

# LE DROIT DES AUTOCHTONES DANS LE CONTEXTE DES POURSUITES À CARACTÈRE RÉGLEMENTAIRE

Cheryl Sharvit

Symposium sur l'environnement au tribunal (II):  
poursuites relatives à l'environnement

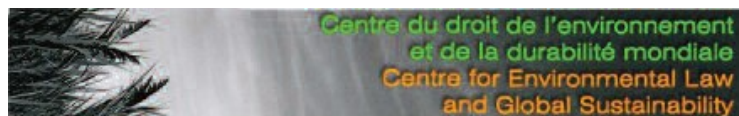
Les 18 et 19 mars 2013  
Université d'Ottawa



This project was undertaken with the financial support of:



Ce projet a été réalisé avec l'appui financier de :



L'Institut canadien du droit des ressources encourage la disponibilité, la diffusion et l'échange d'information publique. Vous pouvez copier, distribuer, afficher ou télécharger cette information ou encore, vous en servir librement moyennant les considérations suivantes :

- (1) vous devez faire mention de la source de cette information;
- (2) vous ne pouvez pas modifier cette information;
- et
- (3) vous ne devez pas en faire un usage commercial sans la permission écrite préalable de l'Institut.

Droit d'auteur © 2013

L'histoire des rapports entre les Européens et la common law, d'une part, et les peuples autochtones, d'autre part, s'étale sur une longue période. Comme on peut s'y attendre, les principes régissant ces rapports n'ont pas toujours été appliqués uniformément durant cette longue histoire. Et pourtant, cette histoire, depuis les tout débuts jusqu'à nos jours, est illuminée par un fil d'or – la reconnaissance par la common law des lois et coutumes ancestrales des peuples autochtones qui occupaient le territoire avant la colonisation européenne. ...

Récemment, dans l'arrêt *Mabo*, la Haute Cour d'Australie, après un exposé remarquable de la jurisprudence des pays du Commonwealth et des États-Unis sur la question, a conclu que Sa Majesté doit être considérée comme ayant pris possession des territoires de l'Australie, sous réserve des droits ancestraux existants sur ces terres, même en l'absence de reconnaissance de tels droits. Comme l'a dit le juge Brennan, à la p. 58: [traduction] « un territoire habité, devenu une colonie, n'était pas davantage un désert au sens de la loi qu'il n'était dans les faits un « désert » ... ». Une fois écartées les « fictions » découlant de la notion de territoire sans maître (*terra nullius*), [traduction] « [l]a nature et les attributs du titre aborigène doivent être déterminés en tant que question de fait, eu égard [aux] lois et coutumes » des autochtones visés. ...

Une chose est claire, lorsqu'elle découvrait et occupait un « nouveau » territoire, la Couronne reconnaissait les lois et coutumes des sociétés autochtones qui y vivaient, ainsi que les droits sur les terres que ces dernières avaient traditionnellement occupées et qui dérivait de ces lois et coutumes. ...

Il s'ensuit qu'il faut considérer que, au Canada, la Couronne a accepté les lois et coutumes autochtones existantes, ainsi que les intérêts dans les terres et les eaux auxquels elles donnaient naissance, même s'ils n'avaient pas d'équivalents dans le droit d'Angleterre. Dans la mesure où un peuple autochtone avait, en vertu de ses lois ou coutumes internes, utilisé les terres et les eaux s'y trouvant dans le passé, il doit être considéré comme ayant toujours le droit de les utiliser, en l'absence d'extinction ou de traité.<sup>1</sup>

L'affaire *R. c. Van der Peet*, soit le critère qui a permis de prouver un droit ancestral, comme la plupart des arrêts pour lesquels la loi relative au titre aborigène, aux droits ancestraux et aux droits conférés par traité a été élaborée, était une poursuite à caractère réglementaire. La défenderesse, Dorothy Van der Peet, avait été accusée d'avoir violé la *Loi sur les pêches*, à l'instar des défendeurs de plusieurs autres arrêts-clés relativement aux droits ancestraux.<sup>2</sup> D'autres affaires pour lesquelles les principes et les critères applicables à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle*, 1982 ont été établis découlent d'accusations de chasse et d'accusations d'exploitation forestière sans permis.<sup>3</sup> Les Autochtones, qui croyaient qu'ils exerçaient leurs droits en vertu de leurs propres lois, comme cela avait toujours été le cas, se voyaient alors accusés d'infractions en vertu des lois de la Couronne. Pour se défendre contre les accusations portées contre eux, ils ont revendiqué leurs droits ancestraux et les droits conférés par traité. Seulement un petit

<sup>1</sup> *R c Van der Peet*, [1996] 2 RCS 507 [*Van der Peet*] au par 263, 265, 268 et 269 (c'est moi qui souligne).

<sup>2</sup> Se reporter, par exemple, à *R c Sparrow*, [1990] 1 RCS 1075 [*Sparrow*]; *R c Gladstone*, [1996] 2 RCS 723 [*Gladstone*]; *R c Adams*, [1996] 3 RCS 101 et *R c Côté*, [1996] 3 RCS 139.

<sup>3</sup> Se reporter, par exemple, à *R c Sioui*, [1990] 1 RCS 1025; *R c Badger*, [1996] 1 RCS 771 [*Badger*]; *R c Sundown*, [1999] 1 RCS 393; *R c Marshall*; *R c Bernard*, 2005 CSC 43 [*Bernard*]; et *R c Morris*, 2006 CSC 59 [*Morris*].

nombre de droits ancestraux, de titres aborigènes et de droits conférés par traité ont fait l'objet de poursuites civiles entamées par les détenteurs de droits indigènes.<sup>4</sup>

La présente communication ne discute pas des critères de preuve des droits protégés en vertu de l'article 35(1) de même que de l'analyse et des critères élaborés et appliqués par les tribunaux pour déterminer si un droit conféré par l'article 35(1) a été violé de façon injustifiable.<sup>5</sup> Elle porte plutôt sur deux questions interdépendantes : est-ce que les poursuites à caractère réglementaire constituent un forum convenable pour discuter de ces enjeux, et quel est le rôle des droits et des systèmes judiciaires des Autochtones qui, tels qu'indiqués par le juge McLachlin dans les extraits de *Van der Peet* présentés ci-dessus, existaient déjà et ont survécu à la déclaration de souveraineté de la Couronne sur ce qui est maintenant le Canada? La conclusion porte sur la considération du rôle des tribunaux à combler l'écart entre le système judiciaire des Autochtones et le système judiciaire des colonisateurs.

## **LES DROITS ET LES SYSTÈMES JUDICIAIRES AUTOCHTONES EXISTENT, ET ILS SONT PROTÉGÉS PAR LA CONSTITUTION**

Même si l'avis du juge McLachlin était dissident dans l'arrêt *Van der Peet*, depuis son premier jugement au sujet de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle, 1982* dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, la Cour suprême du Canada n'a cessé d'indiquer que les droits des Autochtones constituent des principes-clés, de faire mention de la nécessité de tenir compte de la perspective autochtone,<sup>6</sup> y compris les systèmes judiciaires indigènes.<sup>7</sup> Dans *Van der Peet*, l'arrêt rendu majoritairement a adopté l'interprétation du professeur Slaterry selon laquelle les droits ancestraux constituent un droit intersociétal, et a soutenu qu'une conciliation nécessite qu'un poids égal soit accordé à la perspective de la common

---

<sup>4</sup> Les affaires les plus remarquables intentées par des peuples indigènes à titre de poursuites civiles ont trait à des revendications de titres autochtones : *Calder c Procureur Général de la Colombie-Britannique*, [1973] RCS 313; *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, [1997] 3 RCS 1010 [*Delgamuukw*]; et *William c British Columbia*, 2012 BCCA 285 (autorisation d'interjeter appel à la Cour suprême du Canada accordée le 24 janvier 2013). Les Lax Kw'alaams ont revendiqué tant le titre aborigène que les droits de pêche, mais la question du titre aborigène a été dissociée de l'instance : *Bande indienne des Lax Kw'alaams c Canada (Procureur général)*, 2006 BCSC 1463. Le jugement a été rendu en fonction de la revendication des droits ancestraux : *Bande indienne des Lax Kw'alaams c Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56 [*Lax Kw'alaams*].

<sup>5</sup> Les arrêts-clés au sujet des droits conférés par traité comprennent : *Morris*, *supra* note 3; *R c Marshall*, [1999] 3 RCS 456; et *Badger*, *supra* note 3. Les arrêts exposant les critères et l'analyse en vertu de l'article 35 dans le contexte des droits ancestraux comprennent : *Van der Peet*, *supra* note 1; *R c Sappier*, 2006 CSC 54 [*Sappier*]; et *Gladstone*, *supra* note 2. Les jugements-clés au sujet du titre aborigène sont *Delgamuukw*, *supra* note 4; et *R. c. Marshall; Bernard*, *supra* note 3. Bien que cette liste de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada à propos de ces questions ne soit pas exhaustive, il est bon de remarquer que toutes ces poursuites, à l'exception de *Lax Kw'alaams* et de *Delgamuukw*, avaient d'abord un caractère réglementaire.

<sup>6</sup> *Sparrow*, *supra* note 2 au par 69.

<sup>7</sup> *Delgamuukw*, *supra* note 4 au par 147.

law et à la perspective autochtone, ce qui comprend les droits des peuples autochtones.<sup>8</sup> De même, dans l'arrêt *Delgamuukw*, la cour a confirmé que le titre aborigène tient sa source, en partie, de systèmes de droit des Autochtones précontact.<sup>9</sup> La cour a soutenu que les droits des Autochtones à l'égard des régimes fonciers et de l'utilisation des terres jouent un rôle dans l'établissement de l'occupation des terres lorsque vient le temps de prouver le titre aborigène.<sup>10</sup>

Ces principes découlent du droit qui gouvernait la Couronne britannique à l'époque coloniale. Selon le principe de la continuité, les droits précontacts en vertu du droit local se sont poursuivis après que la Couronne a affirmé la souveraineté sur les terres occupées par les peuples autochtones.<sup>11</sup> Comme l'a fait remarquer la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Mitchell*,<sup>12</sup> les droits des Autochtones ont survécu à la déclaration de souveraineté et ont été absorbés en tant que droits dans la common law. Maintenant, ces droits sont protégés en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle, 1982*. Dans l'arrêt *Campbell*, le juge Williamson de la cour suprême de la Colombie-Britannique a soutenu que l'article 35 protège le droit des peuples autochtones détenant un titre aborigène de prendre des décisions relativement à l'utilisation des terres et, par conséquent, le droit d'avoir une structure politique leur permettant de prendre ces décisions ... »<sup>13</sup> [traduction libre] Là où il existe des traités, il est permis de croire que les signataires autochtones n'ont pas renoncé à leur compétence sur les ressources naturelles.<sup>14</sup>

Récemment, le juge en chef Finch de la cour d'appel de la Colombie-Britannique a recommandé que les juges, la profession juridique et la société se familiarisent avec les droits et les systèmes judiciaires des Autochtones et fassent place au régime juridique autochtone.<sup>15</sup> Pour reprendre ses paroles : « le système judiciaire actuel doit reconnaître la coexistence des régimes juridiques autochtones précontacts ». <sup>16</sup> [traduction libre] Pour sa part, la professeure Jeannette Armstrong affirme que la reconnaissance des traditions

<sup>8</sup> *Van der Peet*, *supra* note 1 aux par 42, 49-50.

<sup>9</sup> *Delgamuukw*, *supra* note 4 aux par 114, 145, 147.

<sup>10</sup> *Delgamuukw*, *ibid* au par 148.

<sup>11</sup> K McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (Oxford : Clarendon Press, 1989) à 171-179; M Walters, « British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw c British Columbia* (1992) 17 Queen's LJ 350 à 407-409; RL Barsh, « Indigenous Rights and the *Lex Loci* in British Imperial Law » dans Kerry Wilkins, éd, *Advancing Aboriginal Claims: Visions/Strategies/Directions* (Saskatoon : Purich Publishing, 2004) à 91.

<sup>12</sup> *Mitchell c MNR*, 2001 CSC 33 au par 10.

<sup>13</sup> *Campbell c British Columbia*, 2000 BCSC 1123 au par 137. Cet arrêt soutenait aussi que les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle, 1867* ne sont exhaustifs qu'entre les provinces et le gouvernement fédéral.

<sup>14</sup> Se reporter à KL Ladner, « Up the Cree: Fishing for a New Constitutional Order » (2205) 38 *Revue canadienne de science politique* 923-953, plus particulièrement aux pages 924, 943-944 et 94; KL Ladner, « Treaty Federalism: An Indigenous Vision of Canadian Federalisms » dans F Rocher et M Smith, *New Trends in Canadian Federalism*, 2<sup>e</sup> éd (Peterborough: Broadview Press, 2003).

<sup>15</sup> Juge en chef Lance SG Finch, « The Duty to Learn: Taking Account of Indigenous Legal Orders in Practice », préparé pour la Continuing Legal Education Society of British Columbia, novembre 2012.

<sup>16</sup> Juge en chef Lance Finch, *supra* au par 44.

juridiques autochtones et la collaboration entre l'État et les gouvernements autochtones constituent le passage à la « biojustice ».<sup>17</sup>

Les droits des Autochtones sont assortis de régimes fonciers et de règles régissant l'utilisation des terres et des ressources. Ces droits des Autochtones doivent être reconnus et intégrés à la gestion des ressources du Canada. Il en résulterait notamment un moins grand nombre de poursuites d'Autochtones s'adonnant à leurs activités traditionnelles d'utilisation des ressources. Ce que l'on peut considérer comme une « contravention » du point de vue des lois canadiennes et provinciales pourrait, du point de vue des Autochtones, être l'exercice d'un droit ancestral, conformément au système judiciaire autochtone. Le système judiciaire autochtone est susceptible d'avoir ses propres règles en matière de terres et de ressources. Deux exemples viennent illustrer en quoi ne pas avoir fait place aux droits des Autochtones et à leurs systèmes judiciaires a donné lieu à des accusations, à la poursuite d'Autochtones et à des procès.

### **R. c. Morris**

Dans l'affaire *R. c. Morris*,<sup>18</sup> des accusations ont été portées en vertu de la *Wildlife Act* de la Colombie-Britannique. Les accusés étaient des membres de la bande Tsartlip de la nation Saanich, les signataires d'un traité conclu avec la Couronne en 1852. Selon ce traité, la nation Saanich aurait la « liberté de chasser sur les terres non habitées et de pêcher comme autrefois ». Les accusés chassaient la nuit, sans éclairage quelconque, ce qui était interdit en vertu de la *Wildlife Act* en raison du caractère dangereux de cette activité. Les chasseurs accusés avaient été piégés dans un leurre, puis des accusations avaient été portées contre eux. Au sein de leur système judiciaire autochtone, il est permis de chasser la nuit, sans éclairage. La preuve entourant ce droit autochtone était efficace en ce sens que le peuple des Tsartlip s'adonnait à cette activité depuis toujours, et qu'aucun accident s'y rapportant n'avait jamais été consigné.<sup>19</sup>

Les cours de trois échelons différents ont déclaré que les accusés étaient coupables, et ont soutenu ces déclarations de culpabilité.<sup>20</sup> La Cour suprême du Canada a toutefois renversé ces condamnations. Il existe probablement de nombreux Autochtones qui ont été reconnus coupables d'infractions semblables, mais qui n'ont pas réussi à porter leur cause jusqu'à la Cour suprême du Canada. Dans l'affaire *Morris*, les défenseurs auraient pu toujours être condamnés pour une violation même s'ils exerçaient un droit ancestral ou un droit conféré par traité en fonction des droits de leur propre peuple. Les cours

---

<sup>17</sup> J Armstrong, « The Salishan Inter-Areal Framework », préparé pour la Continuing Legal Education Society of British Columbia, novembre 2012. M Armstrong fait remarquer que cette approche serait conforme à l'article 8J de la *Convention des Nations Unies sur la biodiversité* de même qu'à la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*.

<sup>18</sup> *Morris*, supra note 3.

<sup>19</sup> *Morris*, *ibid* aux par 5, 11, 26.

<sup>20</sup> [1999] BCI n° 3199 (QL); 2002 BCSC 780; et 2004 BCCA 121.

inférieures ont accepté l'hypothèse sous-jacente à la loi de la province, selon laquelle chasser la nuit sans éclairage n'est pas sécuritaire.<sup>21</sup> Cependant, une majorité de la Cour suprême du Canada n'a pas accepté cette hypothèse parce que la preuve établit que la chasse de nuit sans éclairage est sécuritaire si elle respecte les règles et les pratiques des Tsartlips.

La Cour a conclu que les deux parties visées par le traité avaient une même intention en ce sens que le droit de chasser conféré par le traité ne comprend pas le droit de chasser de manière non sécuritaire;<sup>22</sup> cependant, les accusés ne s'adonnaient pas à une pratique non sécuritaire, et la Cour a conclu qu'ils exerçaient le droit de chasser qui leur était conféré par le traité. Par conséquent, la Cour a conclu que l'interdiction de chasser la nuit portait atteinte au droit conféré par le traité, et qu'en raison de la division des pouvoirs découlant de la *Loi constitutionnelle, 1867* et de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, la disposition ne s'appliquait pas, et la Cour a renversé les condamnations.<sup>23</sup> Si la province avait voulu se familiariser avec les droits des Tsartlips et accepté d'y faire place, les défenseurs autochtones n'auraient pas été accusés et poursuivis en justice.<sup>24</sup>

### **Colombie-Britannique c. Bande indienne Okanagan**

En 1999, la nation Okanagan, a accordé un permis d'exploitation forestière à l'une de ses bandes, la bande indienne Okanagan, lui permettant de défricher des arbres tout près de la réserve de cette bande. Le peuple avait désespérément besoin d'habitations pour ses membres, et le bois avait servi à construire une maison pour une personne âgée dont la santé était à risque parce que la toiture de sa maison coulait, qu'il n'y avait pas de

---

<sup>21</sup> *Morris, supra* note 3 au par 11.

<sup>22</sup> *Morris, ibid* au par 56.

<sup>23</sup> *Morris, ibid* au par 60.

<sup>24</sup> Les cours ont également soutenu que les Autochtones accusés n'exerçaient pas un droit ancestral lorsqu'ils n'ont pas respecté les droits des Autochtones pertinents. Dans ce contexte, un exemple de cour reconnaissant les droits des Autochtones se trouve dans le jugement rendu par la cour provinciale de la Colombie-Britannique dans l'affaire *R c Bruce William Wilson Jr*, 2003 BCPC56. Dans ce cas-là, la preuve a porté à croire que l'accusé ne respectait pas le droit des Gitxsans et que par conséquent, il n'existait pas de droit ancestral. L'accusé a tiré un grizzli et ses deux oursons, puis les a tués. Selon sa défense, il exerçait son droit ancestral consistant à tuer les ours parce qu'ils étaient dangereux et posaient une menace à son peuple. Au procès, la preuve présentée a montré que son geste était contraire au droit des Gitxsans, qui exige que les grizzlis soient traités avec respect. Lorsqu'un ours pose un problème, les Gitxsans lancent une alerte au sein du peuple et le signalent au bureau local de la faune aquatique et terrestre, en espérant que celui-ci piège l'ours et le transporte ailleurs. Par contre, advenant que cette méthode ne porte pas fruits, le chef et les aînés font alors appel à un chasseur pour éliminer l'ours en question, et seul un chasseur d'expérience peut faire cette tâche. Par ailleurs, l'accusé n'avait pas utilisé toutes les parties de l'ours, ce qui est également contraire aux attentes des Gitxsans. Le juge a soutenu que l'exercice du droit ancestral serait assujéti au droit des Gitxsans (se reporter aux par 18 et 27).

chauffage central, pas de plomberie et pas de toilettes.<sup>25</sup> Le budget de la bande était en situation déficitaire et elle ne pouvait pas obtenir de financement pour construire une maison à cette personne âgée ou à n'importe quelle autre personne de la réserve qui avait besoin d'un logement.<sup>26</sup>

La bande indienne Okanagan a donc fait la récolte sélective de bois en vertu du permis que lui avait accordé la nation Okanagan,<sup>27</sup> puis la bande indienne Okanagan a été accusée d'avoir coupé, abîmé ou détruit le bois de la Couronne sans permission et ce, en vertu des lois provinciales sur l'exploitation forestière. La bande indienne Okanagan n'avait pas réussi à faire l'exploitation forestière en vertu de cette législation.<sup>28</sup> Le conflit entre les lois de la bande Okanagan et celles de la Colombie-Britannique allait beaucoup plus loin que le permis de couper du bois délivré par la nation Okanagan et l'interdiction de la province de couper du bois sans permission. Il y avait, et il y a toujours, un conflit de longue date entre cette nation et la province au sujet de la gestion des forêts et des bassins hydrographiques.<sup>29</sup> Pendant de nombreuses générations, le peuple Okanagan a géré les bassins hydrographiques en vertu de son propre droit. Cela lui conférait la responsabilité de s'occuper des terres. Lorsque l'être humain a été créé, un pacte a été fait, selon lequel nous, en tant qu'humains, sommes tenus de faire les choses d'une certaine façon et en retour, quelqu'un s'occuperait de nous. »<sup>30</sup>

En vertu de son propre droit et de ses propres systèmes, l'une des activités auxquelles s'adonnait le peuple Okanagan était la gestion de l'utilisation des ressources naturelles au moyen de feux dirigés.<sup>31</sup> D'après les connaissances écologiques de ce peuple, les brûlages dirigés permettaient de prendre soin de l'écosystème forestier. Advenant que le cycle de brûlage naturel ne brûle pas un endroit périodiquement, la prolifération des végétaux empêcherait les plantes de sous-bois de pousser, ce qui comprend les baies et les remèdes dont se servait le peuple Okanagan, de même que les plantes dont les animaux et les oiseaux ont besoin. Ce peuple connaissait les diverses périodes de l'année et savait déchiffrer les cycles éoliens et les cycles de pression de l'air leur permettant de faire les brûlages dirigés en toute sécurité. La nation Okanagan ne peut plus faire ces feux dirigés parce qu'ils sont interdits par les lois de la Colombie-Britannique. Depuis, toujours, en vertu des lois de cette province, de vastes sections des forêts du peuple

---

<sup>25</sup> Affidavit du chef Dan Wilson, déposé le 30 novembre 1999 dans le cadre de *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c Bande indienne Okanagan*, SCBC Vernon Registry, n° 23911 [*Okanagan* n° 23911].

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> Affidavit du chef Dan Wilson, déposé le 28 octobre 1999 dans *Okanagan* n° 23911, *supra* note 25.

<sup>28</sup> Affidavit de Dan Wilson n° 7, déposé le 5 août 2010 dans *Okanagan* n° 23911, *ibid.*

<sup>29</sup> La province a continué d'autoriser la coupe à blanc dans les bassins hydrographiques visés pendant que le procès était en cour, ce qui a mené à un autre litige dans le cadre duquel Tolko, l'exploitant forestier auquel la province avait accordé des droits de coupe, et la bande indienne Okanagan ont toutes deux sollicité des injonctions l'un contre l'autre : *Tolko Industries Ltd c. Okanagan Indian Band*, 2010 BCSC 24.

<sup>30</sup> Affidavit n° 1 de Jeannette Armstrong, déposé le 15 mai 2007 dans *Okanagan* n° 23911, *supra* note 25 au par 18.

<sup>31</sup> *Ibid* au par 29.



Okanagan ont été coupées à blanc. Ce peuple croit que la coupe à blanc, le remplacement de leurs forêts par des fermes forestières et l'interdiction des brûlages dirigés imposés au peuple Okanagan ont contribué à l'épidémie de dendroctone du pin ponderosa qui a dévasté, ces dernières années, une grande partie de leurs forêts et a mené à l'accélération de la coupe à blanc afin de sauver la valeur financière des arbres avant que les dendroctones n'en réduisent la valeur commerciale.<sup>32</sup>

### **LES POURSUITES À CARACTÈRE RÉGLEMENTAIRE CONSTITUENT-ELLES UN CONTEXTE CONVENABLE À L'ÉLABORATION DU DROIT DES AUTOCHTONES?**

Dans l'arrêt *Sparrow*, la cour a fait remarquer que le procès découlant d'une violation à une interdiction pénale ne représente pas nécessairement le cadre le plus convenable pour déterminer l'existence d'un droit ancestral, et la preuve n'était pas considérable ...<sup>33</sup> De même, seize ans plus tard, dans ses motifs concordants minoritaires dans *Marshall; Bernard*, le juge LeBel a énoncé que les poursuites découlant d'infractions réglementaires ne représentent pas le forum idéal pour l'élaboration du droit des Autochtones.

Dans l'arrêt *Delgamuukw*, le juge LeBel a fait remarquer que la cour a soutenu que l'occupation physique ne constitue qu'une seule source de titre autochtone. L'autre source vient des droits des Autochtones :

139 Le point de vue des autochtones sur l'occupation des terres peut être dégagé, en partie, mais par exclusivité, de leurs règles de droit traditionnelles parce que ces règles étaient des éléments des coutumes, pratiques et traditions des peuples autochtones, et pourraient notamment inclure un régime de tenure foncière ou des règles régissant l'utilisation des terres.

140 ... 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.

Même si le juge LeBel s'est penché du côté de la majorité, soutenant que la revendication du titre aborigène n'avait pas été établie, il a fait une mise en garde selon laquelle le jugement ne doit pas être considéré comme une prise de position définitive au sujet du titre aborigène dont il est question, en partie parce que la nature de la poursuite n'était pas entière. Il manquait en effet la perspective judiciaire autochtone :

---

<sup>32</sup> *Ibid* au par 30; affidavit de Fabian Alexis, déposé le 15 mai 2007 dans *Okanagan* n° 23911, *supra* note 25.

<sup>33</sup> *Sparrow*, *supra* au par 30.

141 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 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. (c'est moi qui souligne)

#### 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.<sup>34</sup> (c'est moi qui souligne)

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 ...

Le juge LeBel a suggéré que la poursuite soit mise en garde pendant que les questions du titre et des droits font l'objet d'un litige aux tribunaux civils :

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

---

<sup>34</sup> Ce problème est survenu dans le cas de l'instance Okanagan dont il est question ci-dessus, dans le cadre duquel la province a tenté de confiner le litige au bloc de coupe où la coupe à blanc avait été faite et l'ordre de suspendre les travaux avait été donné plutôt que de l'étendre au bassin hydrographique visé par le bloc de coupe. Le juge chargé de la gestion de l'instance a rejeté une demande de la province visant à confiner les éléments de preuve que la nation Okanagan pouvait présenter à la cour à l'utilisation et à l'occupation du bloc de coupe : *HMTQ c Chief Jules et al*, 2005 BCSC 1312 aux par 30-52.

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.

Bien que la procédure sommaire ne soit pas nécessairement un forum qui convienne à la détermination du titre, des règles et des droits conférés par traité, les procédures civiles ne constituent pas une solution de rechange adéquate pour l'instant. Entretemps, les poursuites continuent.

## **RISQUES ET DIFFICULTÉS DES POURSUITES CIVILES**

Bien que tous les éléments de preuve puissent être présentés à la cour dans le cadre d'une poursuite civile, et que les règles d'une nation autochtone soient permises devant la cour, les poursuites civiles coûtent cher et peuvent s'étendre sur de nombreuses années. Jusqu'à maintenant, la plupart des instances civiles faites par des peuples autochtones au Canada visant à prouver leur titre et leurs droits ont été jugées, tout au moins en partie, en fonction de questions de plaidoirie ou d'autres questions d'ordre technique.

### **Questions d'ordre technique ou de plaidoirie**

Seulement quelques instances relatives au titre aborigène et aux droits ancestraux ont fait l'objet de poursuites civiles. De ce nombre, le jugement de la plupart des instances a été rendu en fonction d'une question de plaidoirie ou d'une autre question d'ordre technique.

Dans l'arrêt *Calder*, trois juges de la Cour suprême du Canada ont soutenu que le titre aborigène était éteint, trois juges ont soutenu que les Nisga'as détenaient toujours un titre aborigène non éteint et le septième juge, soit le juge prépondérant, a rejeté l'action en raison d'une question d'ordre technique, car les Nisga'as n'avaient pas obtenu de décision arbitraire de la province pour aller de l'avant avec l'instance.

Au début, l'affaire *Delgamuukw* avait été mise en branle par des foyers individuels de Gitksans et de Wet'suwet'ens. Dans le cadre du pourvoi, les revendications ont cependant été fusionnées en deux revendications collectives, une par chacune des nations. La Cour suprême du Canada a conclu que les intimés avaient subi un préjudice parce que les Gitksans et les Wet'suwet'ens n'avaient pas modifié leurs plaidoiries et par conséquent, elle a demandé un nouveau procès au lieu d'appliquer aux faits les critères établis pour la preuve du titre aborigène.<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> *Delgamuukw*, *supra* note 4 aux par 76-77.

Pendant son procès, l'affaire *Tsilhqot'in* a été jugée en fonction d'une question de plaidoirie. Le juge d'instance avait conclu que la formulation de la demande introductive d'instance des Tsilhqot'ins soutenait une réclamation de « tout ou rien ». Puisque le juge de l'instance avait déterminé que la preuve ne permettait d'établir le titre aborigène qu'en partie, il a déclaré ne pas être en mesure d'accorder une déclaration de titre aborigène.<sup>36</sup>

Dans l'affaire *Lax Kw'alaams*,<sup>37</sup> la demande introductive d'instance portait précisément sur un droit à la pêche commerciale. Une fois le procès commencé, les Lax Kw'alaams ont invoqué une mesure réparatoire, des déclarations de droits moins étendus, y compris le droit de pêcher à des fins de subsistance. La Cour suprême du Canada a alors déclaré que les défendeurs ne devaient avoir aucun doute sur ce qu'ils réclamaient précisément. »<sup>38</sup>

## Frais

À peu près au même moment que les défendeurs des instances *Bernard* et *Marshall* abattaient des arbres sans permission de la province sur la côte Est, en Colombie-Britannique, les bandes Okanagan, Neskonlith, Adams Lake et Splots'in (Spallumcheen) faisaient de l'exploitation forestière en vertu de permis délivrés par leurs nations respectives (l'Okanagan Nation Alliance et le Secwepemc or Shuswap Nation Tribal Council), et non pas en vertu de permis délivrés par la province. La province a alors émis des ordres de suspension des travaux en vertu de ses lois sur l'exploitation forestière, a saisi les billots, obtenu des injonctions contre les bandes Okanagan et Secwepemc et introduit une instance afin de donner effet aux ordres de suspension du travail. En guise de défense, les bandes Okanagan et Secwepemc ont invoqué le titre aborigène et leurs droits, puis la procédure sommaire a été remplacée par une poursuite civile en l'an 2000. Les cours étaient d'avis qu'un interrogatoire préalable et des contre-interrogatoires s'imposaient pour déterminer la portée du titre aborigène des bandes Okanagan et Secwepemc.<sup>39</sup>

Les frais d'un procès de revendication de titre aborigène et de droits ancestraux peuvent être prohibitifs car un tel procès implique la réalisation d'une enquête de faits s'étendant sur de nombreuses années et fait appel à de nombreux témoins, dont des témoins experts et des témoins relatant l'histoire orale.<sup>40</sup> Les bandes Okanagan et Secwepemc ne pouvaient pas se permettre un procès de revendication de titre aborigène et c'est pourquoi ils ont demandé un octroi de provision pour frais selon lequel la Couronne acquitterait les

---

<sup>36</sup> *Tsilhqot'in Nation c British Columbia*, 2007 BCSC 1700 aux par 120-129 [*Tsilhqot'in*].

<sup>37</sup> *Lax Kw'alaams*, *supra* note 4.

<sup>38</sup> *Lax Kw'alaams*, *ibid* au par 45.

<sup>39</sup> *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c Bande indienne Okanagan*, 2000 BCSC 1135 [*Okanagan* 2000]; *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c Jules*, 2001 BCCA 647.

<sup>40</sup> Se reporter, par exemple, à *Tsilhqot'in Nation c British Columbia*, 2006 BCCA 2.

frais du procès à l'avance, quelle que soit l'issue de la cause, ce qui leur a été accordé.<sup>41</sup> La Cour suprême du Canada a établi de nouveaux critères pour les octrois de provisions pour frais anticipés ou intérimaires dans le cas de litiges allant dans l'intérêt du public, comme suit : 1) la partie qui demande une provision pour frais n'a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige et ne dispose réalistement d'aucune autre source de financement lui permettant de soumettre les questions en cause au tribunal; 2) la demande vaut *prima facie* d'être instruite; et 3) les questions soulevées dépassent le cadre des intérêts du plaideur, elles revêtent une importance pour le public et elles n'ont pas encore été tranchées.<sup>42</sup>

À la lumière de la troisième exigence, l'octroi de provisions pour frais n'est pas à la disposition de la plupart des peuples autochtones ayant des revendications pendantes de titre aborigène et de droits ancestraux, qu'il s'agisse de la défense d'une poursuite à caractère réglementaire ou d'une poursuite civile. À moins que les peuples autochtones puissent prouver que leur affaire est une cause décisive mettant en jeu une question juridique non résolue, l'affaire ne peut faire l'objet d'une provision de frais.<sup>43</sup> Le procès de revendication de titre aborigène et de droits ancestraux de la nation Tsilhqot'in était déjà en cours lorsque la cour d'appel de la Colombie-Britannique a accordé une provision de frais aux bandes Okanagan et Secwepemc. Les Tsilhqot'ins ont également eu droit à une provision de frais et ce, en fonction des critères établis dans l'affaire *Okanagan*.<sup>44</sup>

Ensuite, la Couronne a pu s'appuyer, en partie, sur l'instance *Tsilhqot'in* pour refuser aux bandes Okanagan et Secwepemc l'aptitude de prouver le titre aborigène de leurs instances en vertu de leurs provisions de frais. L'affaire Secwepemc a été suspendue en attendant le résultat de l'affaire Okanagan.<sup>45</sup> En 2007, après que la Cour suprême du Canada a concédé aux Micmacs et aux Maliseets un titre aborigène leur permettant de récolter du bois d'œuvre à des fins domestiques,<sup>46</sup> la province a admis que la bande Okanagan avait ce même droit. Bien que les Okanagan et les Secwepemcs n'avaient jamais revendiqué ce genre de droit, la province a demandé de différer les questions de droit aborigène de l'affaire Okanagan, ce qui lui a été accordé, qui ne serait instruite qu'au besoin après qu'une décision soit rendue à savoir si la province pouvait justifier la

<sup>41</sup> *Okanagan* 2000, *supra* note 39; *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c Bande indienne Okanagan*, 2001 BCCA 647; *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71 [*Okanagan* 2003].

<sup>42</sup> *Okanagan* 2003, *ibid.*

<sup>43</sup> *Bande indienne Hagwilget c Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2008 CF 574. Quand le moment était venu d'octroyer la provision des frais, la Cour a suggéré au par 19 que si les questions juridiques sont propres à la présente affaire, n'ont pas encore été tranchées dans d'autres décisions et ne le seront vraisemblablement pas « dans un avenir rapproché », elle n'aurait pas fait l'octroi.

<sup>44</sup> *Xeni Gwet'in First Nations c British Columbia*, 2002 BCCA 434.

<sup>45</sup> *HTMQ c Chief Ronnie Jules et al*, 2005 BCSC 1312; *HMTQ c Chief Ronnie Jules et al*, motifs oraux prononcés le 5 avril 2006.

<sup>46</sup> *Sappier*, *supra* note 5; *R c Gray*, 2006 CSC 54.

violation du droit admis, et après l'aboutissement de l'instance *Tsilhqot'in*.<sup>47</sup> Jusqu'à présent, la bande Okanagan n'a pas eu la possibilité de se défendre à la lumière de son titre et de ses règles.

## ET PAR APRÈS?

Les cours ont fait appel aux parties pour négocier la conciliation.<sup>48</sup> La conclusion de l'arrêt *Delgamuukw* du juge en chef Lamer était comme suit :

186 En second lieu, la présente affaire a été longue et coûteuse, non seulement sur le plan financier, mais aussi sur le plan humain. En ordonnant la tenue d'un nouveau procès, je n'encourage pas nécessairement les parties à introduire une instance et à régler leur différend devant les tribunaux. Comme il a été dit dans *Sparrow*, à la p. 1105, le par. 35(1) « procure (...) un fondement constitutionnel solide à partir duquel des négociations ultérieures peuvent être entreprises. » Devraient également participer à ces négociations les autres nations autochtones qui ont un intérêt dans le territoire revendiqué. En outre, la Couronne a l'obligation morale sinon légale, d'entamer et de mener ces négociations de bonne foi. En fin de compte, c'est au moyen de règlements négociés – toutes les parties négociant de bonne foi et faisant les compromis qui s'imposent – processus renforcé par les arrêts de notre Cour, que nous pourrions réaliser ce que, dans *Van der Peet*, précité, par. 31, j'ai déclaré être l'objet fondamental du par. 35(1), c'est-à-dire « concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté. » Il faut se rendre à l'évidence, nous sommes tous ici pour y rester.

Dans l'arrêt *R. c. Marshall*, la cour a mentionné que l'accommodement des droits conférés par traité se concrétise mieux lorsqu'il y a consultation et négociation.<sup>49</sup> Dans l'affaire *Haïda*, la cour a, encore une fois, fait appel aux parties, leur demandant d'entreprendre des négociations afin de résoudre les questions en suspens entre les peuples autochtones et la Couronne :

20 Tant qu'un traité n'a pas été conclu, l'honneur de la Couronne exige la tenue de négociations menant à un règlement équitable des revendications autochtones : *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1105-1106. Les traités permettent de concilier la souveraineté autochtone préexistante et la souveraineté proclamée de la Couronne, et ils servent à définir les droits ancestraux garantis par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'article 35 promet la reconnaissance de droits, et « [i]l faut toujours présumer que [la Couronne] entend respecter ses promesses » (*Badger*, précité, par. 41). Un processus de négociation honnête permet de concrétiser cette promesse et de concilier les revendications de souveraineté respectives. L'article 35 a pour corollaire que la Couronne doit agir honorablement lorsqu'il s'agit de définir les droits garantis par celui-ci et de les concilier avec d'autres droits et intérêts. Cette obligation emporte à son tour celle de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder. (c'est moi qui souligne)

25 En bref, les Autochtones du Canada étaient déjà ici à l'arrivée des Européens; ils n'ont jamais été conquis. De nombreuses bandes ont concilié leurs revendications avec la souveraineté de la

---

<sup>47</sup> *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c Bande indienne Okanagan*, 2008 BCCA 107.

<sup>48</sup> Se reporter *Van der Peet*, *supra* note 1 au par 313.

<sup>49</sup> *R c Marshall*, [1999] 3 SCR 533 au par 22.

Couronne en négociant des traités. D'autres, notamment en Colombie-Britannique, ne l'ont pas encore fait. Les droits potentiels visés par ces revendications sont protégés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'honneur de la Couronne commande que ces droits soient déterminés, reconnus et respectés. Pour ce faire, la Couronne doit agir honorablement et négocier. Au cours des négociations, l'honneur de la Couronne peut obliger celle-ci à consulter les Autochtones et, s'il y a lieu, à trouver des accommodements à leurs intérêts.

Le juge Vickers, soit le juge du procès *Tsilhqot'in*, s'attendait à ce que les parties négocient. Il a essayé de favoriser ces négociations dans ses constatations au sujet du titre aborigène des Tsilhqot'ins :<sup>50</sup>

[1136] Dans le passé, la Colombie-Britannique a ou bien nié l'existence du titre aborigène et des droits ancestraux ou bien adopté comme politique que le titre aborigène et les droits ancestraux ne peuvent être discutés que lors des négociations sur les traités. Pendant toute la période en cause, la Colombie-Britannique a refusé de reconnaître le titre et les droits durant le processus de consultation. Par conséquent, le plaidoyer du peuple Tsilhqot'in a été ignoré. [traduction libre]

...

[1375] J'en suis venu qu'à voir que le rôle de la cour constitue une étape du processus de conciliation. Pour cette raison, j'ai profité de l'occasion pour trancher des questions qui n'avaient pas besoin de décisions. Par exemple, je n'ai pas été en mesure de faire une déclaration au sujet du titre aborigène des Tsilhqot'ins. Cependant, j'ai exprimé mon opinion, selon laquelle les parties sont libres de recourir aux négociations qui doivent s'ensuivre. [traduction libre]

[1376] Ce qui est clair à mes yeux, c'est que la perspective appauvrie de titre aborigène énoncée par le Canada et la Colombie-Britannique, qualifiée, par le demandeur, d'approche de « timbre-poste » donnant accès au titre, ne doit pas être envahissant et empêcher des négociations véritables. [traduction libre]

Les négociations des parties n'ont pas porté fruits. En Colombie-Britannique, là où la plupart des nations autochtones n'ont jamais conclu de traité avec la Couronne, le British Columbia Treaty Commission Process, un processus tripartite, a vu le jour en 1993. Depuis, les mandats et les politiques du gouvernement n'ont pas changé, malgré les modifications apportées à la loi. Soixante groupes des Premières Nations ont amorcé le processus du BCTC, ce qui représente 110 des 203 Premières Nations de la Colombie-Britannique. Seulement deux accords définitifs ont été ratifiés au cours des vingt années d'existence de ce processus.

Souvent, les prises de position de la Couronne manquent de se conformer à la jurisprudence, ce qui rend difficile la négociation d'une résolution. Par exemple, pendant de nombreuses années, la Colombie-Britannique a cherché à faire avancer sa position – étayée par divers arguments juridiques – selon laquelle le titre aborigène s'était éteint dans la province. Ces arguments ont été écrasés par la Cour suprême du Canada dans

---

<sup>50</sup> *Tsilhqot'in*, *supra* note 36. Se reporter aussi aux par 506, 961 et 1349.

l'affaire *Delgamuukw*, dans le cadre de laquelle la Cour a soutenu que le titre aborigène n'était pas éteint et qu'il continuait d'exister en Colombie-Britannique.<sup>51</sup>

En réponse au jugement *Delgamuukw*, au lieu de reconnaître que le titre aborigène existe toujours et d'entreprendre des négociations en fonction de cette affirmation, la province a adopté une position selon laquelle la reconnaissance du titre aborigène par la Cour était une opinion incidente, et que puisqu'aucun peuple autochtone n'avait vraiment prouvé le droit aborigène et reçu de déclaration de la part de la Cour, rien n'avait changé. Elle n'a pas voulu reconnaître le titre aborigène, ni négocier en fonction de cette reconnaissance, ni même consulter le peuple autochtone avant de prendre des décisions qui avaient des incidences sur leurs intérêts, à moins que la nation autochtone n'ait prouvé son titre aborigène et ses droits au tribunal. Au bout du compte, cela a mené à l'instance *Haïda*, dans laquelle la Cour suprême du Canada a rejeté la position de la Couronne selon laquelle tant que le titre aborigène ne serait pas prouvé, la Couronne n'avait pas d'obligations.<sup>52</sup>

La théorie actuelle de la province, qui a été rejetée et considérée comme « appauvrie » au procès de l'affaire *Tsilhqot'in*,<sup>53</sup> mais qui a porté fruits à l'appel,<sup>54</sup> sera instruite par la Cour suprême du Canada dans le courant de l'année. Cette théorie limite le titre aborigène à de petits emplacements individuels, comme des villages, des rochers de pêche, des abris de chasse et des précipices à bisons. Cette approche au titre aborigène fait fi des règles des peuples autochtones et ce, malgré l'exigence de l'affaire *Delgamuukw's* qui demande de donner du poids à ces règles. Il s'agit aussi d'une approche qui adopte implicitement les stéréotypes au sujet des peuples autochtones, stéréotypes que la Cour suprême du Canada a rejeté il y a près d'une trentaine d'années.<sup>55</sup> Cette position n'est pas propice à une résolution négociée.

## **SURVEILLANCE JUDICIAIRE DE LA MISE EN ŒUVRE DES DROITS ET DES NÉGOCIATIONS**

À l'instar du Canada, une grande partie de la jurisprudence des premiers droits conférés par traité aux États-Unis avait trait à la défense dans le cadre de poursuites.<sup>56</sup> En 1968, plusieurs tribus ont intenté des poursuites civiles contre l'État de l'Oregon pour avoir

---

<sup>51</sup> *Delgamuukw*, supra note 4 au par 172-186.

<sup>52</sup> *Nation Haïda c Colombie-Britannique*, 2004 CSC 73 au par 8-10, 28-31 [*Haïda*].

<sup>53</sup> *Tsilhqot'in*, supra note 36 au par 1376.

<sup>54</sup> *Tsilhqot'in Nation c British Columbia*, 2012 BCCA 285 au par 221.

<sup>55</sup> *Simon c La Reine*, [1985] 2 SCR 387 au par 21. Dans le cadre de cette affaire, la cour inférieure avait soutenu qu'en tant que sauvages, les signataires autochtones du traité en question n'avaient pas la capacité de conclure un traité. Le fait de restreindre le titre aborigène à de petits morceaux de terre ne reconnaît pas que les peuples autochtones étaient des sociétés organisées précontact, et la déclaration de souveraineté de la Couronne ne reconnaît pas que la souveraineté autochtone existait précontact, avant celle de la Couronne (*Haïda* au par 20), puis ne tient pas compte de la perspective autochtone et omet de lui donner du poids.



omis de protéger le droit des peuples indigènes de pêche en vertu du traité.<sup>57</sup> Le juge Belloni a soutenu que le droit de pêche conféré par le traité garantissait aux tribus leur juste part de la récolte de poissons, et que l'État de l'Oregon était tenu de protéger le droit de pêche conféré par le traité. Le juge Belloni a conservé la compétence d'accorder une mesure réparatoire supplémentaire ou modifiée, et a surveillé les décisions en matière de répartition pendant 12 ans.<sup>58</sup> Au bout du compte, ce jugement a mené à la négociation d'un plan de gestion du saumon, en vertu duquel la pêche était désormais gérée en collaboration entre l'État de l'Oregon et les tribus.<sup>59</sup>

Dans l'affaire *United States c. State of Washington*, une instance couramment appelée l'arrêt « Boldt »,<sup>60</sup> le gouvernement fédéral et les tribus de l'ouest de Washington ont intenté des poursuites, alléguant que l'État de Washington ne respectait pas les droits de pêche des tribus. Le juge Boldt avait soutenu que les tribus avaient droit à la moitié de toute la prise de saumon et que c'est à elles que devrait incomber la réglementation de la pêche indienne hors réserve, et que l'État ne l'emportait sur la pêche indienne hors réserve qu'aux fins d'effort de conservation.<sup>61</sup> Le juge Boldt avait également soutenu que les règlements de Washington n'étaient pas valables parce qu'ils favorisaient les pêches ne relevant pas des tribus. Washington a alors déclaré que l'État imposait des restrictions pour conserver les ressources et pour mettre fin aux excès de récolte des tribus, mais le juge Boldt a estimé qu'il n'existait pas de preuve crédible, directe ou indirecte, qu'un membre positivement identifié d'une tribu demanderesse avait exercé ses droits conférés par le traité en dehors d'une réserve d'une manière susceptible de nuire à la perpétuation de n'importe quelle espèce de poisson anadrome.<sup>62</sup> Ce jugement a été à la source de controverses et de confrontations, et le juge Boldt a conservé la compétence sur cette affaire afin d'aider les parties à résoudre les problèmes et les conflits découlant du jugement, ainsi qu'afin de faire en sorte que l'État de Washington se conforme à sa décision.<sup>63</sup>

---

<sup>56</sup> Se reporter à Michael C Blumm et Jane G Steadman, « Indian Treaty Fishing Rights and Habitat Protection: The Martinez Decision Supplies a Resounding Judicial Reaffirmation » (2009) 49 *Ressources naturelles J* 653 à 665, et note de bas de page 61.

<sup>57</sup> *Sohappy c Smith*, 302 FSupp 899 (DOr 1969) (couramment appelée l'arrêt « Belloni »).

<sup>58</sup> Blumm et Steadman, *supra* note 56 à 666, et note de bas de page 68.

<sup>59</sup> Se reporter à M Blumm et B Swift, « The Indian Treaty Piscary Profit and Habitat Protection in the Pacific Northwest: A Property Rights Approach » (1998) 69 *U Colo L Rev* 407 à 460-462; et à M Wood, « The Tribal Property Right to Wildlife Capital (Part I): Applying Principles of Sovereignty to Protect Imperiled Wildlife Populations » (2000) 37 *Idaho L Rev* 1 à 16-17.

<sup>60</sup> *United States c. State of Washington*, 384 FSupp 312, (WD Wash 1974) [Boldt], aff'd, 520 F2d 676 (9<sup>e</sup> Cir 1975), cer denied, 423 US 1086 (1976).

<sup>61</sup> De tels règlements se devaient d'être raisonnables et nécessaires à la perpétuation d'une montaison ou d'une espèce particulière de poisson. Boldt, *ibid* à 342.

<sup>62</sup> Boldt, *ibid* à 338, fn 26.

<sup>63</sup> Boldt, *ibid* à 347. L'arrêt Boldt s'est traduit par d'autres litiges, dont la clarification que le droit conféré par traité ne garantissait rien de plus que le nécessaire pour mener une vie modérée, soit jusqu'à 50 pour

Au Canada, les tribunaux ont conservé la compétence quant à l'obligation de consulter diverses instances, ce qui donne aux parties l'autorisation de demander d'autres instructions à la cour;<sup>64</sup> donne l'autorisation à la partie autochtone de faire instruire sa cause de nouveau devant le tribunal si elle estime que la consultation et l'accommodement sont inadéquats, ce qui comprend la possibilité de demander de casser le jugement ou l'approbation en question;<sup>65</sup> et ordonne la médiation, ce qui permet à la partie autochtone de demander d'autres instructions de la cour advenant que la médiation ne porte pas fruits.<sup>66</sup> Tel qu'indiqué ci-dessus, la plupart des poursuites de la part des récolteurs autochtones de ressources pourraient être évitées si l'on faisait place aux systèmes judiciaires autochtones. Bien que les poursuites de récolteurs autochtones de ressources soient entamées à la lumière de la nécessité de conserver les ressources, les vraies menaces aux ressources sont habituellement le résultat des lois fédérales et provinciales.<sup>67</sup> La surveillance judiciaire des négociations entre la Couronne et les peuples autochtones en ce qui a trait aux droits qui leur ont été conférés par traité, au titre aborigène et aux droits ancestraux, et la présentation d'une demande expresse à la Couronne de faire place aux systèmes judiciaires autochtones en matière de gestion des ressources naturelles, pourrait être une manière d'amener les parties à se concilier.

---

cent de la prise. Se reporter, par exemple, à *Washington c Fishing Vessel Ass'n*, 443 US 658 (1979) à 686-687.

<sup>64</sup> *Nation Haida c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2002 BCCA 147 aux par 58-62. *Homalco Indian Band c British Columbia (Minister of Agriculture, Food and Fisheries)*, 2005 BCSC 283 au par 127 [*Homalco*]; *Heiltsuk Tribal Council c British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)*, 2003 BCSC 1422 au par 129.

<sup>65</sup> *Homalco, ibid*; *Gitksan and other First Nations c British Columbia (Minister of Forests)*, 2002 BCSC 1701; *Gitanyow First Nation c British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 BCSC 1734.

<sup>66</sup> *Hupacasath First Nation c British Columbia (Minister of Forests)*, 2005 BCSC 1712; *Ke-Kin-Is-Uqs c British Columbia (Minister of Forests)*, 2008 BCSC 1505. La Couronne a reçu l'ordre d'assumer les frais du médiateur. Le juge Smith avait indiqué aux parties ce dont il fallait discuter à la médiation y compris, par exemple, la façon de faire participer les Hupacasath aux discussions concernant la protection de l'environnement, de la faune et des bassins hydrographiques des terres visées, et l'accommodement des ressources sur les terres de la Couronne en ce qui a trait aux incidences du jugement relatif à la nation Hupacasath.

<sup>67</sup> Se reporter à *William c British Columbia*, 2012 BCCA 285 aux par 290-343, dans lesquels la cour d'appel de la Colombie-Britannique a soutenu que les conclusions du juge du procès à l'égard de la loi sur l'exploitation forestière de la Colombie-Britannique vont à l'encontre des droits de chasse et de piégeage des Tsilhqot'ins de manière injustifiée car elle a une incidence directe sur la faune en réduisant la diversité des espèces et leurs populations, et détruit leur habitat, notamment par l'enlèvement des débris ligneux grossiers, le compactage du sol, les changements à l'hydrologie et le rétablissement lent des forêts qui s'ensuit.