

LE TITRE ABORIGÈNE COMME MOYEN DE DÉFENSE À DES ACCUSATIONS PÉNALES

Paul Dionne

Volume 34, Number 2, 2004

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1082280ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1082280ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Recherches amérindiennes au Québec

ISSN

0318-4137 (print)

1923-5151 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this document

Dionne, P. (2004). LE TITRE ABORIGÈNE COMME MOYEN DE DÉFENSE À DES
ACCUSATIONS PÉNALES. *Recherches amérindiennes au Québec*, 34(2), 92–94.
<https://doi.org/10.7202/1082280ar>

LE TITRE ABORIGÈNE COMME MOYEN DE DÉFENSE À DES ACCUSATIONS PÉNALES

Paul Dionne, avocat

LA COUR SUPRÊME DU CANADA entendra bientôt les appels de Joshua Bernard et de Stephen Frederick Marshall. Il s'agit d'affaires où, au terme d'un procès sommaire, des Indiens mi'gmaq du Nouveau-Brunswick et de la Nouvelle-Écosse ont été reconnus coupables d'avoir coupé, enlevé et eu en leur possession, sans permis, des arbres provenant des terres de la Couronne. La date d'audition en Cour suprême a été fixée provisoirement au 15 janvier 2005.

Au procès, les accusés ont fait valoir leurs droits issus de traité et leurs droits ancestraux. Dans *Bernard*, ils ont plaidé qu'en vertu du traité Miramichi du 25 juin 1761 ou de leur titre aborigène, ils avaient le droit de récolter et de vendre du bois pris sur les terres de la Couronne pour s'assurer une « subsistance convenable ». Dans *Marshall*, ils ont plaidé qu'en vertu des traités de 1760-61 ou de leur titre aborigène, ils avaient le droit de récolter et de vendre les ressources de la forêt.

Sur division, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a reconnu aux accusés un droit issu de traité et les a acquittés. Le juge Daigle, l'un des deux juges majoritaires, a aussi reconnu aux Mi'gmaq le titre aborigène revendiqué par les accusés, en affirmant que rien ne s'opposait à ce que les Mi'gmaq possèdent un droit de récolte forestière à la fois comme partie de leur titre aborigène et comme droit issu de traité (R. c. *Bernard* [2003] 4 C.N.L.R. 48, par. 6). Le juge Robertson, en revanche, tout en souscrivant aux conclusions de son collègue sur la question du droit issu de traité, a préféré ne pas aborder l'argument fondé sur le titre aborigène (*Bernard*, *supra*, par. 312 et 329). Sa réticence tenait à l'injustice pour l'État et les tiers qui, selon lui, pourrait résulter d'un jugement reconnaissant le titre aborigène dans le cadre d'un procès pénal. Un tel procès, en effet, ne concerne que la culpabilité ou l'innocence de l'accusé.

La procédure qui le sous-tend ne prévoit donc ni l'intervention de tiers, ni l'échange de plaidoiries, ni les procédures spéciales d'administration de la preuve qu'on retrouve dans les procès civils. Le juge Robertson estimait que pour ces raisons, une cour pénale n'avait pas compétence pour accorder aux accusés la déclaration générale de titre aborigène qui leur échoirait indirectement si leur argument était accueilli (*Bernard*, par. 314-329). Pour sa part, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a implicitement admis le titre aborigène comme moyen de défense dans un procès pénal, puisqu'elle a unanimement ordonné un nouveau procès tant sur la question du droit issu de traité que sur la question du titre aborigène, tout en signalant et corrigeant les erreurs des cours inférieures sur la preuve et les critères d'occupation requis pour établir le titre aborigène (R. c. *Marshall*, [2004] 1 C.N.L.R. 211).

Ce sont ces jugements des cours d'appel du Nouveau-Brunswick et de la Nouvelle-Écosse qui feront l'objet d'un appel à la Cour suprême le 15 janvier prochain. Il est à prévoir qu'avant même d'examiner le raisonnement serré des deux (2) cours d'appel provinciales sur la preuve et les critères d'occupation requis pour établir le titre aborigène, la Cour suprême voudra, à la lumière de l'exigence de « caractérisation », vérifier si le titre aborigène peut être utilisé comme moyen de défense à des accusations pénales.

L'EXIGENCE

DE « CARACTÉRISATION »

C'est dans le cadre d'affaires pénales que la Cour suprême du Canada a construit, dans les années 90, un cadre d'analyse pour servir aux litiges portant sur les droits ancestraux et issus de traités visés au paragraphe 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* (R. c. *Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; R. c. *Van Der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507). Ce cadre d'analyse comporte quatre (4) étapes – la définition, l'extinction, l'atteinte et la justification – qui se subdivisent à leur tour en deux (2) ou plusieurs volets. À l'étape initiale de la définition, le tribunal doit d'abord « caractériser » ou circonscrire le droit ancestral ou issu de traité revendiqué, en fonction notamment de la nature de l'acte reproché, de la loi ou de la mesure gouvernementale contestée et de la coutume, pratique ou tradition invoquée (*Van Der Peet*, *supra*, par. 53).

En pratique, la Cour suprême n'a pas hésité à modifier la caractérisation du droit revendiqué, et la plupart du temps elle l'a fait pour en restreindre l'envergure plutôt que pour l'élargir. Voici quelques exemples. Dans l'arrêt *Pamajewon*, elle a ramené la revendication pure et simple du droit à l'autonomie gouvernementale, avancée par les autochtones, à une revendication plus modeste de « droit de participer à des activités de jeux de hasard dans leur réserve respective et de réglementer ces activités » (R. c. *Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821, par. 26-27). Dans les arrêts *Adams* et *Côté*, elle a écarté la revendication de « titre aborigène » examinée par les tribunaux inférieurs, pour ne retenir qu'une revendication du droit de pêcher en un lieu précis pour se nourrir (R. c. *Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, par. 35-36; R. c. *Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 55-57). Dans l'arrêt *Marshall no. 1* – une affaire de droits issus de traité – elle a redéfini le droit de chasse, pêche et cueillette au soutien d'un droit de commercer, en un droit plus limité de chasse, pêche et piégeage pour commercer « en vue de se procurer une subsistance convenable » (R. c. *Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 7 et 57 ss). Enfin, dans l'arrêt *Mitchell* – une affaire civile – elle a cette fois-ci élargi la portée du droit revendiqué en le qualifiant de « droit de traverser le fleuve St-Laurent – c'est-à-dire la frontière entre le Canada et les États-Unis – avec des marchandises à des fins commerciales » (*Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, par. 14-25). Remarquant que le demandeur Mitchell avait graduellement atténué sa revendication en fonction des jugements des cours inférieures, jusqu'à la définir finalement comme « le droit d'entrer au Canada en provenance des États-Unis avec des marchandises d'usage personnel et communautaire sans acquitter de droits de douane, et le droit d'en faire le commerce avec d'autres Premières nations au Québec et en Ontario », la Cour suprême a indiqué que le droit revendiqué ne devait pas être étendu ou restreint artificiellement, ni être « déformé en fonction du résultat désiré » (*Mitchell*, par. 15-22).

À première vue, il ne manque donc pas de précédents sur lesquels la Cour suprême pourrait s'appuyer si elle désirait, d'entrée de jeu, « recaractériser » le titre aborigène revendiqué par les Mi'gmaq dans les affaires *Bernard* et *Mitchell*. Si elle a écarté une revendication du droit à l'autonomie gouvernementale

pour n'en retenir que la manifestation pertinente au regard des dispositions du *Code criminel* (*Pamajewon, supra*, par. 26-27), pourquoi ne pourrait-elle pas écarter le titre aborigène revendiqué par les Mi'gmaq pour n'en retenir que l'usage pertinent qui s'y rattache, en l'occurrence la coupe d'arbres à des fins précises en un lieu précis? Pour être acquittés, les Mi'gmaq devaient alors démontrer que la coupe commerciale sur les lieux mêmes de l'infraction présumée faisait partie intégrante de leurs coutumes, pratiques ou tradition à l'époque du contact avec les Européens (*Van Der Peet, supra*, par. 46).

La Cour suprême sera certainement tentée par cette option. Après tout, les préoccupations soulevées par le juge Robertson dans l'arrêt *Bernard* sont sérieuses. Par contre, un accusé a le droit strict de faire valoir tous les moyens légaux pour contrer une accusation pénale, et le titre aborigène est l'un d'eux. En outre, le titre aborigène constitue un droit uniforme dont les manifestations ne constituent pas des droits autonomes, et il échappe à notre avis à l'exigence de caractérisation.

LES CARACTÉRISTIQUES DU TITRE ABORIGÈNE

Jusqu'à ce que la Cour suprême tranche le débat, deux théories s'affrontaient quant à la nature du titre aborigène. Comme la Cour suprême avait déjà confirmé l'existence de « droits ancestraux-activités » (c'est-à-dire de droits permettant d'exercer des activités précises, à des fins précises, généralement en des lieux précis) – protégés par la *Loi constitutionnelle de 1982* –, la Couronne prétendait que le titre aborigène constituait un faisceau de droits sans contenu indépendant, autorisant l'exercice de droits ancestraux-activités. Les peuples autochtones affirmaient pour leur part que le titre aborigène équivalait à un droit de propriété inaliénable, qui leur conférait le droit d'utiliser les terres à leur guise. La Cour suprême a choisi une voie intermédiaire. Elle a décidé que le titre aborigène était un droit autonome, qu'il conférait le droit au territoire lui-même – y compris le droit d'y exercer toutes sortes d'activités, reliées ou non aux coutumes, pratiques ou traditions ancestrales – sous la seule réserve de respecter le lien intrinsèque qui unit les autochtones au territoire (*Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 110-117 et 138). Par

conséquent, le titre aborigène ne constitue pas un « faisceau » de « droits ancestraux-activités ». Toutes les activités, tous les usages permis en vertu du titre aborigène sont eux-mêmes qualifiés de « parasites » du titre et n'ont pas d'existence et de contenu indépendants par rapport à ce dernier (*Delgamuukw, supra*, par. 111; *Bernard, supra*, par. 36 (J. Daigle)).

Pour être en mesure de « recaractériser » le droit à l'autonomie gouvernementale revendiqué dans *Pamajewon* en un droit de réglementer des jeux et d'y participer en un lieu précis, la Cour suprême a dû établir d'abord – position éminemment contestable, selon nous – que le droit à l'autonomie gouvernementale constituait un « faisceau de droits ancestraux-activités », indépendants les uns des autres, dont chacun devait être prouvé isolément sur le fondement du critère de la partie intégrante énoncé dans l'arrêt *Van der Peet* (*Pamajewon, supra*, par. 23-24). Il s'inférait de cette prémisse que le droit à l'autonomie gouvernementale n'existait pas en tant que tel, mais seulement dans la manifestation de chacun des droits ancestraux-activités qui en constituaient le « faisceau ». Il devenait alors logique (quoique spécieux) d'écarter la revendication générale du droit à l'autonomie gouvernementale et d'y substituer la revendication plus étroite d'un droit ancestral taillé à la mesure des interdictions pénales en jeu.

Il en va autrement du titre aborigène. Non seulement le titre est-il un droit autonome, mais les activités qu'il permet n'ont, elles, aucune existence indépendante. On ne peut donc « recaractériser » une revendication de titre aborigène en un droit ancestral-activité, puisque les activités qui découlent du titre aborigène ne sont pas elles-mêmes des « droits ancestraux-activités », mais plutôt des « parasites » du titre sans contenu autonome.

Dans les arrêts *Adams* et *Côté*, la Cour suprême a pu donner à penser qu'elle « recaractérisait » le titre aborigène en un droit ancestral-activité (*Adams, supra*, par. 35; *Côté, supra*, par. 55). Mais ce n'est pas exactement ce qu'elle a fait. En « caractérisant » le droit revendiqué comme droit de pêche alimentaire en un lieu précis, elle a tranché en faveur des autochtones le débat entre ceux-ci, qui revendiquaient subsidiairement un droit de pêche alimentaire distinct de leur du titre aborigène, et la Couronne qui

affirmait qu'un droit ancestral de pêche alimentaire était nécessairement tributaire du titre aborigène (*Adams, supra*, par. 25-30). La Cour explique d'ailleurs que si, en tentant de faire la preuve du titre aborigène, un peuple autochtone faillit à la tâche mais réussit incidemment à prouver un droit ancestral-activité, celui-ci pourra lui être reconnu et lui servir en fonction des circonstances (*Adams, supra*, par. 27; *Delgamuukw, supra*, par. 139). Dans *Adams* et *Côté*, la Cour suprême n'a donc pas « recaractérisé » à proprement parler le titre aborigène revendiqué. Elle a simplement constaté que les autochtones concernés n'avaient pas réussi à faire la preuve du titre aborigène mais qu'incidemment, ils avaient fait la preuve d'un droit ancestral-activité qu'ils revendiquaient subsidiairement.

Dans les affaires *Bernard* et *Marshall*, où contrairement aux affaires *Adams* et *Côté* aucun droit ancestral-activité n'est revendiqué subsidiairement (*Marshall, supra*, par. 70), il ne nous paraît pas justifié, au regard des caractéristiques du titre aborigène, que la Cour suprême écarte la défense de titre aborigène pour lui substituer une défense « recaractérisée » de droit ancestral-activité, sauf si elle décidait que les Mi'gmaq ont réussi à prouver incidemment un droit ancestral de coupe commerciale sur les lieux de l'infraction présumée et si elle prononçait leur acquittement. Or, si on en croit l'historique des procédures, cette hypothèse est très peu probable car la preuve d'occupation et d'utilisation ancestrales sur les lieux mêmes de l'infraction présumée est, dans chacun des deux cas, très ténue (*Bernard, supra*, par. 212-232; *Marshall, supra*, par. 72-87).

Indépendamment des principes du droit pénal canadien et des caractéristiques du titre aborigène, il y a d'autres raisons pour lesquelles la recaractérisation d'une défense de titre aborigène ne devrait pas être possible dans le cadre d'un procès pénal. Par exemple, un peuple autochtone peut fort bien posséder un titre aborigène qui comprend, comme « parasite », le droit d'exercer l'activité en litige, sans toutefois posséder le droit ancestral qui correspond à cette activité, soit que celle-ci ne fasse pas partie intégrante de ses coutumes, pratiques ou traditions, soit qu'il y ait insuffisance de preuve de l'existence d'une telle coutume à l'époque plus lointaine du contact avec les Européens, soit encore en raison de la nature de la prohibition

pénale en cause (par exemple, prohibition de prélever pour fins de commerce *versus* prohibition totale de prélever). En pareil cas, priver un autochtone du droit d'utiliser le titre aborigène comme défense pourrait le priver du seul moyen susceptible de permettre son acquittement.

Reste que la reconnaissance d'un titre aborigène sur un immense territoire (plus du tiers de la province du Nouveau-Brunswick dans l'affaire *Bernard*) peut paraître une prime extravagante à l'acquittement d'avoir coupé quelques arbres, et que l'effet d'une telle reconnaissance – particulièrement dans le domaine des ressources naturelles – ne serait sans doute pas négligeable. Comment la Cour suprême s'y prendra-t-elle pour tenir compte de ces préoccupations?

Diverses options s'offrent à elle. D'abord, comme des droits issus de traité sont aussi invoqués dans les affaires *Bernard* et *Marshall*, elle pourrait décider de prononcer des acquittements sur le seul fondement des traités invoqués, auquel cas elle serait justifiée d'écarter l'argument fondé sur le titre aborigène sans même l'examiner, se donnant ainsi un temps de réflexion précieux jusqu'à ce que, dans une autre affaire, elle soit obligée d'attaquer le problème de front.

Alternativement, elle pourrait choisir de poser immédiatement des balises pour limiter aux seuls besoins de l'acquittement l'effet d'une reconnaissance de titre aborigène. Par exemple, comme l'a suggéré le juge Robertson, elle pourrait limiter l'effet d'une reconnaissance de titre aborigène au lieu de l'infraction présumée (*Bernard*, *supra*, par. 329). En pareil cas, la Cour suprême devrait probablement se pencher sur la preuve d'occupation exclusive qui sous-tend le titre aborigène. Devrait-elle exiger que cette preuve soit ciblée par rapport au lieu de l'infraction présumée, comme l'ont fait les cours provinciales du Nouveau-Brunswick et de la Nouvelle-Écosse, au risque de dénaturer le titre aborigène et d'en faire un « droit ancestral-activité » cristallisé à l'époque plus récente de l'affirmation de la souveraineté plutôt qu'à l'époque du contact? Devrait-elle plutôt, comme l'ont fait les cours d'appel du Nouveau-Brunswick et de la Nouvelle-Écosse, exiger une preuve d'occupation de l'ensemble du territoire ancestral sans autre égard au lieu de l'infraction présumée que de s'assurer qu'il est compris dans ce territoire, au risque de faciliter la preuve du titre aborigène dans un

procès civil subséquent? On le voit, les enjeux que soulèvent les affaires *Bernard* et *Marshall* sont considérables.

CONCLUSION

En vertu des principes du droit pénal canadien, le titre aborigène est un moyen de défense admissible à l'encontre d'accusations pénales. De plus, le titre aborigène est un droit ancestral indépendant et autonome, au contenu uniforme (sauf la limite intrinsèque qui peut varier d'un peuple autochtone à l'autre en fonction de l'occupation traditionnelle), tandis que les multiples activités et usages qu'il permet ne constituent pas, eux, des droits ancestraux indépendants et autonomes. Par conséquent, le titre aborigène échappe à l'exigence de « caractérisation » à laquelle sont soumis les droits ancestraux-activités, sauf là où un droit ancestral-activité est revendiqué de façon subsidiaire, ou lorsque la cour conclut qu'un droit ancestral-activité suffisant pour contrer les accusations a été prouvé incidemment. Dans les affaires *Bernard* et *Marshall*, toutefois, il est possible que la Cour suprême décide que l'effet d'une reconnaissance de titre aborigène en matière pénale doit être limité géographiquement. Si tel est le cas, nous entrevoyons pour la Cour suprême plusieurs difficultés à résoudre tant sur le plan de la cohérence d'un tel principe que sur le plan de son application pratique.

[5 juillet 2004]

Actualités

ATELIERS, COLLOQUES RÉGIONAUX ET SYMPOSIUMS SUR L'AVENIR ÉCONOMIQUE DES AUTOCHTONES DU QUÉBEC

Sylvie Vincent

EN MARS 2003, la Société Recherches amérindiennes au Québec organisait un colloque sur les nouvelles ententes entre le Québec et les Autochtones¹. Bien que la question économique occupe une place centrale au sein de ces ententes, le colloque n'a pas

réussi à lui accorder l'attention que ses organisateurs et ses participants auraient souhaitée. Lors de l'assemblée annuelle de la Société (17 septembre 2003), il fut donc proposé qu'un nouveau colloque, portant spécifiquement sur l'économie des nations autochtones, soit mis au programme des activités de 2004.

Parallèlement, le réseau Dialog (Réseau québécois d'échange sur les questions autochtones) avait identifié la question économique comme suffisamment importante pour qu'il soit opportun de tenir un symposium sur ce sujet. Ce symposium devait faire suite à celui que Dialog a tenu en mars 2002 sur le thème : « Les Autochtones et la société québécoise ».

Les deux organismes décidèrent d'unir leurs efforts. Très rapidement l'Assemblée des Premières Nations du Québec et du Labrador proposa de se joindre au projet par l'intermédiaire de la Commission de développement économique des Premières Nations du Québec et du Labrador qui détient, parmi ses mandats, ceux d'informer, de conseiller et d'aider à l'analyse de la situation économique globale des communautés autochtones. Puis la Société Makivik, mise à son tour au courant du projet, vint constituer un quatrième partenaire.

Dans l'histoire récente, on peut faire remonter à l'après-guerre (milieu du xx^e siècle) le constat des difficultés socio-économiques vécues par les nations autochtones du Canada. On ne compte plus les rapports gouvernementaux qui en ont fait état depuis, dont, pour ne citer que les plus connus, celui de la Commission Hawthorn-Tremblay (1968) et celui de la Commission royale sur les peuples autochtones (1996). Le Canada s'est fait critiquer également par des organismes internationaux pour le peu d'attention qu'il accorde aux piètres conditions de vie qui sévissent dans un grand nombre de réserves².

Poser la question de l'avenir économique des nations et des communautés autochtones du Québec n'a donc rien d'original, mais le ralliement rapide des quatre partenaires indique qu'il existe aujourd'hui une cristallisation des convictions en ce qui a trait à son urgence. Cela n'en fait pas une question simple pour autant. Tout d'abord les contextes géographique, juridique, historique, politique, institutionnel et culturel dans lesquels évoluent les Autochtones sont particuliers, comme on le sait, et, si l'avenir économique est au centre des préoccupations actuelles,