi'kmaq dans le cadre du mode de vie autochtone en 1760 » (par. 20), comme des « baies et autres fruits » (par. 19). Les intimés ont fait valoir que la mention des baies et autres fruits montre que le droit issu du traité ne se limite pas aux produits traditionnellement échangés et englobe le droit de récolter tout ce que les Mi'kmaq utilisaient en 1760. Toutefois, la preuve présentée dans l'affaire **←*Marshall*→ 1** faisait effectivement état du commerce des baies et autres fruits auquel les Indiens se livraient avec les Européens.

25 Certes, les droits issus de traités ne sont pas figés dans le temps. Les activités traditionnelles sont maintenant pratiquées de façon moderne. Il s'agit d'établir si l'activité commerciale actuelle en cause procède de l'évolution logique du commerce traditionnel pratiqué au moment du traité : **←*Marshall*→ 2**, par. 20. L'évolution logique suppose le même type d'activité, exercée dans l'économie moderne par des moyens modernes. On évite ainsi de restreindre indûment les droits ancestraux

simplement du fait des changements économiques ou technologiques. Il faut cependant que l'activité demeure fondamentalement la même. « Bien que les droits issus de traités soient dans certaines limites capables d'évolution [. . .] leur objet ne peut [. . .] être transformé du tout au tout » (←**Marshall**→ 2, par. 19).

26 En résumé, le traité ne protège pas le droit de récolter et de vendre des ressources déterminées mais le droit d'exercer de façon moderne, dans un contexte moderne, une activité commerciale exercée traditionnellement en 1760. Il faut donc se demander si l'exploitation forestière en cause procède de l'évolution logique d'une activité commerciale traditionnelle mi'kmaq, de la même façon qu'il a été jugé dans ←**Marshall**→ 1 que la pêche moderne à l'anguille était l'évolution logique d'un commerce traditionnel des Mi'kmaq.

C. *Le critère appliqué*

27 Dans les deux cas, les juges de première instance ont appliqué ce critère à la preuve, en se demandant si l'exploitation forestière pratiquée par les intimés pouvait être considérée comme l'évolution logique d'une activité commerciale traditionnelle des Mi'kmaq.

28 Dans l'affaire ←**Marshall**→ ((2001), 191 N.S.R. (2d) 323, 2001 NSPC 2), le juge Curran de la Cour provinciale s'est demandé si des éléments de preuve indiquaient que les Mi'kmaq faisaient le commerce du bois et des produits de bois au moment des traités de 1760-1761. Il a souligné la nature commerciale du droit et la nécessité qu'il se rapporte à des activités traditionnelles des Mi'kmaq. Il a examiné si l'exploitation forestière en cause pouvait être considérée comme l'évolution logique d'une activité commerciale traditionnelle.

29 Dans l'affaire *Bernard* ([2000] 3 C.N.L.R. 184), le juge Lordon de la Cour provinciale s'est posé essentiellement les mêmes questions. Il a cherché à déterminer si la preuve démontrait l'existence d'un commerce traditionnel des grumes et du bois chez les Mi'kmaq. Mettant l'accent sur l'élément commercial, il a rejeté l'interprétation plus large du traité voulant que les Mi'kmaq aient le droit d'exploiter toutes les ressources naturelles qu'ils avaient traditionnellement utilisées. Selon lui, cette interprétation [TRADUCTION] « modifierait les conditions du traité » et « transformerait du tout au tout » (par. 87) les droits qu'il conférait.

30 Dans chaque cas, le juge a appliqué le critère approprié et s'est posé les bonnes questions. Il reste à déterminer si la preuve étaye leurs conclusions de fait.

D. *Les conclusions de fait des juges de première instance et la preuve*

31 Dans chaque cas, le juge de première instance a jugé que la preuve ne permettait pas de conclure que le traité conférait un droit d'exploitation forestière commerciale.

32 Dans *← Marshall →*, le juge Curran de la Cour provinciale n'a trouvé aucun élément de preuve directe de l'existence d'un commerce des produits forestiers au moment de la conclusion des traités, mais il a conclu que de tels produits ont probablement fait l'objet de troc [TRADUCTION] « à un moment ou à un autre » :

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute qu'en 1760 et longtemps auparavant, les Mi'kmaq cueillaient et utilisaient des produits de la forêt. Ils fabriquaient des canots, des paniers, des raquettes et des traîneaux. Ils cueillaient et utilisaient aussi des produits de la forêt pour construire leurs wigwams et d'autres habitations. Aucun élément de preuve directe n'établit que l'un quelconque de ces articles ait fait l'objet d'un commerce avant la conclusion des traités de 1760-1761 ou pendant la période des maisons de troc. Malgré cela, les témoins de [l'appelante] comme ceux [des intimés] affirment qu'il est probable que les Mi'kmaq aient troqué des produits de la forêt avec les Britanniques ou avec d'autres Européens à un moment ou à un

autre. [Je souligne; par. 91.]

Après avoir comparé la preuve qui lui avait été présentée avec celle qui se rapportait au commerce des produits de la pêche dans *←Marshall→ I*, le juge Curran a conclu que les intimés n'avaient pas satisfait au critère juridique applicable :

[TRADUCTION] Le commerce des grumes ne constitue pas l'équivalent moderne ou l'évolution logique de l'utilisation que les Mi'kmaq faisaient des ressources forestières dans leur vie quotidienne en 1760, même s'il pouvait arriver que de telles ressources soient troquées. Le commerce des grumes ne présente pas avec l'utilisation traditionnelle restreinte des produits de la forêt le rapport qui existe entre la pêche à l'anguille d'aujourd'hui et la pêche à l'anguille ou à d'autres espèces de poisson qui était pratiquée en 1760. [. . .] Les droits que peuvent avoir les défendeurs en matière de commerce des produits de la forêt sont beaucoup plus restreints que les activités ayant donné lieu à ces accusations. [par. 95]

33 Dans *Bernard*, le juge Lordon de la Cour provinciale a tiré des conclusions analogues d'une preuve similaire. Il a déclaré que, suivant la preuve, [TRADUCTION] « il n'y a pas eu de commerce traditionnel des grumes » alors que « le commerce des produits du bois, [. . .] tels les paniers, les raquettes et les canots, avait moins d'importance que le commerce de la fourrure et était occasionnel et secondaire » (par. 85). Il a signalé que le chef Augustine avait concédé à contrecœur qu'il est [TRADUCTION] « peu probable [. . .] que les Mi'kmaq aient envisagé une exploitation forestière commerciale lors de la négociation du traité » (par. 85). La preuve n'indiquait pas non plus que les Britanniques aient envisagé le commerce de tout produit autre que les produits traditionnels, comme la fourrure ou le poisson.

34 Ces conclusions étaient solidement étayées par les dépositions des témoins experts et autochtones au procès, ainsi que par la documentation et le contexte culturel et historique. Comme le juge Curran de la Cour provinciale l'a fait remarquer, [TRADUCTION] « [les Mi'kmaq] n'avaient pas besoin d'abattre des peuplements d'arbres pour eux-mêmes. [. . .] Il y avait des arbres en abondance et

les Européens pouvaient les couper » (par. 92). Les témoins experts ont convenu que c'est probablement vers les années 1780 que les Mi'kmaq ont commencé à se livrer à l'exploitation forestière, et seulement dans le cadre limité d'opérations britanniques. Il ne s'agissait pas d'une activité traditionnelle mi'kmaq, mais plutôt d'une activité européenne à laquelle les Mi'kmaq ont commencé à participer seulement plusieurs décennies après les traités de 1760-1761. D'ailleurs, la preuve indique plutôt que l'exploitation forestière entraînait en conflit avec le mode de vie traditionnel des Mi'kmaq car elle nuisait à la pêche qui, suivant la conclusion de l'arrêt **← Marshall →** 1, était une activité traditionnelle.

35 Je suis d'avis que la preuve étaye la conclusion des juges des procès selon laquelle l'exploitation forestière commerciale à la base des accusations portées contre les intimés ne constitue pas l'évolution logique de l'activité commerciale traditionnelle des Mi'kmaq protégée par les traités de 1760-1761. Dans chaque cas, le juge du procès a appliqué le critère approprié à des conclusions de fait fondées sur la preuve. Par conséquent, une cour d'appel ne saurait être justifiée de modifier leur conclusion sur ce point.

36 Compte tenu de cette conclusion, il n'est pas nécessaire d'examiner la portée de la « subsistance convenable » ni les questions d'attributs culturels et d'autorité de la communauté. Il n'est pas nécessaire non plus d'examiner les territoires qui étaient visés par différents traités, les clauses précises des traités, les peuples les ayant conclus et l'obligation des différents intimés de prouver leur appartenance à une tribu ayant conclu un traité applicable.

III. Titre aborigène

37 Les intimés soutiennent qu'ils détiennent un titre aborigène sur les terres où ils ont abattu les arbres et que, par conséquent, ils n'ont pas besoin d'autorisation provinciale pour exploiter la forêt. Ils invoquent trois fondements distincts pour leur titre : la common law, la *Proclamation royale* de 1763

(reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n^o 1) et la *Proclamation de Belcher*. J'examinerai chacun de ces fondements dans cet ordre.

A. *Le titre aborigène en common law*

38 Lorsque le titre afférent à des terres anciennement occupées par un peuple autochtone n'a pas été cédé, il est possible de revendiquer un titre aborigène sous le régime de la common law. Les peuples autochtones utilisaient le territoire de diverses façons au moment de l'affirmation de la souveraineté. Certaines utilisations, comme la chasse et la pêche, confèrent le droit à la poursuite de ces activités aujourd'hui : voir *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013. Le titre aborigène, fondé sur l'occupation du territoire au moment de l'affirmation de la souveraineté, est l'un de ces divers droits ancestraux. Les intimés ne revendiquent pas un droit ancestral d'exploitation des ressources forestières. Ils revendiquent le titre aborigène en soi.

39 Selon les principes de la common law sous-jacents à la reconnaissance du titre aborigène, un groupe autochtone qui occupait un territoire au moment de l'affirmation de la souveraineté européenne et qui n'a jamais cédé ou autrement perdu son droit sur ce territoire continue de détenir un titre sur celui-ci. Avant la constitutionnalisation des droits ancestraux en 1982, le titre aborigène pouvait être aboli par une loi claire à cet effet (voir *Van der Peet*, par. 125). C'est maintenant impossible. L'État ne peut empiéter sur un titre aborigène que s'il peut établir que la mesure est nécessaire à la poursuite d'un objectif législatif impérieux et réel pour le bien de la société en général : *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1113. On peut voir ce processus comme une façon de concilier les droits des Autochtones et ceux de la société en général.

40 Ces principes ont été longuement exposés dans l'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, qui a formulé un critère applicable en matière de titre

aborigène fondé sur l'occupation exclusive au moment de l'affirmation de la souveraineté britannique. Un bon nombre de détails touchant l'application de ce critère dans des circonstances particulières restent à préciser. Dans les affaires en cause, il faut déterminer la norme d'occupation nécessaire à la preuve du titre et examiner les questions connexes que sont l'exclusivité de l'occupation, l'application de cette exigence à des peuples nomades et la continuité. Si l'existence d'un titre est constatée, il faut également examiner les questions de l'extinction, des atteintes et de la justification. À l'égard de tous ces points se posent les questions sous-jacentes du type de preuve nécessaire, notamment quant au moment et à la façon de recourir à la preuve transmise oralement.

B. *La norme d'occupation qui établit le titre : le droit*

41 Les juges de première instance dans les affaires *Bernard* et **←*Marshall*→** ont statué que l'établissement du titre aborigène nécessitait la preuve d'une utilisation régulière et exclusive des zones de coupe. Les cours d'appel ont jugé qu'il s'agissait d'un critère trop strict et ont appliqué la norme moins exigeante de l'occupation secondaire ou de la proximité.

42 Dans **←*Marshall*→** ((2003), 218 N.S.R. (2d) 78, 2003 NSCA 105), le juge d'appel Cromwell a généralement fait siens les propos du professeur McNeil sur la [TRADUCTION] « troisième catégorie » d'occupation (*Common Law Aboriginal Title* (1989)), [TRADUCTION] « une entrée réelle et un ou des actes permettant de conclure à l'existence de l'intention d'occuper le territoire » (par. 136). Des actes comme [TRADUCTION] « couper des arbres ou de l'herbe, pêcher dans des cours d'eau ou même parcourir le territoire peuvent être invoqués » (par. 136).

43 Dans *Bernard* ((2003), 262 R.N.-B. (2^e) 1, 2003 NBCA 55), le juge d'appel Daigle a pareillement conclu qu'il n'était pas nécessaire de faire la preuve d'actes particuliers d'occupation et de l'utilisation régulière des sites d'exploitation forestière pour fonder le titre aborigène. Il suffisait de

démontrer que les Mi'kmaq avaient utilisé et occupé un secteur situé près de la zone de coupe au confluent des rivières Northwest Miramichi et Little Southwest Miramichi. Cette proximité permettait de conclure que la zone de coupe se trouvait sur le territoire occupé par les Mi'kmaq dans le cadre du mode saisonnier d'utilisation des ressources et d'occupation (par. 119).

44 La Cour doit déterminer si la norme d'occupation applicable en matière de preuve du titre aborigène est la norme stricte appliquée par les juges des procès, la norme moins exigeante retenue par les cours d'appel, ou une autre norme. À cette question se greffe celle de la norme de preuve suffisante; le juge d'appel Daigle a reproché au juge du procès de ne pas avoir accordé suffisamment d'importance à la preuve relative au mode d'utilisation du territoire et de ne pas avoir tenu compte des traditions orales mises en preuve.

45 Avant d'examiner si le droit revendiqué a été établi, il faut s'arrêter à deux concepts essentiels à la détermination des droits ancestraux. Le premier est l'obligation de tenir compte à la fois de la common law européenne et du point de vue des Autochtones, et le second a trait à la diversité des droits ancestraux qui peuvent être reconnus. Ces deux concepts sont indispensables à l'analyse des revendications d'un droit ancestral, et ils doivent faire l'objet d'un examen préliminaire.

46 *Delgamuukw* exige de la Cour qu'elle tienne compte à la fois du point de vue des Autochtones et de la perspective de la common law lorsqu'elle examine une revendication du titre aborigène. C'est uniquement ainsi que l'honneur de la Couronne peut être préservé.

47 Il existe une différence véritable entre la perspective de la common law et le point de vue des Autochtones en matière de titre aborigène. Il importe cependant de comprendre ce que nous entendons par l'obligation de tenir compte à la fois de la perspective de la common law et du point de

vue autochtone lorsqu'il s'agit de statuer sur l'existence du titre aborigène.

48 La Cour saisie de la revendication d'un droit ancestral doit examiner la pratique autochtone antérieure à l'affirmation de la souveraineté et la transposer aussi fidèlement et objectivement que possible en un droit moderne. Elle doit se demander si la pratique autochtone qui avait cours au moment de l'affirmation de la souveraineté européenne (et non, comme c'est le cas en matière de traités, au moment de leur signature) se transpose en un droit moderne et, le cas échéant, quel est le droit correspondant. Dans cet exercice, tant le point de vue autochtone que la perspective européenne doivent intervenir. La Cour doit examiner la pratique antérieure à l'affirmation de la souveraineté du point de vue autochtone. Mais lors de la transposition de la pratique en un droit existant en common law, la Cour doit considérer également la perspective européenne; il faut analyser la nature de ce droit en common law pour déterminer s'il y a correspondance avec une pratique autochtone donnée. Cet exercice de transposition des pratiques autochtones en des droits modernes ne doit pas s'accomplir de façon formaliste ou étroite. La Cour doit envisager la pratique autochtone dans un esprit de générosité et ne devrait pas exiger une stricte conformité aux paramètres juridiques du droit en common law. Il faut se demander si la pratique correspond aux concepts fondamentaux du droit revendiqué.

49 Pour statuer sur l'existence du titre ancestral, il faut examiner les pratiques autochtones plutôt qu'imposer un modèle européen : « [d]ans l'examen de la question de savoir si on a fait la preuve d'une occupation suffisante pour fonder un titre aborigène, [TRADUCTION] "il faut tenir compte de la taille, du mode de vie, des ressources matérielles et des habiletés technologiques du groupe concerné, ainsi que de la nature des terres revendiquées" » (*Delgamuukw*, le juge en chef Lamer, par. 149). Le juge La Forest a élaboré la façon d'appliquer la notion de « mode de vie » en affirmant ce qui suit :

. . . le tribunal qui examine la revendication d'un « titre aborigène » se demande principalement si l'occupation et l'utilisation des terres visées faisaient partie du

mode de vie traditionnel de la société autochtone concernée. En pratique, cela veut dire qu'il doit se demander de quelle manière les membres de la société utilisaient les terres visées *pour vivre*, c'est-à-dire pour y établir des villages, pour y travailler, pour se rendre à leur travail, pour y chasser, pour se rendre à leurs territoires de chasse, pour y pêcher, pour se rendre à leurs sites de pêche, pour y accomplir des cérémonies religieuses et pour d'autres fins. [Souligné dans l'original; par. 194.]

50 Ainsi, on ne fait pas abstraction du point de vue autochtone en insistant sur l'existence d'une correspondance au sens large entre le droit moderne revendiqué et la pratique antérieure à l'affirmation de la souveraineté. Le point de vue autochtone sert de fondement à l'analyse et en imprègne chaque étape. Il doit être pris en compte dans l'évaluation de la pratique en cause, et l'exercice de transposition de la pratique en un droit moderne correspondant doit se faire dans un esprit de générosité. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait équivalence parfaite, dès lors que les pratiques impliquent les notions centrales du droit moderne. Mais comme l'a indiqué la Cour dans **←Marshall→** 2, une pratique autochtone antérieure à l'affirmation de la souveraineté ne peut être transformée en un droit moderne différent.

51 En résumé, le tribunal doit examiner la pratique autochtone antérieure à l'affirmation de la souveraineté et la transposer en un droit moderne. Le processus commence par l'examen de la nature et de l'étendue de la pratique autochtone en question et se poursuit par la recherche du droit qui lui correspond en common law. Ainsi, le processus permet d'établir la nature et l'étendue du droit moderne et concilie les perspectives autochtone et européenne.

52 Le second concept sous-jacent — la diversité des droits ancestraux — découle du processus de conciliation qui vient d'être décrit. La prise en compte du point de vue autochtone ne

signifie pas qu'un droit particulier, comme un titre sur le territoire, a été établi. Il faut déterminer quel droit moderne correspond le mieux à la pratique autochtone antérieure à l'affirmation de la souveraineté, considérée du point de vue autochtone.

53 Des pratiques autochtones différentes correspondent à des droits modernes différents. Notre Cour a rejeté l'idée voulant que le titre aborigène sur des terres constituerait un droit dominant dont découleraient d'autres droits comme le droit de chasser ou de pêcher : *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, par. 26; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 35-39. Il est plus exact de parler d'une variété de droits ancestraux indépendants.

54 Le titre aborigène sur des terres est l'un de ces droits. Il s'établit au moyen de pratiques autochtones indiquant une possession semblable à la possession associée au titre de propriété en common law. En établissant la concordance entre les règles de propriété de la common law et les pratiques autochtones, il faut tenir compte de la nature du titre de common law en fonction de son contexte ainsi que de la perspective autochtone. En common law, la possession suffisante pour fonder un titre est une question de fait qui dépend de l'ensemble des circonstances, en particulier de la nature de la terre et de la façon dont s'en exerce la jouissance : *Powell c. McFarlane* (1977), 38 P. & C.R. 452 (Ch. D.), p. 471. Par exemple, lorsque des terrains marécageux n'ont pratiquement d'autre utilité que de servir à des exercices de tir, le fait de se livrer à de tels exercices peut équivaloir à une possession adversative : *Red House Farms (Thorndon) Ltd. c. Catchpole*, [1977] E.G.D. 798 (C.A. Angl.). La common law reconnaît également qu'une personne dont la possession est suffisante pour fonder un titre peut utiliser son terrain de façon intermittente ou sporadique : *Keefe c. Arillotta* (1976), 13 O.R. (2d) 680 (C.A.), la juge Wilson. Enfin, la common law reconnaît que l'exclusivité n'empêche pas la conclusion d'accords de partage du titre sur une même terre : *Delgamuukw*, par. 158.

55 Cette revue des principes généraux qui sous-tendent la question du titre aborigène nous amène aux exigences précises relatives au titre énoncées dans l'arrêt *Delgamuukw*. Pour établir un titre, les personnes qui le revendiquent doivent faire la preuve d'une « occupation » « exclusive » du territoire par leurs ancêtres antérieurement à l'affirmation de la souveraineté : le juge en chef Lamer, par. 143.

56 L'« occupation » s'entend de « l'occupation physique » et elle « peut être prouvée par différents faits, allant de la construction de bâtiments à l'utilisation régulière de secteurs bien définis du territoire pour y pratiquer la chasse, la pêche ou d'autres types d'exploitation de ses ressources, en passant par la délimitation et la culture de champs » : *Delgamuukw*, le juge en chef Lamer, par. 149.

57 L'exigence de l'occupation « exclusive » découle de la définition du titre aborigène, soit « le droit d'utiliser et d'occuper *de façon exclusive* les terres visées » : *Delgamuukw*, le juge en chef Lamer, par. 155 (souligné dans l'original). Elle est compatible avec la notion de titre foncier en common law. L'occupation exclusive s'entend de « l'intention et de la capacité de garder le contrôle exclusif », et des actes d'intrusion isolés ou la présence autorisée d'autres groupes autochtones ne portent pas atteinte à l'exclusivité (*Delgamuukw*, par. 156, citant McNeil, p. 204). L'exclusivité partagée peut donner lieu à un titre conjoint (par. 158). L'occupation non-exclusive peut établir l'existence de droits ancestraux « ne constituant pas un titre » (par. 159).

58 Il résulte de l'exigence de l'occupation exclusive que l'exploitation des terres, des rivières ou du littoral marin pour la chasse ou la pêche, ou la récolte d'autres ressources, peut se traduire en un titre aborigène sur le territoire si la pratique de l'activité était suffisamment régulière et exclusive pour fonder un titre en common law. Le plus souvent toutefois, la pratique de la chasse ou de la pêche saisonnière dans une région déterminée se traduira par un droit de chasse ou de pêche. C'est ce qu'établissent clairement les arrêts *Van der Peet*, *Nikal*, *Adams* et *Côté* de cette Cour. Dans ces affaires, les peuples autochtones avaient invoqué et prouvé l'utilisation ancestrale de sites particuliers pour la

pêche ou la récolte de produits de la mer. Leurs ancêtres revenaient chaque année au même endroit pour pratiquer ces activités depuis des temps immémoriaux. La saison terminée, toutefois, ils partaient et tout un chacun pouvait utiliser le territoire et y passer. Ces pratiques ne fondaient pas un titre aborigène mais bien des droits ancestraux de chasse et de pêche.

59 Lorsqu'elle a statué, dans l'arrêt *Côté*, que le droit de pêcher constituait un droit indépendant (par. 38), notre Cour a confirmé la distinction existant entre les exigences nécessaires à la reconnaissance d'un titre aborigène et les exigences applicables à des droits plus restreints. De la même façon, la Cour a jugé, dans *Adams*, qu'il pouvait y avoir des droits ancestraux ne constituant pas un titre même en l'absence d'une occupation ou d'une utilisation suffisante du territoire pour étayer la revendication du titre sur celui-ci : voir *Adams*, par. 26, *Côté*, par. 39, et *Delgamuukw*, par. 159. Affirmer que la présence ou l'utilisation occasionnelles peuvent fonder un titre est incompatible avec ces arrêts et avec la conception du titre aborigène que notre Cour a toujours maintenue.

60 En l'espèce, seule la revendication du titre sur le territoire est en cause. Il faut donc déterminer si les pratiques antérieures à l'affirmation de la souveraineté établies par la preuve correspondent au titre sur le territoire. L'appréciation des pratiques doit se faire du point de vue autochtone. Mais, comme il en a été question précédemment, le droit revendiqué fait également intervenir la common law. Il s'agit alors de se demander si les pratiques établies par la preuve, considérées du point de vue autochtone, correspondent aux notions centrales du droit de common law revendiqué.

61 Au cours des siècles, la common law a formalisé la notion de titre au moyen d'une mosaïque complexe d'édits et de conventions juridiques. À l'opposé, la recherche en matière de titre aborigène nous reporte à l'origine de la notion de titre. Il faut examiner, sans l'apport de documents juridiques officiels et d'édits écrits, si les pratiques autochtones au moment de l'affirmation de la

souveraineté se comparent aux notions centrales du titre foncier en common law. On aurait tort de tenter de trouver des indices du titre aborigène dans des actes formalistes de transfert ou dans des affirmations de propriété eurocentriques. Il faut plutôt chercher l'équivalent dans la culture autochtone en cause.

62 Les notions de possession physique exclusive équivalentes aux notions de titre en common law ne sont pas étrangères aux sociétés autochtones : *Delgamuukw*, par. 156. Ces sociétés exerçaient souvent un tel contrôle à l'égard de l'emplacement de leurs villages et d'aires plus larges qu'elles exploitaient pour l'agriculture, la chasse, la pêche ou la cueillette. La question est de savoir si, en l'espèce, la preuve établit semblable possession.

63 La toile de fond étant brossée, il peut être utile d'examiner de plus près trois questions qui ont suscité un certain débat en l'espèce : celle du sens d'exclusion ou de ce que j'ai qualifié de contrôle exclusif, celle de la possibilité pour les peuples nomades ou semi-nomades de revendiquer un titre sur des terres plutôt que des droits plus restreints, et celle de l'exigence de continuité.

64 La première de ces sous-questions est celle de l'exclusion. Le droit de contrôler le territoire et, si nécessaire, d'en empêcher l'utilisation par d'autres personnes est un aspect fondamental de la notion de titre en common law. Dans les systèmes de type européen, ce droit est reconnu par la loi. Mais il peut être difficile d'en établir l'existence dans une société autochtone antérieure à l'affirmation de la souveraineté. Souvent, aucune loi ou convention ne prévoit le droit d'exclure d'autres personnes, et il faut par conséquent en rechercher la preuve. Cependant, la recherche de preuves peut être une entreprise ardue. Il se peut que, la région étant peu peuplée, les conflits aient été rares ou inexistantes et il n'était pas nécessaire d'en exclure les étrangers. Ou il se peut que les sociétés en cause aient été pacifiques et aient décidé d'exercer leur contrôle par le partage plutôt que l'exclusion. Il est donc essentiel d'envisager la question de l'exclusion du point de vue autochtone. Dans certaines circonstances, exiger la preuve d'actes manifestes d'exclusion peut s'avérer injuste. S'ajoute à cela la

difficulté de se procurer des éléments de preuve d'événements survenus des centaines d'années auparavant, lorsqu'il n'existe pas de tradition d'histoire écrite.

65 Il s'ensuit qu'il n'est pas nécessaire de faire la preuve d'actes d'exclusion pour établir l'existence d'un titre aborigène. Il suffit de démontrer qu'un groupe a exercé un contrôle effectif sur un territoire, ce qui permet raisonnablement de conclure que le groupe pourrait avoir exclu d'autres personnes s'il l'avait voulu. Le fait que l'histoire, dans la mesure où elle peut se vérifier, n'indique pas l'existence de revendications émanant d'autres groupes peut appuyer cette conclusion. C'est en ce sens que l'on peut exiger la preuve de l'occupation exclusive du territoire pour établir l'existence du titre aborigène.

66 La deuxième sous-question porte sur la possibilité pour les peuples nomades ou semi-nomades de revendiquer un titre aborigène plutôt que des droits d'utilisation traditionnelle du territoire. Cette possibilité dépend de la preuve. Comme on l'a vu, la possession, en common law, est un concept nuancé et contextuel. La question de savoir si la « possession physique » d'un territoire par un peuple nomade est suffisante pour conférer à ce peuple un titre sur ce territoire est une question de fait qui dépend de l'ensemble des circonstances, en particulier de la nature du territoire et de la façon dont il a été utilisé collectivement. Le passage dans un territoire ou son utilisation dans le cadre d'un mode de vie nomade ne fondera pas nécessairement un titre sur celui-ci. Notre Cour a d'ailleurs indiqué, dans *Adams*, que l'une des raisons pour lesquelles les droits ancestraux ne pouvaient dépendre d'un titre aborigène était qu'une telle exigence nierait tout droit ancestral aux peuples nomades (par. 27). Par ailleurs, selon *Delgamuukw*, « l'utilisation régulière de secteurs bien définis du territoire pour y pratiquer la chasse, la pêche ou d'autres types d'exploitation de ses ressources » peut prouver une « occupation physique » suffisante du territoire pour fonder un titre (par. 149). Il s'agira chaque fois de se demander si on a fait la preuve d'un degré d'occupation physique ou d'utilisation équivalent au titre en common law.

67

La troisième sous-question est celle de la continuité. Dans son acception la plus élémentaire, l'exigence de la continuité signifie simplement que les revendicateurs actuels doivent prouver qu'ils sont titulaires de droits. Ils doivent démontrer l'existence d'un lien avec le groupe antérieur à l'affirmation de la souveraineté dont ils invoquent les pratiques pour revendiquer le titre ou un droit ancestral plus restreint. Le droit repose sur des pratiques autochtones antérieures à l'affirmation de la souveraineté. Le peuple qui le revendique actuellement doit prouver que ce droit est la continuation de ces pratiques. La question de la continuité peut également se poser au sens où il faut démontrer que le lien unissant le groupe au territoire « avait, pour sa culture distinctive, une importance fondamentale » : *Adams*, par. 26. Si le groupe a « maintenu un rapport substantiel » avec le territoire depuis l'affirmation de la souveraineté, l'« importance fondamentale » nécessaire est établie : *Delgamuukw*, le juge en chef Lamer, par. 150-151.

68

Relativement à toutes ces questions, il est nécessaire de faire preuve de réceptivité et de générosité à l'égard de la preuve présentée pour établir le droit revendiqué, qu'il s'agisse du titre aborigène ou des droits plus limités de chasser, de pêcher ou de cueillir. Les peuples autochtones n'ont pas de relations historiques écrites au sujet des événements antérieurs à l'affirmation de la souveraineté. Par conséquent, il convient d'accepter les récits transmis oralement dans la mesure où ils satisfont aux conditions d'utilité et de fiabilité raisonnable formulées dans *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33. Le récit oral est utile s'il fournit des éléments de preuve auxquels le tribunal n'aurait pas accès autrement ou qui concernent le point de vue autochtone sur le droit revendiqué. Il est raisonnablement fiable si le témoin constitue une source crédible pour ce qui est de l'histoire du peuple en question. Les juges appelés à se prononcer sur l'utilité et la fiabilité de récits oraux doivent se garder des suppositions faciles inspirées des traditions eurocentriques en matière de cueillette et de transmission de faits historiques.

69

L'appréciation de la preuve, testimoniale et documentaire, doit se faire du point de vue des Autochtones, en se demandant ce qu'une pratique ou un événement aurait signifié dans leur monde

et leur système de valeurs. Après cette appréciation de la preuve vient l'étape finale où les conclusions de fait, ainsi interprétées, sont transposées en un droit moderne en common law. Ce droit doit être circonscrit avec précision conformément aux traditions de la common law, tout en respectant le point de vue autochtone.

70 En résumé, le titre aborigène s'établit par la possession exclusive au sens d'intention et de capacité de contrôler le territoire, et cette possession se prouve généralement en démontrant l'occupation ou l'utilisation régulières de secteurs bien définis du territoire pour y pratiquer la chasse, la pêche ou d'autres types d'exploitation des ressources : *Delgamuukw*, par. 149. L'utilisation moins intensive peut donner lieu à des droits différents. L'exigence de l'occupation physique doit s'interpréter de façon généreuse en prenant en considération tant le point de vue autochtone que la common law : *Delgamuukw*, par. 156. Ces principes s'appliquent aux groupes autochtones nomades et semi-nomades; dans chaque cas, le droit dépend de la preuve. La continuité est nécessaire, en ce sens que le groupe doit démontrer qu'il descend, depuis la période précédant l'affirmation de la souveraineté, du groupe sur les pratiques duquel repose la revendication du droit. Pour tous ces points, la preuve par récits oraux est admissible si elle satisfait aux normes d'utilité et de fiabilité raisonnable. L'objectif final est de transposer le droit ancestral antérieur à l'affirmation de la souveraineté en un droit moderne en common law. Ce processus doit être empreint de réceptivité envers le point de vue autochtone tout en respectant les notions de common law en cause.

C. *L'application du critère juridique*

71 On a considéré, pour l'instruction des présentes affaires, que la souveraineté britannique avait été établie vers le milieu du XVIII^e siècle; en 1759, dans l'affaire *Bernard* et, dans l'affaire **←*Marshall*→**, en 1713 pour la partie continentale de la Nouvelle-Écosse et en 1763 pour le Cap-Breton. Les Britanniques ont établi leur souveraineté sur des terres qui avaient été peuplées par les Français, les

colons acadiens et les Mi'kmaq.

72 Dans chaque cas, le juge du procès a appliqué le bon critère pour déterminer si les intimés avaient établi le bien-fondé de leur revendication du titre aborigène, en exigeant la preuve d'une utilisation suffisamment régulière et exclusive des zones de coupe par les peuples mi'kmaq à l'époque de l'affirmation de la souveraineté.

73 Dans **←Marshall→**, le juge Curran de la Cour provinciale a examiné la jurisprudence et la doctrine et a conclu que ce qui distingue l'occupation suffisante et l'occupation insuffisante pour établir le titre est d'une part l'utilisation irrégulière de terres non définies et, d'autre part, l'utilisation régulière de terres définies. [TRADUCTION] « Des établissements constituent une utilisation régulière de terres définies, mais il peut y avoir d'autres possibilités » (par. 141).

74 Dans *Bernard*, le juge Lordon de la Cour provinciale a pareillement conclu que des visites occasionnelles dans un territoire n'établissaient pas l'existence d'un titre; il devait y avoir [TRADUCTION] « preuve de la capacité de conserver un contrôle exclusif » (par. 110) sur les terres revendiquées.

75 Ces critères reflètent correctement la jurisprudence examinée précédemment.

76 Formulant une conclusion divergente dans **←Marshall→**, le juge d'appel Cromwell a estimé qu'il s'agissait là d'un critère trop strict et qu'il suffisait de prouver une présence occasionnelle ainsi que des actes indiquant une intention d'occuper le territoire. De la même façon, le juge d'appel Daigle a conclu dans l'arrêt *Bernard* que le juge de première instance avait eu tort d'exiger la preuve d'actes particuliers d'occupation et la preuve de l'utilisation régulière du territoire pour fonder le

titre aborigène. Il n'est pas erroné d'affirmer, comme le juge Cromwell l'a fait, que la revendication du titre en common law peut se fonder sur des actes indiquant une intention d'occuper le territoire. Cependant, il faut que de tels actes s'accompagnent, comme on l'a vu précédemment, d'une utilisation suffisamment régulière et exclusive pour qu'un titre en common law soit établi.

77 Le juge Cromwell a conclu que cette exigence supplémentaire n'est pas compatible avec la culture ou le mode de vie semi-nomade des Mi'kmaq. En toute déférence, il s'agit là d'un raisonnement circulaire reposant sur la prémisse qu'il serait injuste de nier un titre aborigène aux Mi'kmaq. Pour éviter ce résultat, ce raisonnement suppose que le critère habituel servant à établir le titre en common law — la possession du territoire manifestée par un droit de contrôle exclusif — doit être assoupli parce que la preuve des pratiques antérieures à l'affirmation de la souveraineté n'établit pas le titre suivant ce critère. Les tribunaux ont pour tâche, comme on l'a vu, d'apprécier la preuve avec réceptivité et de trouver le droit équivalent dans la common law d'aujourd'hui. En common law, le titre suppose des droits exclusifs de contrôle. C'est ce que ce droit signifie et ce qu'il a toujours signifié. Si les pratiques autochtones ancestrales n'indiquent pas l'exercice de ce type de contrôle, le titre n'est pas le droit correspondant. L'octroi du titre en l'absence de preuve d'une occupation suffisamment régulière et exclusive avant l'affirmation de la souveraineté aurait pour effet de transformer le droit ancestral en un droit nouveau et différent. Il abolirait également la distinction que notre Cour a toujours maintenue entre les droits ancestraux plus limités, comme le droit de pêcher, et le droit ancestral supérieur qu'est le titre aborigène sur le territoire : *Adams et Côté*.

D. *L'appréciation de la preuve*

78 Il reste donc à déterminer si les juges des procès, après avoir appliqué essentiellement le bon critère, ont commis une erreur dans l'appréciation de la preuve ou dans l'application du droit à la preuve. Sans cela, la cour d'appel n'a pas de motif d'intervenir. Comme je l'ai indiqué précédemment, la preuve des pratiques autochtones doit s'apprécier du point de vue autochtone. Il faut se demander si les

pratiques correspondent, au sens large, au droit revendiqué.

79 Dans la décision **←Marshall→**, le juge Curran de la Cour provinciale a procédé à une analyse approfondie des faits et a résumé ainsi ses conclusions :

[TRADUCTION]

- a) On peut qualifier les Mi'kmaq de la Nouvelle-Écosse, au XVIII^e siècle, de « plus ou moins nomades », comme les Algonquins dans *Côté*, précité. Les Mi'kmaq aussi se déplaçaient en fonction des saisons et des circonstances pour suivre leurs ressources. Ils ne retournaient pas nécessairement aux mêmes campements chaque année. Toutefois, pendant des décennies, avant et après 1713, les communautés locales de la Nouvelle-Écosse continentale sont généralement demeurées dans les régions où elles se trouvaient.
- b) Sur le continent, les Mi'kmaq ont intensivement utilisé les baies et les rivières et, à tout le moins, des territoires de chasse voisins. Simplement, la preuve n'établit pas clairement la localisation et l'étendue exactes de ces territoires. Il est très peu probable qu'ils aient englobé la totalité de la partie continentale. La population n'était tout simplement pas assez nombreuse pour cela.
- c) Pour ce qui est du Cap-Breton, la preuve de l'endroit où se trouvaient les Mi'kmaq et de la durée de leur occupation n'est tout simplement pas suffisante pour conclure qu'ils occupaient des terres dans la mesure nécessaire pour établir un titre aborigène.
- d) Plus particulièrement, la preuve n'établit pas clairement que les Mi'kmaq de l'époque ont utilisé les zones de coupe de la partie continentale ou du Cap-Breton visées par les accusations et encore moins qu'ils les aient utilisées régulièrement. Les [intimés] ne m'ont pas convaincu suivant la prépondérance des probabilités que leurs ancêtres possédaient un titre aborigène sur ces zones. [par. 142]

80 Appliquant le droit à ces faits, le juge Curran a [TRADUCTION] « conclu que les Mi'kmaq qui se trouvaient dans la partie continentale de la Nouvelle-Écosse au XVIII^e siècle avaient probablement un titre aborigène sur les terres entourant leurs communautés, mais non sur les zones de coupe » (par. 143).

Dans *Bernard*, le juge Lordon de la Cour provinciale a lui aussi examiné minutieusement la preuve de l'occupation des terres par les Mi'kmaq au moment de l'affirmation de la souveraineté, et il a conclu qu'elle n'établissait pas de titre aborigène :

[TRADUCTION] Vu la preuve dont je dispose, je ne peux conclure que les terres du lieu de l'infraction étaient utilisées régulièrement pour la chasse et la pêche. Les expéditions à cet endroit, en 1759, devaient être tout au plus occasionnelles. Des incursions occasionnelles pour pratiquer la chasse, la pêche et la cueillette ne suffisent pas pour établir un titre aborigène sur les terres.

De plus, la preuve ne me convainc pas que les Mi'kmaq étaient les seuls visiteurs occasionnels des lieux. Dès l'arrivée des Européens, les Indiens leur ont fait bon accueil. . .

. . .

Rien dans la preuve n'indiquait une capacité de garder le contrôle exclusif et, du fait du vaste territoire et d'une petite population, les Mi'kmaq n'avaient pas la capacité d'exercer un contrôle exclusif. En outre, d'après le témoignage du chef Augustine, ils n'avaient ni l'intention ni le désir d'exercer ce contrôle exclusif, ce qui, à mon avis, réfute la thèse du titre aborigène. [par. 107-108 et 110]

La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a infirmé la décision **←*Marshall*→** en rejetant le critère juridique appliqué mais n'a pas critiqué les conclusions de fait. Dans *Bernard*, toutefois, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a critiqué certains aspects des conclusions de fait tirées par le juge Lordon. Le juge Daigle a estimé que le juge de première instance n'avait pas accordé l'importance qu'il fallait à la preuve des modes d'utilisation du territoire et qu'il avait écarté la preuve des traditions orales. Le juge Daigle a insisté sur le fait que pendant l'hiver, les Mi'kmaq se séparaient en petits groupes de chasseurs et se dispersaient à l'intérieur des terres pour chasser et pêcher. Il a souligné également que les zones de coupe avoisinaient des lieux traditionnels d'établissement. Même si le juge du procès n'en a pas tenu compte, ces faits ne permettent pas de conclure à l'existence d'un titre aborigène, en raison

des principes exposés précédemment. Comme le juge Daigle l'a écrit, ils ne constituent qu'une « preuve convaincante [. . .] [que] la région de la zone de coupe [. . .] aurait été suffisamment proche pour être utilisée et occupée de façon saisonnière par les Mi'kmaq de la Miramichi » (par. 127). En supposant que le juge du procès ait omis de prendre cette preuve en considération ou l'ait sous-évaluée, le fait est qu'elle n'aurait rien changé à la décision et que l'erreur ne portait pas à conséquence.

83 J'estime qu'il n'existe aucun motif de modifier les conclusions de fait des juges de première instance relatives à l'absence de titre aborigène en common law.

E. *Extinction, atteinte, justification et appartenance*

84 L'appelante soutient que même si les intimés établissent l'existence d'un titre aborigène en common law, ce titre a été éteint par des lois relatives à l'exploitation forestière sur les terres publiques adoptées entre 1774 et 1862. Comme le titre aborigène n'a pas été établi, il n'est pas nécessaire d'examiner cette question, non plus que les questions de savoir si les lois en vertu desquelles les intimés ont été poursuivis portent atteinte au titre aborigène et, le cas échéant, si l'atteinte se justifie. Enfin, il n'y a pas lieu d'examiner les questions de continuité concernant les terres revendiquées.

F. *Le titre aborigène en vertu de la Proclamation royale*

85 Les intimés soutiennent que la *Proclamation royale* de 1763 (voir l'annexe) a réservé aux Mi'kmaq le titre sur toutes les terres non concédées ni achetées de l'ancienne Nouvelle-Écosse, qui a par la suite été divisée pour former la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick. Je conviens avec les juridictions inférieures qu'il y a lieu de rejeter cet argument.

86

La *Proclamation royale* doit recevoir une interprétation libérale, et tout doute doit se résoudre en faveur des peuples autochtones : *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, p. 36. Il faut en outre l'interpréter en tenant compte de son statut de « Magna Carta » des droits indiens en Amérique du Nord et de « Déclaration des droits » des Indiens : *R. c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [1982] 1 Q.B. 892 (C.A.), p. 912. J'aborde cette question en me fondant sur ces principes.

87

Il faut se demander en premier lieu si la *Proclamation royale* s'applique à l'ancienne colonie de la Nouvelle-Écosse. La *Proclamation royale* énonce qu'elle s'applique à « Nos autres colonies ou [. . .] Nos autres plantations en Amérique », et elle annexe, au début, l'île du Cap-Breton et l'Île-du-Prince-Édouard à la Nouvelle-Écosse. D'autres éléments de preuve, dont de la correspondance échangée entre Londres et la Nouvelle-Écosse, indiquent que l'on considérait, à l'époque, que la *Proclamation royale* s'appliquait à la Nouvelle-Écosse (←*Marshall*→, décision de première instance, par. 112). Interprétant libéralement la *Proclamation royale* et résolvant les doutes en faveur des Autochtones, je poursuis mon analyse en tenant pour acquis qu'elle s'appliquait à l'ancienne colonie de la Nouvelle-Écosse.

88

Ce qui nous amène au texte de la *Proclamation royale*. Ce texte appuie l'argument de l'appelante selon lequel la *Proclamation royale* n'a pas octroyé aux Mi'kmaq le titre sur toutes les terres de l'ancienne colonie de la Nouvelle-Écosse. Les intimés invoquent principalement trois passages de la *Proclamation royale*.

89

Le premier est le préambule de la partie qui traite des peuples autochtones, et il est rédigé comme suit :

Attendu qu'il est juste, raisonnable et essentiel pour Notre intérêt et la sécurité de Nos colonies de prendre des mesures pour assurer aux nations ou tribus sauvages qui sont en relations avec Nous et qui vivent sous Notre protection, la possession entière et paisible des parties de Nos possessions et territoires qui ont été ni concédées ni achetées et ont été réservées pour ces tribus ou quelques-unes d'entre elles comme territoires de chasse.

90 Comme il s'inscrit dans le préambule, ce passage ne confère pas de nouveaux droits. Lorsque la *Proclamation royale* ordonne que des terres soient réservées ou annexées, elle emploie des termes indiquant l'octroi (« Nous déclarons par conséquent [. . .] que c'est Notre volonté et Notre plaisir », « Nous avons cru opportun, de l'avis de Notre Conseil privé » ou « Nous enjoignons ») et mentionne des terres précises (« toutes les terres et tous les territoires non compris dans les limites de Nos trois gouvernements ni dans les limites du territoire concédé à la Compagnie de la baie d'Hudson »).

91 Le deuxième passage de la *Proclamation royale* invoqué par les intimés est le suivant :

Nous déclarons par conséquent [. . .] que c'est Notre volonté et Notre plaisir [. . .] Nous enjoignons [. . .] à tout gouverneur et à tout commandant en chef de toutes Nos autres colonies ou de Nos autres plantations en Amérique, de n'accorder [. . .] aucun permis d'arpentage ni aucun titre de propriété sur les terres situées au-delà de la tête ou source de toutes les rivières qui vont de l'ouest et du nord-ouest se jeter dans l'océan Atlantique ni sur celles qui ont été ni cédées ni achetées par Nous, tel que susmentionné, et ont été réservées pour les tribus sauvages susdites ou quelques-unes d'entre elles.

92 Les intimés soutiennent que les mots soulignés réservent aux Mi'kmaq toutes les terres

de la colonie de la Nouvelle-Écosse non cédées ou non achetées. Toutefois, il ne s'agit là que de la répétition du préambule. Ce passage ne crée pas de nouveaux droits sur les terres. C'est ce que confirment le fait qu'on n'emploie pas dans ce passage le libellé clair et direct employé ailleurs pour réserver des terres aux Indiens, et le rapport existant entre ce passage et les dispositions subséquentes de la *Proclamation royale*. Si la *Proclamation royale* avait effectivement réservé presque toute la province de la Nouvelle-Écosse aux Mi'kmaq, l'injonction subséquente faite aux colons de quitter toute terre « également réservée pour lesdits sauvages » aurait eu pour effet d'expulser la totalité des colons de la colonie. Or, la preuve historique indique que la Nouvelle-Écosse a connu une colonisation substantielle peu après la *Proclamation royale*.

93 Le troisième passage de la *Proclamation royale* sur lequel les intimés s'appuient interdit « à qui que ce soit d'acheter aux sauvages des terres qui leur sont réservées dans les parties de Nos colonies, où Nous avons cru à propos de permettre des établissements ». Les intimés affirment que ce passage confirme que la Nouvelle-Écosse avait été réservée aux Indiens. Ce libellé, toutefois, peut tout aussi bien faire état de terres nouvellement réservées que de terres antérieurement réservées et ne permet pas de tirer de conclusions définitives dans un sens ou dans l'autre.

94 La jurisprudence appuie également l'interprétation de la *Proclamation royale* que propose l'appelante. Dans *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, notre Cour a statué que « la Proclamation royale du 7 octobre 1763 organisa les territoires récemment acquis par la Grande-Bretagne et réserva aux Indiens deux catégories de terres : celles situées à l'extérieur des limites territoriales de la colonie et les établissements permis par la Couronne à l'intérieur de la colonie » (p. 1052 (je souligne), le juge Lamer).

95 Enfin, le contexte historique de même que l'objet de la *Proclamation royale* n'étaient pas la prétention voulant qu'elle ait accordé la colonie de la Nouvelle-Écosse aux Indiens. La *Proclamation*

royale a été lancée dans le contexte de discussions sur l'administration et la préservation des territoires acquis par la Grande-Bretagne en vertu du premier Traité de Paris en 1763. Lors des discussions entre le Board of Trade et le Conseil privé au sujet de ce qui deviendrait la *Proclamation royale*, les territoires impériaux ont été dès le début séparés en deux catégories : les terres à coloniser et les terres dont la colonisation serait remise à plus tard. La politique impériale destinait clairement la Nouvelle-Écosse à la colonisation et encourageait les « Planters », « les protestants de l'Ulster », les Écossais, les Loyalistes et d'autres à s'y établir. Les lords du commerce préconisaient [TRADUCTION] « la colonisation complète de la Nouvelle-Écosse, colonie de Votre Majesté » : lords du commerce à Lord Egremont, 8 juin 1763, dans *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791* (2^e éd. rév. 1921), Première partie, p. 107. Le juge Binnie, rendant jugement pour la majorité dans **←*Marshall*→** 1, a reconnu les visées colonisatrices des Britanniques lorsqu'il a indiqué que les traités qui venaient d'être conclus avec les Mi'kmaq en 1760-1761 avaient pour objet de faciliter l'établissement d'une « vague de colons européens » (par. 21). La *Proclamation royale* visait à assurer la sécurité future des colonies en réduisant les possibilités de conflit entre colons et Indiens par la protection des territoires indiens et des droits issus de traité existants et par l'interdiction des opérations foncières abusives. Si la Nouvelle-Écosse avait été réservée aux Indiens, les projets de colonisation de la Nouvelle-Écosse s'en seraient trouvés anéantis.

96 En résumé, le texte de la *Proclamation royale*, la jurisprudence et la politique historiquement poursuivie font tous conclure que ce document n'a pas réservé l'ancienne colonie de la Nouvelle-Écosse aux Mi'kmaq.

G. *Le titre aborigène en vertu de la Proclamation de Belcher*

97 Les gouverneurs des colonies, dont ceux de l'ancienne colonie de la Nouvelle-Écosse, ont reçu le 9 décembre 1761 des directives royales qui leur interdisaient d'octroyer des terres occupées par des Indiens ou attenantes à celles-ci, notamment [TRADUCTION] « des terres ainsi réservées aux

Indiens ou revendiquées par eux ». Conformément à ces directives, le gouverneur de la Nouvelle-Écosse alors en poste, Jonathan Belcher, a publié en 1762 une proclamation dans laquelle il enjoignait aux colons de quitter les terres [TRADUCTION] « ainsi réservées pour les Indiens ou revendiquées par eux ». Il ordonnait également ce qui suit : [TRADUCTION] « visant spécialement les activités de chasse au gros et au petit gibier, de chasse au gibier à plumes et de pêche, par les présentes, j'enjoins strictement à toutes personnes et les préviens d'éviter toute molestation desdits Sauvages dans leur revendication tant que le plaisir de Sa Majesté dans cette affaire n'aura pas été signifié » (je souligne).

98 Trois questions se posent relativement à l'applicabilité de la *Proclamation de Belcher*. Il faut établir quel était le territoire visé, quelles étaient les activités visées et si son auteur avait le pouvoir de la faire.

99 Premièrement, cette proclamation décrit des territoires allant de Musquodobiot à Canso, de Canso, le long du détroit de Northumberland, à Miramichi, à la Baie des Chaleurs, au Golfe du St-Laurent et à Gaspé [TRADUCTION] « puis ainsi le long de la côte ». Le juge Lordon de la Cour provinciale a conclu dans *Bernard* qu'elle ne conférait qu'un [TRADUCTION] « droit commun au littoral » (par. 116). Je ne vois rien qui justifie de modifier cette conclusion.

100 Deuxièmement, le juge Lordon a estimé qu'il ressortait du texte même de la *Proclamation de Belcher* qu'elle ne s'appliquait qu'aux [TRADUCTION] « activités de chasse au gros et au petit gibier, de chasse au gibier à plumes et de pêche » et ne visait pas l'exploitation forestière (par. 116). Encore une fois, je ne vois aucune raison de rejeter cette conclusion. Ces deux conclusions suffisent à régler cette question.

101 La troisième question porte sur le pouvoir de lancer la *Proclamation de Belcher*. Cette proclamation a immédiatement suscité l'opposition et l'insatisfaction des lords du commerce. Dans une lettre datée du 2 juillet 1762, Belcher a expliqué à ces derniers qu'il avait accédé à la demande des Indiens relativement à un [TRADUCTION] « droit commun au littoral à partir de Cap Fronsac, pour pouvoir y pêcher sans empêchement ou opposition de la part des sujets de Sa Majesté ». Il a assuré les lords du commerce que cette mesure était temporaire [TRADUCTION] « jusqu'à ce que le plaisir de Sa Majesté soit signifié ». En fait, Sa Majesté n'a jamais approuvé la *Proclamation de Belcher*. Le texte de la proclamation ainsi que les témoignages de MM. Patterson et Wicken, acceptés par le juge Lordon de la Cour provinciale, confirment sa nature provisoire (par. 116).

102 Le 3 décembre 1762, les lords du Commerce ont vivement condamné la *Proclamation de Belcher* dans une lettre où ils indiquaient que les directives royales ne portaient que sur les [TRADUCTION] « revendications des Sauvages, telles celles du passé relevant d'un long usage admis et permis par le gouvernement et confirmé à eux par voie de conventions solennelles ». Fait intéressant, les lords exposent que s'il fallait réserver des terres pour les Indiens, ce n'aurait pas dû être les terres situées le long du littoral [TRADUCTION] « mais plutôt les terres sises parmi les bois et les lacs où les bêtes sauvages vivent et se trouvent en abondance », ce qui appuie l'opinion voulant que la *Proclamation de Belcher* n'a pas octroyé de droit sur les zones de coupe situées plus loin à l'intérieur des terres.

103 Dans une lettre en date du 20 mars 1764, les lords du commerce ont signifié au successeur de Belcher, le gouverneur Wilmot, le désaveu de la *Proclamation de Belcher* par Sa Majesté. Ils signalaient que cette revendication était [TRADUCTION] « incompatible avec le droit dont Sa Majesté est titulaire et considérablement préjudiciable aux intérêts commerciaux de ses sujets », ajoutant que l'octroi de terres côtières aux Indiens était contraire à l'esprit et au sens véritables des directives royales sur lesquelles Belcher avait fondé sa proclamation. Les lords ont fait état du [TRADUCTION] « refus de Sa Majesté » de cette revendication, mais sans indiquer nulle part que la

Proclamation de Belcher était nulle *ab initio*. Ils ont donné instruction au gouverneur Wilmot [TRADUCTION] « [d']inciter les Sauvages à abandonner une revendication aussi extraordinaire et inadmissible s'il ne l'a déjà fait »; toutefois, il fallait procéder de la [TRADUCTION] « manière la plus douce ». Cela semble avoir été fait, mais aucune mesure formelle n'a été prise pour révoquer la *Proclamation de Belcher*.

104 On oppose que la question n'est pas tant de savoir si Belcher avait en fait le pouvoir de lancer cette proclamation que la signification que les Indiens ont attribuée à cette proclamation. Cette dernière n'a jamais été officiellement révoquée. Il semble qu'on ait dit aux Mi'kmaq que leur revendication des terres de la colonie était invalide, quoique de la [TRADUCTION] « manière la plus douce ». Toutefois, aucun élément de preuve n'indique que les Britanniques ont induit les Mi'kmaq en erreur ou ont manqué à l'honneur en leur expliquant que la *Proclamation de Belcher* avait été désavouée. Je ne vois aucune raison de modifier la conclusion du juge d'appel Robertson, dans l'arrêt *Bernard*, selon laquelle « [i]l s'agit d'un cas où le silence de la Couronne ne peut valider ce qui est par ailleurs invalide » (par. 409).

105 En résumé, le moyen de défense fondé sur la *Proclamation de Belcher* se heurte à d'imposants obstacles. Belcher avait-il le pouvoir de faire cette proclamation ou était-elle nulle *ab initio* comme on l'a prétendu à l'époque? Si elle était valide, était-elle temporaire et conditionnelle à un décret subséquent de Sa Majesté? Si elle était invalide, où est la preuve que les Mi'kmaq se sont fondés sur elle ou que la Couronne a manqué à l'honneur? Enfin, quel que soit l'effet juridique de la *Proclamation de Belcher*, il semble qu'elle n'était destinée à ne s'appliquer qu'à certaines zones côtières et qu'aux [TRADUCTION] « activités de chasse au gros et au petit gibier, de chasse au gibier à plumes et de pêche ». Compte tenu de la preuve soumise, il est impossible de conclure que cette proclamation peut fonder un moyen de défense aux accusations portées contre les intimés.

IV. Conclusion

-

106 Dans chacune des deux affaires, le juge du procès a appliqué le critère juridique approprié et a tiré des conclusions de fait entièrement étayées par la preuve. Par conséquent, il y a lieu de maintenir les conclusions suivant lesquelles les intimés ne jouissaient ni d'un droit issu d'un traité autorisant le commerce des grumes, ni du titre aborigène sur les zones de coupes. Rien ne permet non plus d'asseoir la conclusion que la *Proclamation royale* ou la *Proclamation de Belcher* leur aient conféré un titre.

107 Il y a lieu de répondre par la négative aux questions constitutionnelles énoncées comme suit dans **←Marshall→** :

1. L'interdiction pour quiconque de couper du bois se trouvant sur les terres de la Couronne ou de l'enlever de ces terres sans autorisation donnée en vertu de l'article 29 de la *Crown Lands Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 114, est-elle incompatible avec les droits issus de traités des intimés/appelants dans l'appel incident, et qui figurent dans les traités conclus par les Mi'kmaq en 1760 et 1761 et, donc, inopérante ou inapplicable à leur égard selon les articles 35(1) et 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?
2. L'interdiction pour quiconque de couper du bois se trouvant sur les terres de la Couronne ou de l'enlever de ces terres sans autorisation donnée en vertu de l'article 29 de la loi intitulée *Crown Lands Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 114, est-elle incompatible avec le titre aborigène des Mi'kmaq sur les terres de la Couronne provinciale où a eu lieu la coupe du bois ou son enlèvement en vertu de (i) l'occupation exclusive de ces terres par les Mi'kmaq lorsque la Couronne y a acquis la souveraineté ou en vertu de (ii) la *Proclamation royale (1763)* et, donc, inopérante ou inapplicable à l'égard des intimés/appelants dans l'appel incident, selon les articles 35(1) et 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

suit dans *Bernard* :

1. L'interdiction pour quiconque d'être en possession sans autorisation de bois qui provient des terres de la Couronne contrairement à l'article 67(1)c) de la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne*, L.N.-B. 1980, ch. C-38.1, et ses modifications, est-elle incompatible avec les droits issus de traités de l'intimé et qui figurent dans le traité conclu, le 25 juin 1761, par les Mi'kmaq de Miramichi et, donc, inopérante ou inapplicable à l'égard de l'intimé selon les articles 35(1) et 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

2. L'interdiction pour quiconque d'être en possession sans autorisation contrairement à l'article 67(1)c) de la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne*, L.N.-B. 1980, ch. C-38.1, et ses modifications, est-elle incompatible avec le titre aborigène des Mi'kmaq sur les terres de la Couronne provinciale où le bois a été coupé en vertu de (i) l'occupation exclusive de ces terres par les Mi'kmaq lorsque la Couronne y a acquis souveraineté ou en vertu de (ii) la *Proclamation de Belcher* ou (iii) de la *Proclamation royale (1763)* et, donc, inopérante ou inapplicable à l'égard de l'intimé selon les articles 35(1) et 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Je suis d'avis d'accueillir les pourvois, de rejeter le pourvoi incident dans **◀Marshall▶** et

de rétablir les déclarations de culpabilité. Il n'y a aucune ordonnance quant aux dépens.

Version française des motifs des juges LeBel et Fish rendus par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

J'ai lu les motifs de la Juge en chef. Bien que je souscrive au dispositif, certaines parties

de ses motifs me préoccupent. Brièvement, le droit en cause, qui est protégé par un traité, comprend

non seulement un droit de commercer, mais également un droit corrélatif d'accès aux ressources permettant de se livrer à des activités commerciales. Cependant, les faits des affaires portées en appel révèlent que les parties aux traités n'avaient pas envisagé que les Mi'kmaq utiliseraient les ressources forestières auxquelles ils possèdent un droit d'accès pour se livrer à des activités d'exploitation forestière. Quant à la question du titre aborigène, j'estime qu'en raison de la nature de l'utilisation du territoire par les Autochtones, en particulier son utilisation par un bon nombre de Premières Nations dans le cadre d'un mode de vie nomade au cours de leur histoire, la méthode d'analyse préconisée par la majorité est étroitement centrée sur des concepts de droit de propriété en common law.

111 Dans ses motifs, la Juge en chef passe en revue l'historique des procédures judiciaires et le contexte factuel de ces affaires, et je n'ai pas l'intention de les résumer de nouveau. Je ne mentionnerai que les éléments de la preuve et de l'historique de l'espèce qui s'avèrent nécessaires à mon analyse. Je commencerai par l'examen des droits protégés par les traités de 1760-1761. J'aborderai ensuite la question du titre aborigène et, en particulier, la nature de l'occupation nécessaire pour fonder une revendication de titre. Enfin, je commenterai les difficultés qui surviennent lorsque des revendications de droits ancestraux sont soulevées dans le cadre des procès par voie de procédures sommaires. Mes commentaires ne traiteront pas de l'interprétation de la *Proclamation royale* de 1763 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n^o 1), ni de la *Proclamation de Belcher*, puisque je souscris à l'analyse de la Juge en chef et à ses conclusions sur ces questions.

II. Droits issus de traités des Autochtones

112 La Juge en chef conclut que « le traité ne protège pas le droit de récolter et de vendre des ressources déterminées mais le droit d'exercer de façon moderne, dans un contexte moderne, une activité commerciale exercée traditionnellement en 1760 » (par. 26). À mon avis, bien que le traité protège des activités commerciales traditionnelles, le droit issu du traité comprend à la fois un droit de commercer et un droit d'accès aux ressources. Le droit de commercer n'existe pas dans l'absolu parce

que ce droit suppose un droit corrélatif d'accès aux ressources pour en faire le commerce.

113 Le traité protège tant le droit de commercer que le droit d'accès aux ressources et ces deux droits sont étroitement liés. Dans ce pourvoi, nous sommes appelés à déterminer ce que cela implique, dans un contexte moderne, au regard de l'utilisation des ressources. L'activité moderne doit comporter un certain rapport avec l'utilisation traditionnelle des produits forestiers dans l'économie des Mi'kmaq. Plus particulièrement, il s'agit de décider si l'utilisation actuelle des ressources forestières à des fins d'exploitation participe du droit des Mi'kmaq d'accéder aux ressources pour poursuivre des activités commerciales.

114 Les traités de 1760-1761 confirment le droit des Mi'kmaq de continuer à assurer leur subsistance. À moins que le traité ne protège l'accès des Mi'kmaq aux ressources, ses objectifs ne peuvent se concrétiser. Dans l'arrêt *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456 (« *Marshall* 1 »), le juge Binnie a fait remarquer que les Britanniques considéraient que la question du commerce avec les Mi'kmaq était liée à la paix, et que la paix était liée à la capacité des Mi'kmaq de subvenir à leurs besoins sur le plan économique. Il a écrit ce qui suit :

Les Britanniques ne voulaient certes pas que les Mi'kmaq deviennent une ponction inutile sur les deniers publics de la colonie de la Nouvelle-Écosse ou sur le trésor impérial à Londres, comme a conclu le juge du procès. Pour éviter un tel résultat, il est devenu nécessaire de protéger l'économie mi'kmaq traditionnelle, y compris leurs activités de la chasse, de cueillette et de pêche.
[par. 25]

Les traités de 1760-1761 ont assuré aux Mi'kmaq le droit de vivre selon leur mode de vie traditionnel. Ce mode de vie traditionnel incluait la chasse, la pêche et le commerce. Les

Mi'kmaq faisaient déjà du commerce avec les Européens de nombreuses années avant la conclusion de ces traités.

115 Les parties aux traités doivent avoir voulu que les Mi'kmaq aient accès aux ressources afin qu'ils aient quelque chose à apporter à la maison de troc. Cet accès était lié à un usage particulier, à savoir le commerce des biens nécessaires dans le cadre de l'économie mi'kmaq traditionnelle. Les traités représentent la promesse faite par les Britanniques que les Mi'kmaq auraient accès aux ressources afin de poursuivre les activités commerciales traditionnelles leur permettant de s'assurer une subsistance convenable. Pour cette raison, le juge Binnie a écrit que « l'aspect du traité qui survit n'est pas la promesse littérale d'établir des maisons de troc, mais un droit — issu de ce traité — qui permet de continuer à pouvoir se procurer les biens nécessaires en pratiquant la chasse et la pêche et en échangeant le produit de ces activités traditionnelles, sous réserve des restrictions qui peuvent être justifiées suivant le critère établi dans *Badger* » (←*Marshall*→ 1, par. 56). Cette interprétation est réitérée par la Cour dans *R. c. ←Marshall→*, [1999] 3 R.C.S. 533 (« ←*Marshall*→ 2 »), lorsqu'elle affirme que « [l]e droit issu du traité permet à la communauté mi'kmaq d'assurer sa subsistance en lui accordant un accès continu aux ressources halieutiques et fauniques pour qu'elle puisse en faire le commerce afin de pouvoir se procurer les “choses nécessaires” » (par. 4).

116 Dans ←*Marshall*→ 2, la Cour a souligné que seules les ressources qui étaient traditionnellement visées par les activités de cueillette dans le cadre de l'économie mi'kmaq — et non pas toute chose qui peut physiquement être recueillie — seraient donc raisonnablement envisagées par les parties aux traités (par. 19-20). L'activité commerciale et l'accès aux ressources protégés par le traité comportent des limites. Les parties ont envisagé l'accès aux types de ressources traditionnellement recueillies dans le cadre de l'économie mi'kmaq pour les besoins du commerce. Ainsi, la ressource et son exploitation, dont les intimés cherchent la protection par traité, doivent avoir raisonnablement été envisagées par les parties. Il ne suffit pas que les intimés démontrent que les Mi'kmaq avaient accès aux ressources forestières et qu'ils les utilisaient au moment de l'entrée en

vigueur des traités. L'accès aux produits forestiers doit être lié à l'utilisation de cette ressource telle que l'avaient envisagée les parties au moment de la conclusion des traités.

117 Pour bénéficier de la protection conférée par les traités de 1760-1761, le commerce des produits forestiers doit constituer l'équivalent moderne ou l'évolution logique de l'utilisation que les Mi'kmaq faisaient des produits forestiers au moment de la conclusion des traités. C'est sur ce fondement que le juge Binnie a conclu à l'existence d'un droit de pêcher du poisson et d'en faire le commerce dans

←*Marshall*→ 1 :

. . . les Mi'kmaq subviennent en partie à leurs besoins en pêchant et en faisant le commerce du poisson (y compris l'anguille), et ce depuis que les Européens ont visité pour la première fois, au 16^e siècle, les côtes du territoire qui est maintenant la Nouvelle-Écosse. [par. 2]

118 Selon les faits des affaires portées en appel, il existe une preuve directe que le commerce des produits forestiers n'était pas envisagé par les parties. La preuve permet aussi de conclure que l'exploitation forestière ne constitue pas l'évolution logique des activités auxquelles s'adonnaient traditionnellement les Mi'kmaq au moment de la conclusion des traités. La preuve n'indique pas que les Mi'kmaq aient vendu du bois, en aient fait le commerce à l'époque des traités, ou que les parties aient envisagé la récolte commerciale des arbres au moment de la conclusion des traités.

119 Les juridictions inférieures ont estimé que, au moment de la conclusion des traités, les Mi'kmaq cueillaient des produits du bois et en faisaient à l'occasion le commerce. Il existe une différence fondamentale entre l'exploitation forestière et l'utilisation que les parties ont dû envisager à l'égard de ces ressources. Il ressort assez clairement de la preuve que les Mi'kmaq et les Britanniques ne faisaient pas le commerce des grumes ou du bois. Ainsi, l'accès aux ressources forestières pour le commerce est limité au type d'activités commerciales qui correspond à l'utilisation des ressources forestières dans le

cadre du mode de vie et de l'économie des Mi'kmaq en 1760-1761.

120 La preuve et les décisions des instances inférieures permettent de conclure que les Mi'kmaq ont recueilli des produits forestiers et ont pu à l'occasion faire le commerce [TRADUCTION] « d'arcs en érable, de flèches en cèdre, de paniers et de canots en écorce de bouleau, de résine d'épinette servant à faire des coutures, de l'épinette servant aux structures de wigwams, de médicaments issus de diverses plantes, de lances, de harpons et de plats » : *R. c. Bernard*, [2000] 3 C.N.L.R. 184, par. 83. Selon le témoignage du chef Augustine, l'histoire orale et les traditions des Mi'kmaq révèlent [TRADUCTION] « [q]u'il existait un commerce des canots, des traîneaux, des moyens de transport [. . .] ce qui comprendrait les raquettes et les traîneaux. Parce que les Britanniques et les Européens voulaient les utiliser pour voyager tout l'hiver sur la glace et la neige » : *Bernard*, par. 82.

121 Aux deux procès, le chef Augustine a admis que les Mi'kmaq n'avaient probablement pas envisagé de faire le commerce des grumes au moment de la conclusion des traités : voir *Bernard*, par. 85, et *←Marshall→*, par. 63. Comme l'a conclu le juge du procès dans *←Marshall→*, [TRADUCTION] « [i]l n'existe aucune preuve que les Mi'kmaq ont vendu du bois ou en ont fait le commerce avant la conclusion des traités, et rien ne permet de croire qu'ils l'ont fait. Ils n'avaient pas besoin de couper des arbres pour leurs propres besoins. [. . .] Les arbres étaient à portée de main et les Européens pouvaient couper leurs propres arbres » : *R. c. ←Marshall→* (2001), 191 N.S.R. (2d) 323, 2001 NSPC 2, par. 92. En outre, la preuve indique que les Mi'kmaq n'auraient pas pu couper de grosses grumes puisqu'ils ne possédaient pas les outils nécessaires à cette fin. Dans *Bernard*, aucun élément de preuve ne laissait croire que les Mi'kmaq avaient déjà récolté et fait le commerce des « grumes » ou du bois, que ce soit avec les Britanniques ou avec les Français. Selon les spécialistes, ce n'est probablement pas avant les années 1780 que les Mi'kmaq ont commencé à s'engager dans l'exploitation forestière et encore, seulement d'une façon limitée dans le cadre des opérations britanniques : *Bernard*, par. 84. Les Mi'kmaq n'ont commencé à récolter les ressources forestières pour en faire le commerce

avec les Britanniques qu'au XIX^e siècle.

122 En outre, certains éléments de preuve soumis aux tribunaux du Nouveau-Brunswick indiquent que l'exploitation forestière peut même avoir *nui* aux activités traditionnelles des Mi'kmaq, telles que la pêche au saumon, au moment de la conclusion des traités ou à cette époque. À propos des récits appartenant à l'histoire orale des Mi'kmaq après 1763, le chef Augustine a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] . . . il s'agissait pour la plupart de récits dans lesquels des Britanniques venaient et coupaient du bois, coupaient de gros arbres et les déplaçaient en empruntant les réseaux hydrographiques, et bloquaient les rivières, je suppose, avec les écorces et les restes des débris provenant de la coupe du bois. Ce qui empêchait le saumon de remonter les rivières . . .

(Interrogatoire principal de Stephen Augustine, mémoire de l'intervenante
l'Association des produits forestiers du Nouveau-Brunswick, p. 41)

Compte tenu de ce témoignage, il y a lieu de douter que le droit d'accès aux ressources forestières à des fins commerciales ait eu pour but l'exploitation des forêts et de semblables ressources.

123 Les tribunaux de première instance ont conclu que le commerce des produits forestiers n'avait pas été envisagé par les parties en 1760. Cette conclusion est compatible avec la preuve présentée au procès. Les parties n'ont pas envisagé l'accès aux ressources forestières pour une utilisation autre que celle du commerce traditionnel des produits fabriqués, tels que des arcs, des flèches, des paniers et des canots.

124 L'exploitation des ressources forestières constitue-t-elle une évolution logique des droits issus des traités? Compte tenu du contexte culturel et historique entourant la conclusion des traités,

interpréter le droit des Mi'kmaq d'accéder aux ressources pour se livrer aux activités commerciales traditionnelles comme s'il s'agissait d'un droit de participer à l'exploitation massive des ressources naturelles aurait pour effet de modifier les conditions du traité et de transformer du tout au tout les droits qu'il confirmait. Par conséquent, le commerce des grumes n'est pas un droit que les traités de 1760-1761 ont conféré aux Mi'kmaq, parce que l'exploitation forestière représente une utilisation fondamentalement différente de celle que les parties auraient envisagée.

125 Le droit de commercer et le droit d'accéder aux ressources à cette fin doivent conserver un lien réel avec l'utilisation traditionnelle des ressources selon le mode de vie et l'économie des Mi'kmaq en 1760. Je conclus que la preuve appuie la conclusion de la Juge en chef selon laquelle l'exploitation forestière n'avait pas été envisagée par les parties et ne procédait pas de l'évolution logique des droits conférés par le traité aux Mi'kmaq.

III. Titre aborigène

126 Le critère permettant d'établir l'existence d'un titre aborigène énoncé dans les motifs de la Juge en chef n'exclue pas la possibilité que des peuples semi-nomades puissent établir l'existence de ce titre, mais il peut s'avérer fondamentalement incompatible avec un mode de vie nomade ou semi-nomade. Ce critère pourrait bien équivaloir à un refus d'admettre qu'un titre aborigène puisse avoir été créé par ces modes d'occupation ou d'utilisation nomades ou semi-nomades. Le mode de vie nomade pourrait avoir donné naissance à certains droits spécifiques exercés à des endroits précis ou à l'intérieur de territoires identifiables, mais jamais à un rapport avec le territoire lui-même en l'absence d'une preuve d'utilisation intensive et régulière du territoire.

127 À mon avis, il faudrait recourir à des conceptions autochtones de territorialité, d'utilisation du territoire et de propriété pour modifier et adapter les notions traditionnelles de propriété en common

law afin d'élaborer une norme d'occupation qui intègre les perspectives autochtones et de common law. Autrement, nous pourrions adhérer implicitement à la thèse selon laquelle les peuples autochtones ne possédaient aucun droit sur le sol avant l'affirmation de la souveraineté parce que leurs notions de propriété ou d'utilisation du territoire ne correspondaient pas aux conceptions eurocentriques du droit de propriété. Voir S. Hepburn, « Feudal Tenure and Native Title : Revising an Enduring Fiction » (2005), 27 *Sydney L. Rev.* 49.

128 Il est très difficile d'intégrer les conceptions autochtones en matière de biens et de droit de propriété aux concepts modernes du droit des biens des régimes de droit civil et de common law, où la terre est considérée comme une monnaie d'échange de l'économie. Le titre aborigène a été reconnu par la common law et il tire en partie sa définition de la common law, mais il repose sur les lois coutumières autochtones relatives au territoire. La nature de ce droit relève des notions juridiques de la propriété dérivées à la fois des traditions de droit autochtones et européennes : [TRADUCTION] « [i]l s'agit de concilier les traditions juridiques indigènes et non indigènes en tenant compte du point de vue autochtone sur le sens du droit en jeu » (J. Borrows, « Creating an Indigenous Legal Community » (2005), 50 *R.D. McGill* 153, p. 173).

129 À maintes occasions, la Cour a expliqué que le titre aborigène constitue un droit foncier *sui generis*. Une des dimensions du caractère *sui generis* du titre aborigène qui revêt un intérêt particulier pour les questions soulevées dans le présent pourvoi est celle de son origine. Comme tous les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le titre aborigène découle de la possession antérieure du territoire et de l'organisation sociale et des cultures distinctives antérieures du peuple autochtone habitant ce territoire (*R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 74, cité dans *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 141). Il provient de « l'occupation antérieure du Canada par les peuples autochtones » et du « rapport entre la common law et les régimes juridiques autochtones préexistants » (*Delgamuukw*, par. 114). La nécessité de concilier cette occupation antérieure avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne est confirmée dans

Delgamuukw lorsque le juge en chef Lamer affirme, à propos du titre aborigène en common law, qu'« il est impossible d'expliquer entièrement ses caractéristiques en fonction soit des règles du droit des biens en common law soit des règles relatives à la propriété prévues par les régimes juridiques autochtones. Tout comme d'autres droits ancestraux, le titre aborigène doit être défini en tenant compte à la fois de la common law et du point de vue des autochtones » (par. 112). La Cour doit tenir également compte de la common law et du point de vue des autochtones. Une analyse visant à concilier les perspectives autochtones et européennes ne peut distinguer entre les modes d'utilisation ou d'occupation nomades et sédentaires. Ces deux modes suffiraient à créer, entre le territoire et les Premières Nations, le lien qui est au cœur du titre aborigène.

130 Le rôle du point de vue autochtone ne se limite pas à faciliter l'interprétation des pratiques autochtones dans le but de déterminer si celles-ci sont compatibles avec les concepts de la common law en matière de titre. Le point de vue autochtone façonne la notion même du titre aborigène. [TRADUCTION] « Le droit autochtone ne doit pas être simplement considéré comme la preuve que les peuples autochtones ont fait dans le passé quelque chose sur un certain territoire. Il s'agit plus que d'une preuve : il s'agit véritablement de droit. Ainsi, il devrait y avoir une façon d'intégrer au processus décisionnel ces règles de droit qui découlent des normes invoquées par les peuples autochtones devant le tribunal » (Borrows, p. 173). À cet égard, le juge Cromwell de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a examiné la notion d'occupation et l'a précisée en vue de concilier le point de vue autochtone et la common law en matière de droit de propriété : *R. c. ←**Marshall**→* (2003), 218 N.S.R. (2d) 78, 2003 NSCA 105, par. 153-156. Il a tenté de tenir compte des différents modes d'utilisation du territoire par les Premières Nations dans le but d'effectuer une transposition juridique du point de vue et de l'expérience autochtones dans les principes du droit des biens. Le juge est resté à l'intérieur du cadre de cette partie du droit, tout en respectant la souplesse traditionnelle de la common law qui permet à cette dernière de rapprocher des perspectives culturelles fort distinctes quant au rapport qu'entretiennent des peuples différents avec leur territoire.

131

En common law, l'occupation physique fait preuve de la possession. Cette notion explique la théorie de common law sous-jacente à la reconnaissance du titre aborigène qu'a exposée le Juge en chef au par. 39 : « un groupe autochtone qui occupait un territoire au moment de l'affirmation de la souveraineté européenne et qui n'a jamais cédé ou autrement perdu son droit sur ce territoire continue de détenir un titre sur celui-ci ». Si le titre aborigène est un droit issu de l'occupation et de la possession historiques du territoire par les peuples autochtones, alors les notions et les principes du droit de propriété ne peuvent être élaborés exclusivement à partir des concepts de la common law. Les modes et la nature de l'occupation autochtone du territoire devraient servir à définir la norme nécessaire pour établir le titre aborigène. La notion de common law selon laquelle « l'occupation physique prouve la possession » demeure, mais la nature de l'occupation se définit en fonction d'un point de vue autochtone, qui comprend une histoire de modes d'occupation nomades ou semi-nomades.

132

Au moment de l'affirmation de la souveraineté britannique, la Couronne ne considérait pas l'Amérique du Nord comme *res nullius*. La jurisprudence de la Cour a d'ailleurs reconnu l'existence factuelle et juridique de l'occupation autochtone antérieure à l'affirmation de la souveraineté. Dans *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, le juge Judson a écrit que « lorsque les colons sont arrivés, les Indiens étaient déjà là, ils étaient organisés en sociétés et occupaient les terres comme leurs ancêtres l'avaient fait depuis des siècles » (p. 328). Le juge Hall, dissident, a aussi conclu que les traditions juridiques aborigènes existaient avant l'affirmation de la souveraineté par la Couronne et a reconnu l'existence de notions aborigènes de propriété « propres à leur culture, et pouvant être énoncées en termes de common law » (p. 375).

133

La *Proclamation royale* de 1763 atteste la reconnaissance par les Britanniques des modes autochtones de possession du territoire. Comme le signale le juge La Forest dans *Delgamuukw*, les vastes étendues de territoire réservées pour l'usage des groupes autochtones n'étaient pas limitées aux villages ou aux établissements permanents (par. 200). De même, les traités Robinson, les traités

numérotés, de même que l'ensemble du système des traités n'ont pas reconnu officiellement l'existence du titre aborigène, mais témoignent néanmoins de la reconnaissance par la Couronne de l'existence de certains droits fonciers possédés par les peuples autochtones, même si, à l'époque, bon nombre de ces peuples étaient nomades. L'affirmation de la souveraineté par la Couronne n'a pas porté atteinte aux droits d'occupation et de possession des Autochtones. Dans *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33, la juge en chef McLachlin, s'exprimant au nom de la majorité, a écrit ce qui suit :

En conséquence, l'établissement des Européens n'a pas mis fin aux intérêts des peuples autochtones qui découlaient de leur occupation et de leur utilisation historiques du territoire. Au contraire, les intérêts et les lois coutumières autochtones étaient présumés survivre à l'affirmation de souveraineté, et ont été incorporés dans la common law en tant que droits, sauf si : (1) ils étaient incompatibles avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne; (2) ils avaient été cédés volontairement par traité; ou (3) le gouvernement les avait éteints : voir B. Slattery, « Understanding Aboriginal Rights » (1987), 66 *R. du B. can.* 727. [par. 10]

134 On ne saurait faire abstraction des peuples nomades et de leurs modes d'occupation du territoire lorsqu'il s'agit de définir la notion de titre aborigène sur un territoire au Canada. [TRADUCTION]
« La conséquence naturelle et inévitable du rejet de cette vaste *terra nullius* ne réside pas simplement dans la reconnaissance de ses occupants autochtones, mais également dans l'acceptation de la validité de leur possession et de leur titre antérieurs » (Hepburn, p. 79). Le défaut de prise en compte de leur rapport particulier avec le territoire revient à adopter la théorie voulant qu'avant l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, le Canada n'était pas occupé. Cette façon de voir est manifestement inacceptable et inconciliable avec le fait que la Couronne a reconnu que les peuples autochtones possédaient le territoire au moment de l'affirmation de la souveraineté par la Couronne. Le titre aborigène témoigne de cette utilisation et de cette occupation antérieures des territoires par les

Autochtones, de leur rapport avec les territoires et de leurs lois coutumières en matière de droit de propriété. L'intérêt autochtone dans le territoire grève le titre sous-jacent de la Couronne.

135 Cette réserve ou charge grevant le titre de la Couronne a été qualifiée d'usufruit. La notion d'un usufruit détenu par une collectivité sur un territoire a été employée pour la première fois par cette Cour dans *St. Catharines Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1887), 13 R.C.S. 577. Le juge en chef Ritchie a eu recours à cette analogie pour expliquer le rapport entre les intérêts de la Couronne et ceux des Autochtones dans le territoire. La notion d'usufruit est utile en ce qu'elle s'appuie sur un démembrement du droit de propriété entre un propriétaire et un usufruitier. Un titre usufruitaire sur toutes les terres non cédées est considéré comme une protection de l'utilisation et de la jouissance absolue de leur territoire par les peuples autochtones.

136 S'il est reconnu que cette forme de *dominium utile* appartient aux peuples autochtones et que le *dominium directum* relève de la Couronne, il semble donc normal d'inférer que le critère permettant d'établir le titre aborigène ne peut simplement refléter les notions de la common law relatives au droit des biens et de la propriété. La nature et le mode d'utilisation du territoire qui pourront éventuellement fonder une revendication de titre varieront, et sont peut-être aussi différents que les peuples autochtones qui possédaient le territoire antérieurement à l'affirmation de la souveraineté. Le fait qu'un secteur du territoire était utilisé pour la chasse plutôt que pour l'agriculture ne signifie pas que le groupe ne possédait pas le territoire d'une façon qui lui permette d'acquérir un titre aborigène. Prendre en compte le point de vue autochtone sur l'occupation du territoire signifie que l'occupation physique, telle que la conçoit la common law moderne, ne représente pas le critère déterminant. Le rapport qu'entretient le groupe avec le territoire prévaut. L'imposition de concepts et de critères rigides équivaut à passer outre aux pratiques sociales et culturelles autochtones qui peuvent témoigner de l'importance du territoire pour le groupe revendiquant le titre. Le simple fait que le groupe s'est déplacé à l'intérieur de son territoire et n'a pas cultivé la terre ne devrait rien enlever à sa revendication de titre.

137 La norme de preuve requise pour fonder une revendication doit donc refléter les modes d'occupation du territoire antérieurs à l'affirmation de la souveraineté britannique. Si la présence d'un groupe autochtone sur le territoire au moment de l'affirmation de la souveraineté est à l'origine du titre aborigène et explique pourquoi le titre sous-jacent de la Couronne est grevé, alors les modes d'utilisation antérieurs à l'affirmation de la souveraineté deviennent fort pertinents à la question de l'occupation.

138 Comme je l'ai expliqué, le principe de la common law voulant que l'« occupation fait preuve de la possession en droit » permet d'affirmer que le demandeur doit démontrer l'occupation physique du territoire revendiqué. Dans le contexte des revendications relatives au titre aborigène, le fait physique de la sédentarité et de l'occupation continue n'est que l'une des sources du titre. Selon le juge en chef Lamer dans *Delgamuukw*, le titre aborigène accorde une protection juridique aux modes historiques d'occupation en reconnaissance de l'importance du rapport qu'une collectivité autochtone entretient avec ses terres (par. 126). Au paragraphe 128, il explique ce qui suit :

. . . l'un des éléments fondamentaux qui permettent de déterminer si un groupe autochtone donné possède un titre aborigène sur certaines terres est la question de l'occupation de celles-ci. L'occupation est définie en fonction des activités qui ont été exercées sur les terres et des utilisations qui ont été faites de celles-ci par le groupe en question. Si des terres font l'objet d'une telle occupation, il existera entre ce groupe et les terres visées un lien spécial tel que les terres feront partie intégrante de la définition de la culture distinctive du groupe.

L'analyse de la question a été élaborée davantage dans les motifs du juge La Forest :

Comme il a été mentionné plus tôt, le tribunal qui examine la revendication d'un « titre aborigène » se demande principalement si l'occupation et l'utilisation des

terres visées faisaient partie du mode de vie traditionnel de la société autochtone concernée. En pratique, cela veut dire qu'il doit se demander de quelle manière les membres de la société utilisaient les terres visées pour vivre, c'est-à-dire pour y établir des villages, pour y travailler, pour se rendre à leur travail, pour y chasser, pour se rendre à leurs territoires de chasse, pour y pêcher, pour se rendre à leurs sites de pêche, pour y accomplir des cérémonies religieuses et pour d'autres fins. [Soulignements omis; par. 194.]

Et plus loin, il a affirmé ce qui suit :

Comme il a été suggéré plus tôt, la notion d'occupation d'un territoire par des autochtones ne s'entend pas seulement de la présence de peuples autochtones dans des villages ou des établissements permanents. Est également visée par cette notion l'utilisation de terres adjacentes et même de territoires éloignés dans le cadre d'un mode de vie traditionnel. Vue sous cet angle, l'occupation constitue un aspect de la culture autochtone . . . [par. 199]

Si un tribunal doit prendre en compte le point de vue autochtone, alors il ne doit pas confondre l'exigence d'occupation avec une notion de possession en common law identifiée à un fief simple. Au contraire, la preuve du titre aborigène est liée à la manière dont le groupe autochtone a utilisé et occupé le territoire avant l'affirmation de la souveraineté.

139 Le point de vue des Autochtones concernant l'occupation de leur territoire peut aussi être dégagé, en partie mais pas exclusivement, des régimes juridiques autochtones qui existaient avant l'affirmation de la souveraineté. Les règles de droit pertinentes sont des éléments des coutumes, pratiques et traditions des peuples autochtones et elles pourraient inclure un régime de tenure foncière ou des règles régissant l'utilisation des terres.

Dans *Delgamuukw*, le juge en chef Lamer a reconnu avoir dit dans *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, que le bien-fondé de la revendication d'un titre est établi lorsqu'un groupe peut démontrer « que le rapport qu'il entretient avec le territoire [. . .] avait, pour sa culture distinctive, une importance fondamentale » (*Adams*, par. 26). Il a conclu que cette exigence, bien qu'elle demeure un aspect fondamental du critère de détermination de l'existence des droits ancestraux en général, est subsumée par l'exigence d'occupation que prévoit le critère relatif au titre aborigène. Cela démontre que, dans l'examen du degré d'occupation suffisant pour établir l'existence d'un titre, il faut tenir compte du fait que le titre aborigène repose en définitive sur l'idée que la terre ou le territoire en cause avait, pour la culture du groupe autochtone, une importance fondamentale. La preuve de l'occupation devrait donc être établie, non pas par une preuve d'utilisation intensive et régulière du territoire, mais à l'aide des éléments des traditions et de la culture du groupe qui le relie à la terre. De cette façon, l'intensité de l'utilisation est liée non seulement aux notions de possession en common law, mais aussi au point de vue autochtone.

Le dossier présenté aux juridictions inférieures n'offre pas le fondement probatoire nécessaire pour tirer des conclusions de droit sur la question du titre aborigène à l'égard des sites de coupe situés en Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick et de ce fait, les intimés aux présents pourvois n'ont pas réussi à établir de manière suffisante le bien-fondé de leur revendication de titre. Dans les circonstances, je ne veux pas laisser entendre que cette décision tranche de façon définitive la question des droits au titre aborigène en Nouvelle-Écosse ou au Nouveau-Brunswick. Une décision définitive ne devrait être prise que s'il existe un fondement probatoire adéquat qui traite pleinement le dossier aux points de vue juridique et historique. Les problèmes de preuve peuvent être le reflet de la voie particulière empruntée pour saisir les tribunaux de ces questions constitutionnelles.

IV. Procédures sommaires

142 Bien qu'un grand nombre des affaires de droits ancestraux qui se sont retrouvées devant cette Cour aient été introduites par voie de procédures sommaires, il me paraît évident que nous devrions reconsidérer l'opportunité de débattre les questions de traité autochtone, de droits ancestraux et de titre aborigène dans le contexte de procès criminels. Les questions sur lesquelles il est statué dans le cadre de ces affaires ont bien peu à voir avec la conduite criminelle de l'accusé; il s'agit plutôt de revendications qu'il conviendrait de traiter dans le cadre d'actions déclaratoires de nature civile. Les problèmes de procédure et de preuve inhérents à l'examen des revendications autochtones découlent non seulement des règles de preuve, de l'interprétation de la preuve et des conséquences des charges de présentation de la preuve qui s'appliquent, mais également de la portée de l'examen, en appel, des conclusions de fait tirées par le juge du procès. Ces revendications peuvent également influencer sur les droits et les intérêts concurrents d'un certain nombre de tiers qui pourraient avoir le droit d'être entendus à toutes les étapes du processus. En outre, des difficultés particulières surgissent s'il s'agit de statuer sur des revendications générales portant sur des droits relatifs à un titre ou issus d'un traité, lorsque ces revendications visent des zones géographiques qui ne se limitent pas aux lieux spécifiques aux accusations criminelles.

143 Il fait peu de doute que les questions de droit à trancher dans le cadre des revendications de droits ancestraux sont beaucoup plus vastes que l'accusation criminelle elle-même, et que le processus pénal n'est ni adéquat ni approprié pour l'examen de ces revendications. Je signale que le juge Robertson de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a soulevé un certain nombre de préoccupations pour appuyer son opinion selon laquelle les procédures sommaires ne favorisent pas le prononcé de décisions équitables en matière de revendications de titre aborigène : *R. c. Bernard* (2003), 262 R.N.-B. (2^e) 1, 2003 NBCA 55, par. 450-460. Voir aussi les motifs du juge Daigle, par. 210.

144 La question du titre aborigène et de l'accès aux ressources au Nouveau-Brunswick et en Nouvelle-Écosse constitue un problème complexe d'une grande importance pour l'ensemble des

résidents et des collectivités de ces provinces. Le sort de ces questions mérite que l'on procède à un examen minutieux et tous les intéressés devraient pouvoir participer au débat ou aux négociations. Ainsi, lorsque des questions de titre aborigène ou d'autres revendications de droits ancestraux sont soulevées dans le cadre de procédures sommaires, il pourrait être plus avantageux, pour toutes les personnes concernées, de demander la suspension temporaire des accusations afin de permettre que la revendication autochtone soit régulièrement débattue devant les tribunaux civils. Une fois tranchée la revendication des droits ancestraux sur la région en cause, le ministère public pourrait alors décider de l'opportunité de poursuivre les accusations criminelles.

V. Dispositif

145 Pour ces motifs, je suis d'avis de souscrire au dispositif proposé par ma collègue, d'accueillir les pourvois, de rejeter le pourvoi incident dans **←Marshall→** et de rétablir les déclarations de culpabilité.

ANNEXE

Proclamation royale de 1763

Attendu que Nous avons accordé Notre considération royale aux riches et considérables acquisitions d'Amérique assurées à Notre couronne par le dernier traité de paix définitif, conclu à Paris, le 10 février dernier et désirant faire bénéficier avec tout l'empressement désirable Nos sujets bien-aimés, aussi bien ceux du royaume que ceux de Nos colonies en Amérique, des grands profits et avantages qu'ils peuvent en retirer pour le commerce, les manufactures et la navigation, Nous avons cru opportun, de l'avis de Notre Conseil privé, de publier Notre présente proclamation royale pour annoncer et déclarer à tous Nos sujets bien-aimés que Nous avons, de l'avis de Notre-dit Conseil privé, par Nos lettres patentes sous le grand sceau de la Grande-Bretagne, établi dans les contrées et les îles qui Nous ont été cédées et assurées par ledit traité, quatre gouvernements séparés et distincts, savoir : ceux de Québec, de la Floride Orientale, de la Floride Occidentale et de Grenade, dont les bornes sont données ci-après.

...

Nous avons aussi, de l'avis de Notre Conseil privé, cru opportun d'annexer l'île Saint-Jean et l'île du Cap-Breton ou île Royale, ainsi que les îles de moindre dimension situées dans leurs environs, au gouvernement de la Nouvelle-Écosse.

Attendu qu'il est juste, raisonnable et essentiel pour Notre intérêt et la sécurité de Nos colonies de prendre des mesures pour assurer aux nations ou tribus sauvages qui sont en relations avec Nous et qui vivent sous Notre protection, la possession entière et paisible des parties de Nos possessions et territoires qui ont été ni concédées ni achetées et ont été réservées pour ces tribus ou quelques-unes d'entre elles comme territoires de chasse, Nous déclarons par conséquent de l'avis de Notre Conseil privé, que c'est Notre volonté et Notre plaisir et nous enjoignons à tout gouverneur et à tout commandant en chef de Nos colonies de Québec, de la Floride Orientale et de la Floride Occidentale, de n'accorder sous aucun prétexte des permis d'arpentage ni aucun titre de propriété sur les terres situées au-delà des limites de leur gouvernement respectif, conformément à la délimitation contenue dans leur commission. Nous enjoignons pour la même raison à tout gouverneur et à tout commandant en chef de toutes Nos autres colonies ou de Nos autres plantations en Amérique, de n'accorder présentement et jusqu'à ce que Nous ayons fait connaître Nos intentions futures, aucun permis d'arpentage ni aucun titre de propriété sur les terres situées au-delà de la tête ou source de toutes les rivières qui vont de l'ouest et du nord-ouest se jeter dans l'océan Atlantique ni sur celles qui ont été ni cédées ni achetées par Nous, tel que susmentionné, et ont été réservées pour les tribus sauvages susdites ou quelques-unes d'entre elles.

Nous déclarons de plus que c'est Notre plaisir royal ainsi que Notre volonté de réserver pour le présent, sous Notre souveraineté, Notre protection et Notre autorité, pour l'usage desdits sauvages, toutes les terres et tous les territoires non compris dans les limites de Nos trois gouvernements ni dans les limites du territoire concédé à la Compagnie de la baie d'Hudson, ainsi que toutes les terres et tous les territoires situés à l'ouest des sources des rivières qui de l'ouest et du nord-ouest vont se jeter dans la mer.

Nous défendons aussi strictement par la présente à tous Nos sujets, sous peine de s'attirer Notre déplaisir, d'acheter ou posséder aucune terre ci-dessus réservée, ou d'y former aucun établissement, sans avoir au préalable obtenu Notre permission spéciale et une licence à ce sujet.

Et Nous enjoignons et ordonnons strictement à tous ceux qui en connaissance de cause ou par inadvertance, se sont établis sur des terres situées dans les limites des contrées décrites ci-dessus ou sur toute autre terre qui n'ayant pas été cédée ou achetée par Nous se trouve également réservée pour lesdits sauvages, de quitter immédiatement leurs établissements.

Attendu qu'il s'est commis des fraudes et des abus dans les achats de terres des sauvages au préjudice de Nos intérêts et au grand mécontentement de ces derniers, et afin d'empêcher qu'il ne se commette de telles irrégularités à l'avenir et de convaincre les sauvages de Notre esprit de justice et de Notre résolution bien arrêtée de faire disparaître tout sujet de mécontentement, Nous déclarons de l'avis de Notre Conseil privé, qu'il est strictement défendu à qui que ce soit d'acheter aux sauvages des terres qui leur sont réservées dans les parties de Nos colonies, où Nous avons cru à propos de permettre des établissements; cependant si quelques-uns des sauvages, un jour ou l'autre, devenaient enclins à se départir desdites terres, elles ne pourront être achetées que pour Nous, en Notre nom, à une réunion publique ou à une assemblée des sauvages qui devra être convoquée à cette fin par le gouverneur ou le commandant en chef de la colonie, dans laquelle elles se trouvent situées; en outre, si ces terres sont situées dans les limites de territoires administrés par leurs propriétaires, elles ne seront alors achetées que pour l'usage et au nom des propriétaires, conformément aux directions et aux instructions que Nous croirons ou qu'ils croiront à propos de donner à ce sujet; de plus Nous déclarons et signifions de l'avis de Notre Conseil privé que Nous accordons à tous Nos sujets le privilège de commerce ouvert et libre, à condition que tous ceux qui auront l'intention de commercer avec lesdits sauvages se munissent de licence à cette fin, du gouverneur ou du commandant en chef de celle de

Nos colonies dans laquelle ils résident, et qu'ils fournissent des garanties d'observer les règlements que Nous croirons en tout temps, à propos d'imposer Nous-même ou par l'intermédiaire de Nos commissaires nommés à cette fin, en vue d'assurer le progrès dudit commerce.

Nous autorisons par la présente les gouverneurs et les commandants en chef de toutes Nos colonies respectivement, aussi bien ceux qui relèvent de Notre autorité immédiate que ceux qui relèvent de l'autorité et de la direction des propriétaires, d'accorder ces licences gratuitement sans omettre d'y insérer une condition par laquelle toute licence sera déclarée nulle et la protection qu'elle confèrera enlevée, si le porteur refuse ou néglige d'observer les règlements que Nous croirons à propos de prescrire. Et de plus Nous ordonnons et enjoignons à tous les officiers militaires et à ceux chargés de l'administration et de la direction des affaires des sauvages, dans les limites des territoires réservés à l'usage desdits sauvages, de saisir et d'arrêter tous ceux sur qui pèsera une accusation de trahison, de non-révélation d'attentat, de meurtre, de félonie ou de délits de tout genre et qui, pour échapper aux atteintes de la justice, auront cherché un refuge dans lesdits territoires, et de les renvoyer sous bonne escorte dans la colonie où le crime dont ils seront accusés aura été commis et pour lequel ils devront subir leur procès.

Pourvois accueillis et pourvoi incident dans ◀Marshall▶ rejeté.

Procureur de l'appelante/intimée au pourvoi incident dans ◀Marshall▶ et de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : Ministère de la Justice, Halifax.

Procureur de l'appelante dans Bernard et de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureurs des intimés/appelants au pourvoi incident dans ◀Marshall▶ et de l'intimé dans Bernard : Bruce H. Wildsmith et Eric A. Zscheile, Barss Corner (Nouvelle-Écosse).

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Ministère de la Justice, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Ministère du Procureur général, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Procureurs de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Hunter Voith Litigation Counsel, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Alberta Justice, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador : Ministère de la Justice, St. John's.

Procureurs de l'intervenante Forest Products Association of Nova Scotia : McInnes Cooper, Halifax.

Procureurs des intervenants Keptin John Joe Sark et Keptin Frank Nevin (du Grand Conseil Mi'kmaq), Native Council of Nova Scotia et New Brunswick Aboriginal Peoples Council : Burchell Hayman Parish, Halifax.

Procureurs de l'intervenant le Congrès des peuples autochtones : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto; Joseph E. Magnet, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Pitblado, Winnipeg.

Procureurs des intervenantes la Bande indienne de Songhees, la Première nation de Malahat, la Première nation des T'Sou-ke, la Première nation de Snaw-naw-as (Nanoose) et la Bande indienne de Beecher Bay (collectivement appelées les Nations des Te'mexw) : Cook Roberts, Victoria.

Procureur de l'intervenante Union of New Brunswick Indians : Daniel R. Theriault, Fredericton.

Procureurs de l'intervenante l'Association des produits forestiers du Nouveau-Brunswick : Osler Hoskin & Harcourt, Toronto.