

LES AFFAIRES *BERNARD* ET *S. MARSHALL*

Que décidera la Cour suprême au sujet des traités de 1760-1761, du titre autochtone et de la *Proclamation royale de 1763* ?

Richard Boivin

Volume 34, numéro 3, 2004

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1082192ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1082192ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Recherches amérindiennes au Québec

ISSN

0318-4137 (imprimé)

1923-5151 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer ce document

Boivin, R. (2004). LES AFFAIRES *BERNARD* ET *S. MARSHALL* : que décidera la Cour suprême au sujet des traités de 1760-1761, du titre autochtone et de la *Proclamation royale de 1763* ? *Recherches amérindiennes au Québec*, 34(3), 108–110. <https://doi.org/10.7202/1082192ar>

à faire, à la retraite, qu'une illusoire synthèse mais, pour Jim, c'était devenu un devoir d'honnêteté et un geste de reconnaissance pour toutes les personnes qui lui avaient permis d'avoir une expérience si exceptionnelle de l'archéologie canadienne. Un forme de salutation et de cadeau. Adieu Jim.

Ouvrages cités

- WRIGHT, J. V., 1995 : *A History of the Native People of Canada*. Vol. I (10,000 – 1,000 B.C.). Mercury Series, n° 152, Canadian Museum of Civilization, Hull.
- , 1999 : *A History of the Native People of Canada*. Vol. II (1,000 B.C. – A.D. 500). Mercury Series, n° 152, Canadian Museum of Civilization, Hull.
- , 2004 : *A History of the Native People of Canada*. Vol. III (A.D. 500 – European Contact). Mercury Series, n° 152, Canadian Museum of Civilization, Hull.

Chronique juridique

LES AFFAIRES BERNARD ET S. MARSHALL

Que décidera la Cour suprême au sujet des traités de 1760-1761, du titre autochtone et de la Proclamation royale de 1763 ?

Richard Boivin
Avocat-conseil*

LES DEUX CAUSES JUMELLES, *Bernard* et *S. Marshall*¹, qui traitent de questions reliées, d'une part, à l'application des traités de paix et d'amitié de 1760-1761 dans les Maritimes et, d'autre part, au titre autochtone et à la *Proclamation royale de 1763*, seront entendues en Cour suprême du Canada en janvier 2005. La Couronne fédérale ainsi que la très grande majorité des Couronnes provinciales ont signifié leur intention d'intervenir. Des

représentants de regroupements autochtones et de l'industrie forestière devraient également être présents lors de l'audition.

LES FAITS

Les affaires *Bernard* et *S. Marshall*, respectivement issues du Nouveau-Brunswick et de la Nouvelle-Écosse, ont vu le jour en 1998 et en 1999 dans le cadre de poursuites sommaires provinciales contre des individus de la nation micmaque. Ces individus ont été accusés de possession de coupe de bois illégale sur des terres des Couronnes provinciales contrevenant ainsi aux lois du Nouveau-Brunswick et de la Nouvelle-Écosse². Les faits dans les deux causes sont semblables et la preuve avancée est similaire. Dans les deux cas, les défendeurs ont admis les éléments de l'infraction mais ont invoqué à titre de défense le droit de couper du bois sans autorisation préalable en s'appuyant sur trois arguments : 1) l'existence de traités de paix et d'amitié de 1760-1761, 2) l'existence d'un titre autochtone, et 3) la *Proclamation royale de 1763*.

Les défendeurs ont été trouvés coupables devant les instances inférieures mais, en appel, les cours d'appel du Nouveau-Brunswick (C.A.N.-B.) et de la Nouvelle-Écosse (C.A.N.-E.) ont infirmé les jugements de premières instances décidant ainsi en faveur des défendeurs principalement sur la base de droits issus des traités de 1760-1761 eu égard à la coupe et à la vente de bois provenant des terres de la Couronne traditionnellement occupées par les Micmacs.

LES TRAITÉS DE 1760-1761, LE TITRE AUTOCHTONE ET LA PROCLAMATION ROYALE DE 1763 DEVANT LES COURS D'APPEL

LES DROITS ISSUS DE TRAITÉS

Dans les affaires *Bernard* et *S. Marshall*, les cours d'appel du Nouveau-Brunswick et de la Nouvelle-Écosse ont eu à se pencher sur les deux thèses quant à l'interprétation des droits issus de traités de paix et d'amitié de 1760-1761. D'un côté, les provinces avançaient que les droits issus de ces traités se limitaient aux droits existants au moment de la signature desdits traités. De leur côté, les défendeurs micmacs plaidaient une interprétation plus large s'étendant au-delà de ce qui faisait l'objet d'un commerce au moment de la signature desdits traités.

Or, la C.A.N.-B. a décidé que la question consiste à identifier les ressources récoltées par le groupe micmac à l'époque. C'est-à-dire que si la communauté micmaque récoltait du bois en 1760-1761, elle a aujourd'hui un droit de le vendre pour des fins de subsistance convenable. Ce faisant, la C.A.N.-B. a élargi l'interprétation du test relativement à l'application de droits issus des traités de 1760-1761 développé par la Cour suprême dans l'affaire *Donald John Marshall Jr.*³ basée en partie sur l'intention commune des parties au moment de la signature des traités en 1760-1761. La C.A.N.-B. a donc conclu que les droits de coupe et de vente du bois provenant des terres de la Couronne découlaient des traités de paix et d'amitié de 1760-1761, et que la Couronne avait porté atteinte à ces droits de coupe et de vente sans justification. Du coup, la majorité a donné droit à l'appel, annulé le verdict et acquitté M. Bernard.

De son côté, dans *S. Marshall*, la C.A.N.-E. a fait écho à la C.A.N.-B. en décidant à l'unanimité que la question pertinente en la matière consiste à déterminer si la ressource (le bois) et l'activité (son commerce) faisaient partie intégrante du mode de vie de la nation micmaque à l'époque ou constituent une évolution logique depuis 1760-1761. La C.A.N.-B. est donc d'avis qu'il n'est pas nécessaire de démontrer que le commerce du bois était envisagé lors de la signature des traités de paix et d'amitié en 1760-1761. Il s'agit plutôt de démontrer un lien entre l'activité contemporaine d'une part et, d'autre part, le mode de vie et l'économie des Micmacs en 1760-1761. Si ces conditions sont rencontrées, il existe un droit issu de traité protégé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* autorisant l'accès aux ressources en question à des fins commerciales. Sur cette base, la C.A.N.-E. a ordonné un nouveau procès.

LE TITRE AUTOCHTONE

La question du titre autochtone a également été évoquée par les cours d'appel dans les affaires *Bernard* et *S. Marshall*. Plus particulièrement, le juge Daigle de la C.A.N.-B. a conclu qu'il n'était pas nécessaire de prouver une occupation spécifique et régulière des sites de coupe de bois pour conclure à l'existence d'un titre autochtone. En l'espèce, il conclut à l'existence d'un titre autochtone sur une portion du bassin hydraulique de la rivière Miramichi, équivalant à peu

* Me Boivin dirige l'équipe des droits autochtones et des titres autochtones au ministère de la Justice du Canada, mais les propos exprimés ne reflètent pas nécessairement ceux du ministère de la Justice du Canada.

près au tiers du territoire du Nouveau-Brunswick, puisque les Micmacs l'occupaient de façon exclusive au moment de la souveraineté britannique. Le juge semble également avancer un degré variable d'occupation basé sur le mode de vie du groupe autochtone en question selon qu'il soit nomade ou sédentaire. Son collègue, le juge Robertson, sans élaborer sur la question du titre, a appuyé le raisonnement du juge Daigle.

Dans l'affaire *S. Marshall*, la C.A.N.-E. a affirmé qu'au regard de la preuve, les Micmacs occupaient le territoire où avait lieu la coupe de bois au moment de la souveraineté britannique et que cette occupation était suffisante pour conclure à l'existence d'un titre autochtone. À l'instar de la C.A.N.-B., la C.A.N.-E. a précisé qu'il n'est pas nécessaire de prouver une occupation intensive et régulière d'un territoire pour conclure à l'existence d'un titre autochtone. Au même titre que le juge Daigle de la C.A.N.-B., le juge Cromwell de la C.A.N.-E. adopte également une approche contextuelle du titre autochtone, laquelle s'appuie sur les théories du professeur Kent McNeil⁴ et qui se situe entre les principes de common law de l'« *adverse possession* » et du « *trespass* ». Aux yeux de la C.A.N.-E., la nécessité de prouver une continuité d'occupation entre le moment de la souveraineté et aujourd'hui n'est pas nécessaire car c'est au moment de la souveraineté que se cristallise le titre autochtone.

LA PROCLAMATION ROYALE DE 1763

Tant la C.A.N.-B. que la C.A.N.-E. ont réitéré le fait que la *Proclamation royale de 1763* reconnaît le titre autochtone mais n'en est pas une source indépendante. Pour ce qui est de la portée géographique de la *Proclamation royale de 1763*, la majorité des juges de la C.A.N.-B. et de la C.A.N.-E. concluent à son application dans les Maritimes.

LES TRAITÉS DE 1760-1761, LE TITRE AUTOCHTONE ET LA PROCLAMATION ROYALE DEVANT LA COUR SUPRÊME

LES DROITS ISSUS DE TRAITÉ

Les causes *Bernard* et *S. Marshall* s'inscrivent dans le prolongement de la décision *Donald John Marshall, Jr.*⁵ Dans cette cause, qui portait également sur les traités de paix et d'amitié de 1760-1761 et qui concernait un autochtone de la

nation micmaque, la Cour suprême s'est appuyée en partie sur l'intention commune des parties au moment de la signature des traités pour conclure que ces derniers conféraient le droit de pêcher et de vendre des anguilles, afin de se procurer les biens nécessaires, c'est-à-dire dans le but d'assurer une subsistance convenable, sans être tenu de se conformer à la réglementation. Dans l'affaire *Donald John Marshall, Jr.*, la Cour suprême du Canada a précisé que la portée de ce droit ne s'étend pas à l'accumulation de richesses illimitées. À cet égard, la Cour suprême du Canada a rappelé qu'en concluant les traités de paix et d'amitié de 1760-1761, les Britanniques avaient voulu protéger le commerce traditionnel des Micmacs dans le but d'éviter qu'ils ne deviennent un fardeau sur les deniers publics de leur colonie ou sur le trésor impérial de Londres. Par l'entremise des traités de paix et d'amitié de 1760-1761, on souhaitait ainsi sauvegarder la paix avec les Micmacs.

MM. Bernard et Marshall s'appuient sur la cause *Donald John Marshall Jr.* en invoquant le droit de faire la coupe de bois à des fins commerciales sur les terres des Couronnes provinciales. Plusieurs éléments aux dossiers démontrent qu'à l'époque des traités de paix et d'amitié de 1760-1761, les Micmacs utilisaient le bois pour fabriquer des canoës et des raquettes dans le but de les échanger dans les maisons de troc établies par les Britanniques. Dès lors, la Cour suprême du Canada aura à se poser la suivante : le droit d'utiliser le bois pour fabriquer des articles, tels des canoës et des raquettes, doit-il évoluer à travers le temps pour se transformer au rythme de l'économie de marché afin de donner un sens au traité dans son contexte commercial moderne? En d'autres termes, le droit d'utiliser le bois pour en fabriquer des canoës et des raquettes s'est-il transformé en droit de couper des arbres, d'en façonner des rondins pour en faire le commerce dans un environnement moderne afin de permettre au Micmacs d'avoir une subsistance convenable? Était-ce là l'intention commune des parties?

LE TITRE AUTOCHTONE

Les affaires *Bernard* et *S. Marshall* représentent les premières causes à être entendues par la Cour suprême sur la question du titre autochtone depuis l'arrêt *Delgamuukw* en 1997⁶. On se souviendra qu'en se penchant sur la question du titre autochtone dans *Delgamuukw*,

la Cour suprême du Canada a élaboré les critères applicables pour définir l'existence d'un titre autochtone à savoir :

- i) le territoire doit avoir été occupé avant l'affirmation de la souveraineté ;
- ii) si l'occupation actuelle est invoquée comme preuve de l'occupation avant l'affirmation de la souveraineté, il doit y avoir continuité entre l'occupation actuelle et l'occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté ;
- iii) l'occupation doit avoir été exclusive au moment de l'affirmation de la souveraineté.

Ces critères ont donné lieu à des interprétations libérales de la part des juges des cours d'appel dans *Bernard* et *S. Marshall* et ces interprétations sont contestées par les Couronnes du Nouveau-Brunswick et de la Nouvelle-Écosse. Bien que les causes *Bernard* et *S. Marshall* puissent se décider sur la seule base des traités de paix et d'amitié de 1760-1761, la Cour suprême pourrait être tentée de profiter de l'occasion pour aborder la question du titre autochtone afin de compléter, voire éclaircir le test élaboré dans *Delgamuukw*.

En effet, bien que le groupe autochtone revendiquant un titre autochtone doive démontrer qu'il occupait les terres visées de façon exclusive au moment de la souveraineté, la nature de l'occupation ainsi que le critère d'exclusivité demeurent flous et restent à définir. Le juge Daigle dans l'affaire *Bernard* s'est notamment attelé à cette tâche. Interprétant le test dans l'affaire *Delgamuukw* et citant le professeur Kent McNeil, le juge a avancé que les Micmacs n'avaient pas à prouver une occupation régulière et intensive du territoire pour démontrer l'existence d'un titre autochtone.

Les affaires *Bernard* et *S. Marshall* soulèvent de nombreuses questions. À titre d'exemple, le critère d'exclusivité dont fait référence la Cour suprême dans *Delgamuukw* se résume-t-il à une intention ou simplement à la possibilité d'évincer un autre groupe? Se définit-elle par rapport aux autres groupes autochtones et/ou aux Européens? Cette dernière question revêt toute son importance lorsque les litiges prennent naissance dans l'est du Canada, plus particulièrement dans les Maritimes et au Québec. En effet, au moment de la souveraineté britannique et de l'introduction de la common law, les autochtones cohabitaient sur le territoire de la

Nouvelle-France avec les colons français depuis déjà près de cent cinquante ans et, ainsi, n'occupaient pas nécessairement le territoire en exclusivité.

Le degré d'occupation et d'intensité requis pour prouver un titre est-il différent de celui requis pour prouver un autre droit ancestral? Plus précisément, compte tenu du spectre des droits élaborés par la Cour suprême dans *Delgamuukw* et du fait que le titre autochtone est « le droit au territoire lui-même », le degré de rattachement au territoire pour un titre autochtone doit-il correspondre à un degré plus élevé que celui requis pour les droits ancestraux reliés à un site spécifique comme la chasse et la pêche? Le test élaboré dans l'affaire *Delgamuukw* convient-il à la fois aux nations autochtones sédentaires et aux nations autochtones nomades comme les Micmacs?

Pour ce qui est du critère de continuité, la majorité de la C.A.N.-E., dans l'affaire *S. Marshall*, sous la plume du juge Cromwell élimine à toute fin pratique cette composante du test en énonçant que le test est rencontré du moment où la nation autochtone démontre qu'elle occupait le territoire de façon exclusive au moment de la souveraineté. C'est-à-dire qu'il ne serait pas nécessaire de prouver une continuité entre le moment de l'affirmation de la souveraineté par les Britanniques et aujourd'hui :

Pour revenir à la place qu'occupe le critère de continuité dans les causes portant sur les titres ancestraux au Canada, je souligne en conclusion que la continuité de l'occupation depuis le moment de la souveraineté jusqu'à ce jour ne fait pas partie du test du titre ancestral si l'occupation exclusive au moment de la souveraineté est établie par des preuves directes d'occupation avant et au moment de la souveraineté. Ce point de vue est conforme au principe fondamental qui sous-tend *Delgamuukw*, selon lequel le titre se cristallise au moment de la souveraineté⁷.

Bien que la Cour suprême ait élaboré un test dans *Delgamuukw* permettant d'évaluer l'existence ou non d'un titre autochtone sur un territoire défini, le contenu du titre autochtone demeure très limité. En fait que savons-nous du titre? À la lumière de certains jugements faisant référence au titre⁸, nous pouvons notamment affirmer que le titre autochtone est un sous-ensemble des droits ancestraux, qu'il donne droit à un usage exclusif et à une occupation exclusive, qu'il est *sui generis*, qu'il est inaliénable en ce qu'il ne peut être vendu, transféré

ou cédé qu'à la Couronne, qu'il peut être détenu conjointement et qu'il ne peut être utilisé de manière incompatible avec la nature de l'attachement qu'ont les revendicateurs pour ces terres. Finalement, le titre autochtone est de nature collective et non individuelle, mais la question de savoir si un autochtone doit avoir préalablement reçu l'autorisation de sa communauté avant d'exercer un droit sur ou dans les terres reste entière.

LA PROCLAMATION ROYALE DE 1763

Au sujet de la *Proclamation royale*, on se rappellera que la Cour suprême du Canada dans *Côté*⁹ avait décidé de l'affaire sur les bases d'autres fondements alors que la *Proclamation royale* se situait au cœur du débat. Il n'est donc pas certain que la Cour suprême jugera opportun, pour les fins des pourvois *Bernard* et *S. Marshall*, de s'attarder davantage sur les ramifications historiques et les effets juridiques de la *Proclamation royale*.

CONCLUSION

Les enjeux des affaires *Bernard* et *S. Marshall* devant la Cour suprême du Canada sont de taille en ce qui a trait à l'interprétation qui sera donnée aux traités de paix et d'amitié signés avec les nations autochtones dans les années qui viennent, comme c'est le cas notamment au Québec avec le traité de Swegatchy (1760) entre les Algonquins et les Britanniques et le traité Sioui (1760) entre les Hurons et les Britanniques. Par exemple, un droit reconnu de couper et de vendre du bois pourrait-il éventuellement s'étendre à l'exploration et la vente des minéraux? Pour ce qui est du titre autochtone, quel serait l'impact de sa reconnaissance sur la négociation et la gestion des ressources provinciales? Un territoire provincial grevé en partie d'un titre autochtone serait-il considéré comme des « terres réservées aux Indiens » tombant sous la coupe de la juridiction fédérale en vertu du paragraphe 24 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

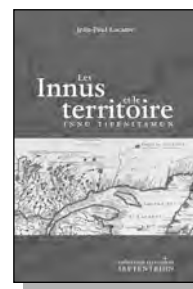
Autant de questions au sujet desquelles il convient de noter que certaines tierces parties qui pourraient avoir un intérêt à y répondre ont été absentes des causes *Bernard* et *S. Marshall* puisque ces causes sont nées dans le cadre de poursuites sommaires. Il y a d'ailleurs lieu de se demander si les débats entourant la détermination d'un titre autochtone ou d'un droit issu de traité sur un territoire ne seraient peut être pas mieux

servis dans le cadre d'une procédure civile cédant une plus grande place à la preuve factuelle et documentaire et représentant ainsi un meilleur forum pour décider de ces questions juridiques et factuelles complexes.

Notes

1. R. c. *Bernard*, 2003 NBCA 55; R. c. *S. Marshall*, 2003 NSCA 105.
2. *Crown Lands and Forests Act*, S.N.B. 1980, c-38.1; *Crown Lands Act*, R.S.N.S. 1989, c. 114.
3. R. c. *Donald John Marshall, Jr.*, [1999] 3 R.C.S. 456.
4. Voir K. McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, Oxford, Clarendon Press, 1989.
5. *Précité*.
6. *Delgamuukw* c. *Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.
7. R. c. *S. Marshall*, *précité*, par. 181 [traduction non-officielle].
8. *St Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888) 14 A.C. 46, *Calder c. Colombie-Britannique* (P.G.), [1973] R.C.S. 313, *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654, *Guérin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335 et *Delgamuukw*, *précité*.
9. *Côté c. La Reine*, [1996] 3 R.C.S. 139.

Comptes rendus



Les Innus et le territoire : Innu Tipenitamum

Jean-Paul Lacasse. *Collection Territoires, Éditions du Septentrion, Sillery, 2004, 276 pages.*

Pour les lecteurs de la revue qui ne connaîtraient pas l'auteur, précisons qu'il est professeur de droit à l'université d'Ottawa et détenteur d'une maîtrise en géographie. Cette double formation explique certainement son intérêt pour