



# Arrêts faisant autorité

OJEN • ROEJ  
ONTARIO JUSTICE EDUCATION NETWORK  
RÉSEAU ONTARIEN D'ÉDUCATION JURIDIQUE

## DROITS ISSUS DE TRAITÉS DES PEUPLES AUTOCHTONES: *R. c. MARSHALL*

Préparé pour le ROEJ par les clerks de la Cour d'appel de l'Ontario

### *R. c. MARSHALL* (1999)

L'accusé dans cette affaire, un Indien mi'kmaq, a été inculpé de trois infractions aux termes de la Loi sur les pêches et du Règlement de pêche :

1. avoir vendu des anguilles sans permis;
2. avoir pêché sans permis;
3. avoir pêché pendant la période de fermeture au moyen de filets illégaux.

L'accusé, un homme de la Nouvelle-Écosse répondant au nom de Donald Marshall, a admis avoir commis les infractions. M. Marshall a admis avoir vendu 463 livres d'anguilles qu'il avait pêchées sans permis à l'aide d'un filet prohibé, pendant la période de fermeture. Cependant, M. Marshall a soutenu qu'il ne devrait pas être déclaré coupable relativement aux accusations portées contre lui, au motif qu'il possédait, en tant qu'Indien mi'kmaq, un droit issu des traités conclus entre les Britanniques et les Mi'kmaq en 1760 et 1761 qui l'autorisait à prendre et à vendre du poisson.

### Faits

Par un matin d'août, en 1993, Donald John Marshall Jr. et un ami sont allés pêcher l'anguille. Ils en ont pris 463 livres, qu'ils ont vendues pour 787,10 \$. M. Marshall a été arrêté et accusé d'avoir vendu des anguilles sans permis, d'avoir pêché sans permis et d'avoir pêché pendant la période de fermeture au moyen de filets illégaux. Il a été convenu que M. Marshall serait coupable des infractions reprochées, à moins que ses activités ne soient protégées par un droit ancestral. M. Marshall est un Indien mi'kmaq.

### Droits ancestraux ou issus de traités

L'article 35 de la Constitution canadienne protège deux types de droits des peuples autochtones : les droits ancestraux et les droits issus de traités (qui comprennent notamment les revendications territoriales). L'article 35 se lit comme suit :

- (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

- (2) Dans la présente loi, « peuples autochtones du Canada » s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada.
- (3) Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.

Les droits ancestraux protègent le droit des peuples autochtones de conserver les activités et les pratiques qui faisaient partie intégrante de leur culture et qui existaient avant la colonisation du Canada par les Britanniques. Les droits issus de traités sont des droits protégés par un accord entre une nation ou un groupe particulier de peuples autochtones et le gouvernement.

## Traités

Un traité est un accord écrit entre le gouvernement et une nation autochtone. À travers l'histoire, plusieurs nations autochtones ont conclu des traités avec le gouvernement britannique à des fins diverses, souvent pour obtenir des accords de paix, la protection des revendications territoriales autochtones, ou la garantie du droit de conserver leur mode de vie traditionnel fondé sur la chasse, la pêche et la cueillette. De tels accords confèrent des droits et des obligations tant au gouvernement actuel qu'à la nation autochtone ayant signé le traité.

## Les traités signés par les Mi'kmaq

Les traités de 1760 et 1761 ont vu le jour après plus d'une décennie de rapports hostiles entre les Britanniques, les Français et les Mi'kmaq.

En 1749, le gouverneur britannique à Halifax avait pris des proclamations « autorisant les militaires et tous les sujets britanniques à tuer ou capturer tout Mi'kmaq », une récompense étant même offerte à cet égard. À l'époque, les Mi'kmaq étaient considérés comme une « puissance militaire considérable », des « marins accomplis » et des gens « qu'il ne fallait pas prendre à la légère ».

Les Mi'kmaq, qui s'étaient précédemment alliés avec les Français contre les Britanniques, ont constaté un changement du pouvoir politique. En 1760, les Français avaient perdu leur emprise sur le sud de la Nouvelle-Écosse. En fait, à l'époque, les Britanniques avaient presque complété l'expulsion des Acadiens de la Nouvelle-Écosse. La déportation des Français étant presque terminée, les Mi'kmaq faisaient face à l'élimination des objets de commerce sur lesquels ils en étaient venus à se fier. Les traités représentaient tant pour les Britanniques que pour les Mi'kmaq une occasion de favoriser leurs intérêts personnels. La fin des rapports hostiles et l'établissement des fondements d'une paix durable profiteraient aux deux parties.

La présente toile de fond met en contexte les circonstances ayant mené à la signature du Traité. En novembre 1752, les Mi'kmaq de Shubenacadie ont conclu le Traité avec les Britanniques, lequel Traité prévoyait ce qui suit :

«On est plus Convenu que la susditte Tribu des Sauvages, ne sera aucunement empêchée mais au contraire, aura une entière Liberté de chasser et de pêcher comme de coutume. Et qu'au cas que les dits

Sauvages demandassent qu'il leur fut alloué un Magasin d'Echange sur la rivière Chubenaccadie, ou dans toute autre Place de leurs Habitations, ils en aurront un de batis remplis des Marchandizes convenables pour être échangées avec celles des Sauvages, et qu'au même tems les dits Sauvages auront un entière Liberté d'apporter vendre à Halifax ou dans quelqu'autre Plantation que ce soit dans cette Province, les Pelletries, Vollailles Poissons, et toute autre Chose qu'ils auront à vendre et le tout a tel Avantage qu'ils en pourront tirer.»

M. Marshall et le ministère public (représentant le gouvernement) conviennent que le Traité existe, mais ne s'entendent pas quant à l'existence de conditions verbales ni quant à l'interprétation de la « clause relative au commerce ». M. Marshall soutient que ledit Traité lui confère le droit constitutionnel de pêcher l'anguille et de vendre les anguilles qu'il prend. Le ministère public convient qu'un traité a été signé, mais affirme que celui-ci ne confère pas un tel droit à M. Marshall.

La « clause relative au commerce » du Traité se lit comme suit :

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 à Lunenburg ou ailleurs en Nouvelle-Écosse ou en Acadie.

D'après le ministère public, le Traité figurait dans les conditions écrites d'un court document rédigé le 10 mars 1760. Seuls les Britanniques ont consigné les conditions du Traité par écrit à l'issue des négociations verbales.

La position de M. Marshall était que son droit de poursuivre les activités traditionnelles de chasse, de pêche et de cueillette est prévu dans le Traité de 1760 et 1761, dans le Traité de 1752 (ci-dessus), ainsi que dans le procès-verbal des négociations tenues entre les Britanniques et les Mi'kmaq.

### Décision de première instance

Le juge Embree, de la Cour provinciale, était le juge du procès. Il a accepté que le Traité soit censé accorder aux Mi'kmaq le droit de conserver leur mode de vie traditionnel fondé sur la chasse, la pêche et la cueillette. Il était manifeste que les Britanniques voulaient que les Mi'kmaq soient auto-suffisants. Un tel désir, ainsi que leur désir de paix, sous-tendaient le Traité.

Le juge Embree a déclaré M. Marshall coupable relativement à toutes les accusations. Le juge Embree a conclu que le Traité était valide mais qu'il ne conférait à M. Marshall que le droit d'apporter les produits de ses activités de pêche (et de chasse et de cueillette) à une maison de troc pour en faire le commerce. Le Traité ne s'appliquait pas à l'extérieur des maisons de troc, lesquelles ont disparu plusieurs années après la signature du Traité. Les maisons de troc étaient des postes de traite à la fin du 18<sup>e</sup> siècle, soit à l'époque à laquelle le Traité a été signé, et la clause limitait le commerce des Mi'kmaq à ces endroits sanctionnés par le gouvernement. La clause relative au commerce ne mentionnait rien quant à savoir ce qui arriverait advenant la disparition des maisons de troc et, par conséquent, les droits commerciaux des Mi'kmaq ont disparu en même temps que

les maisons de troc. Le juge Embree a déclaré M. Marshall coupable relativement à toutes les accusations.

### **Appel à la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse**

M. Marshall a interjeté appel de la décision à la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, où il a encore une fois été débouté et où sa déclaration de culpabilité a été confirmée. Il a interjeté appel de nouveau à la Cour suprême du Canada.

### **Appel à la Cour suprême du Canada**

À la Cour suprême, M. Marshall a soutenu que le juge Embree avait commis une erreur, que le Traité lui conférait le droit de chasser, de pêcher et de cueillir des produits pour en faire le commerce et que ce droit avait survécu à la disparition des maisons de troc. M. Marshall a fait valoir que les conditions écrites du Traité ne représentaient pas l'entente intégrale entre la Couronne et les Mi'kmaq et que le contexte historique, la preuve du processus de négociation, ainsi que la preuve d'expert démontraient que des conditions non écrites avaient fait l'objet d'un accord verbal et n'avaient pas été consignées par écrit par la Couronne.

Premièrement, les juges majoritaires ont conclu que le juge Embree avait commis une erreur en concluant que l'entente intégrale entre la Couronne et les Mi'kmaq était consignée par écrit dans le Traité. En tirant une telle conclusion, le juge Embree n'a pas tenu compte des écrits historiques des négociations et n'a pas pris en considération de façon adéquate le point de vue des Mi'kmaq. Par conséquent, il a accordé une importance excessive au point de vue des Britanniques, « qui tenaient le crayon ». Pour M. Marshall, il était important de prouver que l'accord écrit ne constituait pas l'entente intégrale. À elle seule, la clause relative au commerce ne soutenait pas l'interprétation de M. Marshall.

Le juge en chef, s'exprimant au nom de la Cour suprême du Canada, a conclu que si les tribunaux étaient, en règle générale, disposés à accepter une preuve extrinsèque (comme celle du procès-verbal des négociations), ils devraient en faire autant à l'égard du présent contrat ou accord. La preuve extrinsèque sert souvent à démontrer qu'un document écrit peut ne pas comprendre toutes les conditions d'un accord, de sorte qu'elle devrait être examinée en l'espèce.

Deuxièmement, le juge en chef a déclaré qu'en l'espèce, tout comme dans les causes antérieures visant les droits ancestraux, la preuve extrinsèque était liée au contexte historique et culturel et devrait être considérée comme une preuve que le tribunal peut examiner et dont il peut se servir pour rendre une décision éclairée.

Troisièmement, le juge en chef Lamer a conclu que, si un traité était conclu verbalement et, par la suite, consigné par écrit par des représentants de la Couronne, il ne serait pas juste que la Couronne fasse abstraction des conditions verbales tout en se fiant sur les conditions écrites.

Le Traité a été négocié après une période de tourmente militaire et politique entre les Mi'kmaq et les Britanniques. À peine six ans avant la signature du Traité, le gouverneur britannique de la Nouvelle-Écosse avait pris une proclamation offrant des récompenses à quiconque tuerait et capturerait des Mi'kmaq sur le territoire de la Nouvelle-Écosse. Par la signature du Traité, les

Britanniques tentaient d'étendre et de solidifier leur emprise sur le nord de la Nouvelle-Écosse. L'obtention du droit de commercer pour les Mi'kmaq était essentiel à la paix, les Britanniques croyant que « les gens qui commercent ensemble ne se font pas la guerre, voilà quelle était la théorie ». Les Mi'kmaq espéraient s'assurer de l'accès aux marchandises britanniques sur lesquelles ils en étaient venus à se fier, telles que de la poudre à fusil, des outils en métal et des vêtements. La preuve démontrait que, selon l'accord original, les Mi'kmaq ne commerceraient pas avec les Français, mais seulement avec les Britanniques. L'idée selon laquelle ils commerceraient avec des représentants du gouvernement dans les maisons de troc a été ajoutée plus tard à la suggestion des Mi'kmaq, pour s'assurer que ceux-ci obtiennent des prix avantageux. Les documents sous-jacents démontrent que les parties ont établi les prix de certains types de produits; par exemple, une livre de peaux de castor gras permettait d'acheter 30 livres de farine ou 14 livres de porc. L'octroi aux Mi'kmaq de conditions plus favorables pour le commerce des produits de leurs activités de pêche, de chasse et de cueillette a favorisé des relations harmonieuses entre les parties, tout en garantissant l'élimination du commerce des Mi'kmaq avec les Français. De nombreux accords antérieurs, ainsi que le procès-verbal des négociations, avaient accordé aux Mi'kmaq des conditions beaucoup plus favorables que celles exprimées dans la clause relative au commerce. Les juges majoritaires ont conclu que l'ensemble de la preuve démontrait le caractère insuffisant et incomplet des conditions écrites du Traité et que l'interprétation du juge du procès ne correspondait ni au procès-verbal des séances de négociation rédigé par les Britanniques, ni aux conditions plus favorables accordées dans d'autres documents, ni à la preuve.

Les juges majoritaires ont conclu que la clause relative au commerce, telle que rédigée, n'aurait pas favorisé les objectifs des Britanniques (des relations harmonieuses avec un peuple mi'kmaq auto-suffisant) ni ceux des Mi'kmaq (l'accès aux biens nécessaires européens, sur lesquels ils en étaient venus à se fier) si les Mi'kmaq n'avaient pas été assurés d'avoir un accès continu aux ressources de la faune pour en faire le commerce. Cela a été confirmé par l'historien que le ministère public a fait entendre à titre de témoin expert.

Deuxièmement, les juges majoritaires ont conclu que le Traité conférait à M. Marshall le droit de prendre et de vendre des anguilles. Compte tenu du contexte historique et culturel des négociations entre la Couronne et les Mi'kmaq, il était raisonnable que les deux parties s'attendent à ce que les Mi'kmaq aient le droit de pêcher, s'ils avaient le droit d'apporter du poisson à la maison de troc pour en faire le commerce. Sans le droit de pêcher, le droit de commercer n'a aucune valeur.

Les juges majoritaires ont rejeté la conclusion du juge Embree, le juge du procès, selon laquelle le droit de commercer avait disparu dès la disparition des maisons de troc. Les juges majoritaires ont conclu que les droits issus des traités ne sont pas « figés dans le temps » et doivent être interprétés d'une manière souple qui permette d'évoluer. Les juges majoritaires ont conclu que l'accord clé ne portait pas sur l'existence des maisons de troc mais sur la promesse d'accès aux biens nécessaires au moyen du commerce des ressources de la faune. La disparition des maisons de troc n'était rien de plus que la disparition du mécanisme créé en vue de faciliter l'exercice du droit de commercer et n'équivalait pas à la disparition du droit de commercer lui-même.

Cependant, les juges majoritaires ont souligné que le droit de commercer, ainsi que le droit implicite de pêcher, de chasser ou de cueillir les ressources de la faune pour en faire le commerce,

étaient restreints. Le Traité garantissait l'accès aux « biens nécessaires ». Les juges majoritaires ont conclu qu'aujourd'hui, se procurer des « biens nécessaires » reviendrait à s'assurer d'une subsistance convenable. Cela signifie que M. Marshall pouvait vendre une quantité limitée d'anguilles pour subvenir aux besoins de sa famille, mais qu'il ne pouvait exploiter une entreprise commerciale à grande échelle. Puisque M. Marshall vendait les anguilles en quantité très limitée pour subvenir à ses besoins et à ceux de sa conjointe de fait, ses activités étaient visées par le droit issu du Traité.

Par conséquent, les juges majoritaires ont acquitté M. Marshall relativement à toutes les accusations, en concluant que le Traité protégeait ses activités.





## Questions à débattre en salle de classe

1. Pourquoi les Britanniques auraient-ils voulu que les Mi'kmaq soient auto-suffisants? Pourquoi cela aurait-il pu les servir au mieux?

Le juge Embree, juge du procès, a conclu que les Britanniques reconnaissaient et acceptaient dans le Traité le mode de vie existant des Mi'kmaq. Les Britanniques auraient voulu que les Mi'kmaq conservent leur mode de vie fondé sur la chasse, la pêche et la cueillette. Ils ne voulaient pas que les Mi'kmaq deviennent un fardeau à long terme pour le trésor public. Les Britanniques étaient disposés à subir des pertes commerciales afin de gagner et de conserver l'amitié des Mi'kmaq et de les décourager de commercer avec les Français.

2. À maintes reprises, la Cour a conclu qu'un droit expressément défini dans un traité comporte souvent des « droits implicites ». Les droits implicites sont des droits qui sont nécessaires pour soutenir l'exercice utile des droits explicites conférés par le Traité. Par exemple, en l'espèce, pour que le droit de faire le commerce du poisson ait un sens, il doit implicitement comprendre le droit de pêcher.

Quels droits implicites pourraient être convenablement inclus dans le droit explicite de chasser? Quels autres droits pourraient être convenablement inclus dans le droit de pêcher? (Indice : Dans *R. c. Simon*, la Cour a conclu que le droit de chasser comportait le droit implicite de porter une arme et des munitions. Pour le droit de pêcher, pourquoi pas un permis de pilote de bateau?)

3. Deux des juges de la Cour suprême du Canada (les « juges dissidents ») n'ont pas souscrit à l'opinion majoritaire. Selon eux, même si la clause relative au commerce comportait le droit implicite de pêcher (pour obtenir du poisson en vue d'en faire le commerce), ce droit était identique au droit de pêcher qu'auraient possédé tous les citoyens britanniques. Êtes-vous d'accord? Pourquoi les rapports entre les peuples autochtones et la Couronne sont-ils différents? (Indice : Les droits issus des traités des peuples autochtones sont protégés par la Constitution.)
4. Après que la Couronne et les Mi'kmaq eurent négocié le Traité, la Couronne en a consigné par écrit toutes les conditions. Quels sont les dangers liés à la conclusion d'un accord verbal lorsqu'une seule partie contrôle ce qui est consigné par écrit? Souscrivez-vous à la nécessité d'examiner la preuve des négociations sous-jacentes et les attentes raisonnables des parties en l'espèce?
5. Les juges majoritaires ont conclu que l'honneur de la Couronne est toujours en jeu dans ses rapports avec les peuples autochtones. Que signifie, selon vous, la présomption selon laquelle une partie agit honorablement à l'égard d'une autre? Comment cela facilite-t-il votre interprétation d'un accord entre les deux parties?



## *R. c. Marshall* Feuille de travail

### **Les droits ancestraux protégés par l'article 35 devraient-ils être restreints d'une manière quelconque? Quel fondement juridique justifie la restriction de ces droits?**

La *Charte canadienne des droits et libertés* prévoit plusieurs droits et libertés. On y compte la liberté de conscience et de religion, de pensée et de croyance, d'opinion et d'expression, la liberté de la presse, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association. Elle prévoit aussi le droit de vote et le droit des citoyens de demeurer au Canada, d'y entrer et d'en sortir, de se déplacer dans tout le pays et d'établir leur résidence dans toute province. Y figurent également une série de garanties juridiques telles que le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, auquel il ne peut être porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives, le droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires et le droit, en cas d'arrestation ou de détention, d'être informé des motifs de son arrestation ou de sa détention et d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.

La *Charte* n'énonce pas les droits ancestraux. Les droits ancestraux figurent à l'article 35 de la Loi constitutionnelle. Ainsi, bien que les droits ancestraux soient protégés par la Constitution, ils ne sont pas, strictement parlant, prévus dans la *Charte*.

Voilà qui est important pour plusieurs raisons. L'une des plus importantes, c'est que les droits protégés par l'article 35 ne sont pas restreints par l'article premier de la *Charte*. L'article premier de la *Charte* se lit comme suit :

La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Tous les droits prévus dans la *Charte canadienne des droits et libertés* sont assujettis à des « limites qui soient raisonnables » au sens de l'article premier. Les droits ancestraux ne le sont pas. Toutefois, dans l'affaire *R. c. Sparrow*, les tribunaux ont décidé que les droits prévus à l'article 35 ne sont pas absolus et sont régis par les lois fédérales tant et aussi longtemps que les lois satisfont à une norme de justification, très similaire à l'article premier de la *Charte*.

Ainsi, s'il a été décidé qu'une loi amoindrit les droits ancestraux prévus à l'article 35 ou y porte atteinte, il convient, selon les tribunaux, de déterminer si l'atteinte était justifiable. Alors, quand la restriction des droits ancestraux par le gouvernement est-elle justifiée? À cet égard, il existe un critère à deux volets : (1) L'atteinte se rapporte-t-elle à la poursuite d'un objectif législatif impérieux et réel? (2) L'atteinte est-elle compatible avec les rapports spéciaux de fiduciaire qui existent entre la Couronne et les peuples autochtones?



Par exemple, imaginez qu'un certain groupe de peuples autochtones possède le droit constitutionnel de prendre du poisson à des fins de consommation. Un tel droit ne s'appliquerait pas nécessairement à la prise et à la vente de poissons à des fins commerciales (c'est-à-dire, pour gagner beaucoup d'argent).

Le poisson se fait rare. Afin de conserver et de gérer les stocks de poissons, le gouvernement limite la quantité de poissons que peut prendre une personne autochtone. D'après les tribunaux, la conservation et la gestion des ressources constituent un « objectif législatif impérieux et réel » pouvant restreindre les droits ancestraux. Par conséquent, une telle loi satisferait vraisemblablement au premier volet du critère.

Cependant, il ne serait satisfait au deuxième volet du critère, à savoir, les « rapports spéciaux de fiduciaire » qui existent entre la Couronne et les peuples autochtones, que si la loi garantissait que les peuples autochtones prenant du poisson à des fins de consommation ont la priorité sur les peuples non autochtones prenant du poisson à des fins commerciales.

### Questions :

1. Croyez-vous que les tribunaux ont restreint à juste titre les droits ancestraux prévus à l'article 35 alors que les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle* de 1982 et de la *Charte* ont choisi de ne pas restreindre ces droits par l'intermédiaire de l'article premier de la *Charte*?
2. Pourquoi pensez-vous que les tribunaux étaient d'avis de restreindre les droits ancestraux prévus à l'article 35? Selon vous, quels autres objectifs législatifs seraient impérieux et réels?
  - a. La poursuite de l'équité sur les plans économique et régional?
  - b. La reconnaissance du fait que, historiquement, des groupes non autochtones comptent sur les ressources de la pêche et participent à leur exploitation?
3. Imaginez qu'un groupe de peuples autochtones a le droit de récolter du bois dans une certaine zone géographique. Imaginez également que le gouvernement a vendu les droits d'exploitation forestière dans la même zone géographique à une société d'exploitation forestière commerciale. Le gouvernement a-t-il le droit de le faire? Pourquoi ou pourquoi pas?
4. Les droits issus de traités découlent d'un accord entre la Couronne et un groupe de peuples autochtones. Convient-il de restreindre les droits qui ont été définis dans un accord particulier entre la Couronne et le titulaire des droits? N'aurait-il pas été préférable que la Couronne inscrive toute restriction nécessaire dans le traité lui-même? Quels problèmes éventuels une telle approche soulève-t-elle?

(Indice : Le manque de ressources et les préoccupations environnementales sont des produits du siècle dernier. La Couronne n'aurait pu prévoir une pénurie de poisson nécessitant la restriction d'un droit de pêche conféré aux Autochtones par un traité.)