

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

v.

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

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of British Columbia, Attorney General of Alberta, Attorney General of Newfoundland and Labrador, Forest Products Association of Nova Scotia, Keptin John Joe Sark and Keptin Frank Nevin (of the Mi'kmaq Grand Council), Native Council of Nova Scotia, New Brunswick Aboriginal Peoples Council, Congress of Aboriginal Peoples, Assembly of First Nations and Songhees Indian Band, Malahat First Nation, T'Sou-ke First Nation, Snaw-naw-as (Nanoose) First Nation and

Sa Majesté la Reine *Appelante/intimée au
pourvoi incident*

c.

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

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de l'Alberta, procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, Forest Products Association of Nova Scotia, Keptin John Joe Sark et Keptin Frank Nevin (du Grand Conseil Mi'kmaq), Native Council of Nova Scotia, New Brunswick Aboriginal Peoples Council, Congrès des peuples autochtones, Assemblée des Premières Nations et Bande indienne de Songhees, Première nation de Malahat, Première nation des

Beecher Bay Indian Band (collectively the Te'mexw Nations) *Interveniers*

T'Sou-ke, Première nation de Snaw-naw-as (Nanoose) et Bande indienne de Beecher Bay (collectivement appelées les Nations des Te'mexw) *Intervenants*

and between

et entre

Her Majesty The Queen *Appellant*

Sa Majesté la Reine *Appelante*

v.

c.

Joshua Bernard *Respondent*

Joshua Bernard *Intimé*

and

et

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of Nova Scotia, Attorney General of British Columbia, Attorney General of Alberta, Attorney General of Newfoundland and Labrador, Union of New Brunswick Indians, New Brunswick Forest Products Association, Keptin John Joe Sark and Keptin Frank Nevin (of the Mi'kmaq Grand Council), Native Council of Nova Scotia, New Brunswick Aboriginal Peoples Council, Congress of Aboriginal Peoples, Assembly of First Nations and Songhees Indian Band, Malahat First Nation, T'Sou-ke First Nation, Snaw-naw-as (Nanoose) First Nation and Beecher Bay Indian Band (collectively the Te'mexw Nations) *Interveniers*

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

INDEXED AS: R. v. MARSHALL; R. v. BERNARD

RÉPERTORIÉ : R. c. MARSHALL; R. c. BERNARD

Neutral citation: 2005 SCC 43.

Référence neutre : 2005 CSC 43.

File Nos.: 30063, 30005.

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

2005: January 17, 18; 2005: July 20.

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

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NOVA SCOTIAON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEW BRUNSWICK

Indians — Treaty rights — Logging — Interpretation of truckhouse clause — Mi'kmaq Indians charged with cutting and removing timber from Crown lands without authorization, or with unlawful possession of Crown timber — Whether Mi'kmaq in Nova Scotia and New Brunswick have treaty right to log on Crown lands for commercial purposes.

Indians — Aboriginal title — Logging sites — Mi'kmaq Indians charged with cutting and removing timber from Crown lands without authorization, or with unlawful possession of Crown timber — Whether Mi'kmaq hold aboriginal title to lands they logged — Standard of occupation and type of evidence required to prove title — Whether Royal Proclamation of 1763 or Belcher's Proclamation of 1762 granted aboriginal title to Mi'kmaq.

This appeal deals with two cases. In *Marshall*, 35 Mi'kmaq Indians were charged with cutting timber on Crown lands in Nova Scotia without authorization. In *Bernard*, a Mi'kmaq Indian was charged with unlawful possession of spruce logs he was hauling from the cutting site to the local saw mill. The logs had been cut on Crown lands in New Brunswick. In both cases, the accused argued that as Mi'kmaq Indians, they were not required to obtain provincial authorization to log because they have a right to log on Crown lands for commercial purposes pursuant to treaty or aboriginal title. The trial courts entered convictions which were upheld by the summary conviction courts. The courts of appeal set aside the convictions. A new trial was ordered in *Marshall* and an acquittal entered in *Bernard*.

Held: The appeals should be allowed and the convictions restored. The cross-appeal in *Marshall* should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Abella and Charron J.J.: The treaties of 1760-61 do not confer on modern Mi'kmaq a right to log contrary to provincial regulation. The truckhouse clause of the treaties

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
NOUVELLE-ÉCOSSEEN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-
BRUNSWICK

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

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

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

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

La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Abella et Charron : Les traités de 1760-1761 ne confèrent pas aux Mi'kmaq d'aujourd'hui un droit de couper du bois sans observer la réglementation

was a trade clause which only granted the Mi'kmaq the right to continue to trade in items traditionally traded in 1760-61. While the right to trade in traditional products carries with it an implicit right to harvest those resources, this right to harvest is the adjunct of the basic right to trade in traditional products. Nothing in the wording of the truckhouse clause comports a general right to harvest or gather all natural resources then used. The right conferred is the right to trade. The emphasis therefore is not on what products were used, but on what trading activities were in the contemplation of the parties at the time the treaties were made. Only those trading activities are protected. Ancestral trading activities, however, are not frozen in time and the question in each case is whether the modern trading activity in issue represents a logical evolution from the traditional trading activities at the time the treaties were made. Here, the trial judges applied the proper test and the evidence supports their conclusion that the commercial logging that formed the basis of the charges against the accused was not the logical evolution of a traditional Mi'kmaq trading activity in 1760-61. [16-20] [25] [35]

The accused did not establish that they hold aboriginal title to the lands they logged. *Delgamuukw* requires that in analyzing a claim for aboriginal title, both aboriginal and European common law perspectives must be considered. The court must examine the nature and extent of the pre-sovereignty aboriginal practice and translate that practice into a modern common law right. Since different aboriginal practices correspond to different modern rights, the question is whether the practices established by the evidence, viewed from the aboriginal perspective, correspond to the core of the common law right claimed. Here, the accused did not assert an aboriginal right to harvest forest resources but aboriginal title *simpliciter*. Aboriginal title to land is established by aboriginal practices that indicate possession similar to that associated with title at common law. The evidence must prove "exclusive" pre-sovereignty "occupation" of the land by their forebears. "Occupation" means "physical occupation" and "exclusive occupation" means an intention and capacity to retain exclusive control of the land. However, evidence of acts of exclusion is not required. All that is required is demonstration of effective control of the land by the group, from which a reasonable inference can be drawn that the group could have excluded others had it chosen to do so. Typically, this

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

Les accusés n'ont pas établi qu'ils détiennent un titre aborigène sur le territoire où le bois a été coupé. L'arrêt *Delgamuukw* exige, lors de l'analyse d'une revendication du titre aborigène, qu'il soit tenu compte à la fois du point de vue des Autochtones et de la perspective de la common law européenne. Le tribunal doit examiner la nature et la portée de la pratique autochtone antérieure à l'affirmation de la souveraineté et transposer cette pratique en un droit de common law moderne. Puisque des pratiques autochtones différentes correspondent à des droits modernes différents, il faut se demander si les pratiques établies par la preuve, considérées du point de vue autochtone, correspondent aux éléments fondamentaux du droit de common law revendiqué. En l'espèce, les accusés n'ont pas revendiqué un droit ancestral de récolter des ressources forestières mais le titre aborigène en soi. Le titre aborigène sur des terres s'établit au moyen de pratiques autochtones indiquant une possession semblable à la possession associée au titre de propriété en common law. La preuve doit démontrer que le territoire faisait l'objet, antérieurement à l'affirmation de la souveraineté, d'une « occupation » « exclusive » par les ancêtres de ceux qui revendiquent le titre. L'« occupation » s'entend de « l'occupation physique », et « l'occupation exclusive » s'entend de l'intention et de la capacité de garder le contrôle

is established by showing regular occupancy or use of definite tracts of land for hunting, fishing or the exploitation of resources. These principles apply to nomadic and semi-nomadic aboriginal groups; the right in each case depends on what the evidence establishes. Continuity is required, in the sense of showing the group's descent from the pre-sovereignty group whose practices are relied on for the right. On all these matters, evidence of oral history is admissible, provided it meets the requisite standards of usefulness and reasonable reliability. The trial judges in both cases applied the proper test in requiring proof of sufficiently regular and exclusive use of the cutting sites by Mi'kmaq people at the time of the assertion of sovereignty, and there is no ground to interfere with their conclusions that the evidence did not establish aboriginal title. [45-60] [70] [72]

The text, the jurisprudence and historic policy all support the conclusion that the *Royal Proclamation* of 1763 did not reserve aboriginal title to the Mi'kmaq in the former colony of Nova Scotia. On the evidence, there is also no basis for finding title to the cutting sites in *Belcher's Proclamation*. [96] [106]

Per LeBel and Fish JJ.: The protected treaty right includes not only a right to trade but also a corresponding right of access to resources for the purpose of engaging in trading activities. The treaty right comprises both a right to trade and a right of access to resources: there is no right to trade in the abstract because a right to trade implies a corresponding right of access to resources for trade. There are limits, however, to the trading activities and access to resources that are protected by the treaty. Only those types of resources traditionally gathered in the Mi'kmaq economy for trade purposes would reasonably have been in the contemplation of the parties to the treaties of 1760-61. In order to be protected under those treaties, trade in forest products must be the modern equivalent or a logical evolution of Mi'kmaq use of forest products at the time the treaties were signed. On the facts of these cases, the evidence supports the conclusion that trade in forest products was not contemplated by the parties and that logging is not a logical evolution

exclusif du territoire. Il n'est cependant pas nécessaire de faire la preuve d'actes d'exclusion. Il suffit de démontrer que le groupe a exercé un contrôle effectif sur un territoire, ce qui permet raisonnablement de conclure que le groupe pourrait avoir exclu d'autres personnes s'il l'avait voulu. La possession se prouve généralement en démontrant l'occupation ou l'utilisation régulières de secteurs bien définis du territoire pour y pratiquer la chasse, la pêche ou l'exploitation des ressources. Ces principes s'appliquent aux groupes autochtones nomades et semi-nomades; dans chaque cas, le droit dépend de ce qu'établit la preuve. La continuité est nécessaire, en ce sens que le groupe doit démontrer qu'il descend, depuis la période précédant l'affirmation de la souveraineté, du groupe sur les pratiques duquel repose la revendication du droit. Pour tous ces points, la preuve par récits oraux est admissible si elle satisfait aux normes d'utilité et de fiabilité raisonnable. Dans chaque cas, le juge du procès a appliqué le bon critère en exigeant la preuve d'une utilisation suffisamment régulière et exclusive des zones de coupe par le peuple mi'kmaq à l'époque de l'affirmation de la souveraineté, et il n'existe aucun motif de modifier leur conclusion suivant laquelle la preuve n'établissait pas l'existence du titre aborigène. [45-60] [70] [72]

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

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

of the activities traditionally engaged in by Mi'kmaq at the time the treaties were entered into. [110-118]

In the context of aboriginal title claims, aboriginal conceptions of territoriality, land use and property should be used to modify and adapt the traditional common law concepts of property in order to develop an occupancy standard that incorporates both the aboriginal and common law approaches. However, the role of the aboriginal perspective cannot be simply to help in the interpretation of aboriginal practices in order to assess whether they conform to common law concepts of title. The patterns and nature of aboriginal occupation of land should inform the standard necessary to prove aboriginal title. The common law notion that "physical occupation is proof of possession" remains but is not the governing criterion: the nature of the occupation is shaped by the aboriginal perspective, which includes a history of nomadic or semi-nomadic modes of occupation. Since proof of aboriginal title relates to the manner in which the group used and occupied the land prior to the assertion of Crown sovereignty, the mere fact that an aboriginal group travelled within its territory and did not cultivate the land should not take away from its title claim. Therefore, anyone considering the degree of occupation sufficient to establish title must be mindful that aboriginal title is ultimately premised upon the notion that the specific land or territory at issue was of central significance to the aboriginal group's culture. Occupation should be proved by evidence not of regular and intensive use of the land but of the tradition and culture of the group that connect it with the land. Thus, intensity of use is related not only to common law notions of possession but also to the aboriginal perspective. The record in the courts below lacks the evidentiary foundation necessary to make legal findings on the issue of aboriginal title in respect of the cutting sites in Nova Scotia and New Brunswick and, as a result, the accused in these cases have failed to sufficiently establish their title claim. [127-141]

The appropriateness of litigating aboriginal treaty, rights and title issues in the context of proceedings of a penal nature is doubtful. When issues of aboriginal title

commerce des produits forestiers n'était pas envisagé par les parties et que l'exploitation forestière ne constitue pas l'évolution logique des activités auxquelles s'adonnaient traditionnellement les Mi'kmaq au moment de la conclusion des traités. [110-118]

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

Il faut s'interroger sur l'opportunité de débattre les questions de traité autochtone, de droits ancestraux et de titre autochtone dans le contexte de procès criminels.

or other aboriginal rights claims arise in the context of summary conviction proceedings, it may be most beneficial to all concerned to seek a temporary stay of the charges so that the aboriginal claim can be properly litigated in the civil courts. Once the aboriginal rights claim to the area in question is settled, the Crown could decide whether or not to proceed with the criminal charges. [142-144]

Cases Cited

By McLachlin C.J.

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

By LeBel J.

Referred to: *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33; *St. Catharines Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1887), 13 S.C.R. 577; *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1982, s. 35(1).
Crown Lands Act, R.S.N.S. 1989, c. 114, s. 29.
Crown Lands and Forests Act, S.N.B. 1980, c. C-38.1, s. 67(1)(c).

Treaties and Proclamations

Belcher's Proclamation (1762).
 Mi'kmaq Treaties of 1760-61.
Royal Proclamation (1763), R.S.C. 1985, App. II, No. 1.
 Treaty of Paris (1763).

Lorsque des questions de titre aborigène ou d'autres revendications de droits ancestraux sont soulevées dans le cadre de procédures sommaires, il pourrait être plus avantageux, pour toutes les personnes concernées, de demander la suspension temporaire des accusations afin de permettre que la revendication autochtone soit régulièrement débattue devant les tribunaux civils. Une fois tranchée la revendication des droits ancestraux sur la région en cause, le ministère public pourrait alors décider de l'opportunité de poursuivre les accusations criminelles. [142-144]

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

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

Citée par le juge LeBel

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

Lois et règlements cités

Crown Lands Act, R.S.N.S. 1989, ch. 114, art. 29.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).
Loi sur les terres et forêts de la Couronne, L.N.-B. 1980, ch. C-38.1, art. 67(1)(c).

Traités et proclamations

Proclamation de Belcher (1762).
Proclamation royale (1763), L.R.C. 1985, app. II, n° 1.
 Traité de Paris (1763).
 Traités conclus par les Mi'kmaq en 1760 et en 1761.

Authors Cited

- Borrows, John. "Creating an Indigenous Legal Community" (2005), 50 *McGill L.J.* 153.
- Canada. Canadian Archives. *Documents Relating to the Constitutional History of Canada, 1759-1791, Selected and Edited with Notes by Adam Shortt and Arthur G. Doughty*, 2nd and rev. ed. by the Historical Documents Publication Board, Part I. Ottawa: King's Printer, 1918.
- Hepburn, Samantha. "Feudal Tenure and Native Title: Revising an Enduring Fiction" (2005), 27 *Sydney L. Rev.* 49.
- McNeil, Kent. *Common Law Aboriginal Title*. Oxford: Clarendon Press, 1989.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (Cromwell, Saunders and Oland J.J.A.) (2003), 218 N.S.R. (2d) 78, 687 A.P.R. 78, [2004] 1 C.N.L.R. 211, [2003] N.S.J. No. 361 (QL), 2003 NSCA 105, allowing an appeal from a judgment of Scanlan J. (2002), 202 N.S.R. (2d) 42, 632 A.P.R. 42, [2002] 3 C.N.L.R. 176, [2002] N.S.J. No. 98 (QL), 2002 NSSC 57, dismissing an appeal from a judgment of Curran Prov. Ct. J. (2001), 191 N.S.R. (2d) 323, 596 A.P.R. 323, [2001] 2 C.N.L.R. 256, [2001] N.S.J. No. 97 (QL), 2001 NSPC 2, convicting the accused of cutting and removing timber from Crown land without authorization. Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (Daigle, Deschênes and Robertson J.J.A.) (2003), 262 N.B.R. (2d) 1, 688 A.P.R. 1, 230 D.L.R. (4th) 57, 4 C.E.L.R. (3d) 1, [2003] 4 C.N.L.R. 48, [2003] N.B.J. No. 320 (QL), 2003 NBCA 55, allowing an appeal from a judgment of Savoie J. (2001), 239 N.B.R. (2d) 173, 619 A.P.R. 173, [2002] 3 C.N.L.R. 141, [2001] N.B.J. No. 259 (QL), 2001 NBQB 82, dismissing an appeal from a judgment of Lordon Prov. Ct. J., [2000] 3 C.N.L.R. 184, [2000] N.B.J. No. 138 (QL), convicting the accused of possessing timber from Crown land without authorization. Appeal allowed.

Alexander M. Cameron, William D. Delaney and James Clarke, for the appellant/respondent on the cross-appeal in *Marshall* and the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Doctrine citée

- Borrows, John. « Creating an Indigenous Legal Community » (2005), 50 *R.D. McGill* 153.
- Canada. Archives publiques. *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791, choisis et édités avec notes par Adam Shortt et Arthur G. Doughty*, 2^e éd. rév. par le Bureau de publication des documents historiques, Première partie. Ottawa : Imprimeur du Roi, 1921.
- Hepburn, Samantha. « Feudal Tenure and Native Title : Revising an Enduring Fiction » (2005), 27 *Sydney L. Rev.* 49.
- McNeil, Kent. *Common Law Aboriginal Title*. Oxford : Clarendon Press, 1989.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (les juges Cromwell, Saunders et Oland) (2003), 218 N.S.R. (2d) 78, 687 A.P.R. 78, [2004] 1 C.N.L.R. 211, [2003] N.S.J. No. 361 (QL), 2003 NSCA 105, qui a accueilli un appel d'un jugement du juge Scanlan (2002), 202 N.S.R. (2d) 42, 632 A.P.R. 42, [2002] 3 C.N.L.R. 176, [2002] N.S.J. No. 98 (QL), 2002 NSSC 57, qui avait rejeté un appel d'un jugement du juge Curran (2001), 191 N.S.R. (2d) 323, 596 A.P.R. 323, [2001] 2 C.N.L.R. 256, [2001] N.S.J. No. 97 (QL), 2001 NSPC 2, déclarant les accusés coupables d'avoir coupé et enlevé des arbres sur des terres de la Couronne sans autorisation. Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.

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

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

William B. Richards, Pierre Castonguay, Sylvain Lussier and Iain R. W. Hollett, for the appellant in *Bernard* and the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Bruce H. Wildsmith, Q.C., and *Eric A. Zscheile*, for the respondents/appellants on the cross-appeal in *Marshall* and the respondent in *Bernard*.

Mitchell R. Taylor and Charlotte Bell, Q.C., for the intervener the Attorney General of Canada.

Robert H. Ratcliffe and Mark Crow, for the intervener the Attorney General of Ontario.

René Morin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

John J. L. Hunter, Q.C., for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Robert J. Normey and Donald Kruk, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Donald H. Burrage, Q.C., and *Justin S. C. Mellor*, for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador.

Thomas E. Hart and Harvey L. Morrison, Q.C., for the intervener the Forest Products Association of Nova Scotia.

D. Bruce Clarke, for the interveners Keptin John Joe Sark and Keptin Frank Nevin (of the Mi'kmaq Grand Council), the Native Council of Nova Scotia and the New Brunswick Aboriginal Peoples Council.

Andrew K. Lokan and Joseph E. Magnet, for the intervener the Congress of Aboriginal Peoples.

Bryan P. Schwartz and Candice Metallic, for the intervener the Assembly of First Nations.

Robert J. M. Janes and Dominique Nouvet, for the interveners the Songhees Indian Band, the Malahat First Nation, the T'Sou-ke First Nation, the Snaw-naw-as (Nanoose) First Nation and the Beecher Bay Indian Band (collectively the Te'mexw Nations).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Daniel R. Theriault, for the intervener the Union of New Brunswick Indians.

Mahmud Jamal and *Neil Paris*, for the intervener the New Brunswick Forest Products Association.

The judgment of McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Abella and Charron JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

Can members of the Mi'kmaq people in Nova Scotia and New Brunswick engage in commercial logging on Crown lands without authorization, contrary to statutory regulation? More precisely, do they have treaty rights or aboriginal title entitling them to do so? These are the central issues on this appeal.

In the *Marshall* case, Stephen Frederick Marshall and 34 other Mi'kmaq Indians were charged with cutting timber on Crown lands without authorization, contrary to s. 29 of the *Crown Lands Act*, R.S.N.S. 1989, c. 114, between November 1998 and March 1999. The logging took place in five counties on mainland Nova Scotia and three counties on Cape Breton Island, in the Province of Nova Scotia. The accused admitted all the elements of the offence, except lack of authorization.

In the *Bernard* case, Joshua Bernard, a Mi'kmaq Indian, was charged with unlawful possession of 23 spruce logs he was hauling from the cutting site to the local saw mill in contravention of s. 67(1)(c) of the *Crown Lands and Forests Act*, S.N.B. 1980, c. C-38.1, as amended. Another member of the Miramichi Mi'kmaq community had cut the logs from Crown lands in the Sevogle area of the watershed region of the Northwest Miramichi River, in the Province of New Brunswick. Like the accused in *Marshall*, Bernard argued that as a Mi'kmaq,

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

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

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

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

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

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

Dans l'affaire *Bernard*, Joshua Bernard, un Indien mi'kmaq, a été accusé de possession illégale de 23 grumes d'épinette qu'il transportait de la zone de coupe à la scierie locale en contravention de l'al. 67(1)c) de la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne*, L.N.-B. 1980, ch. C-38.1, et ses modifications. Un autre membre de la communauté mi'kmaq de Miramichi avait coupé ces grumes sur des terres publiques dans le secteur de Sevogle de la région du bassin hydrographique de la rivière Northwest Miramichi, au Nouveau-

1

2

3

he was not required to obtain authorization to log.

4 In both cases the trial courts entered convictions. In both cases, these convictions were upheld by the summary appeal court. And in both cases, these decisions were reversed by the Court of Appeal. In *Marshall*, the convictions were set aside and a new trial ordered. In *Bernard*, the conviction was set aside and an acquittal entered.

5 The significance of these cases transcends the charges at stake. They were used as vehicles for determining whether Mi'kmaq peoples in Nova Scotia and New Brunswick have the right to log on Crown lands for commercial purposes pursuant to treaty or aboriginal title. Many witnesses, including experts in aboriginal history and treaty interpretation, testified. The trial judges made detailed findings of fact and the Justices of the Court of Appeal wrote extensive reasons. The cases now come before us for final determination of the issues.

6 I conclude that the trial judges in each case correctly held that the respondents' treaty rights did not extend to commercial logging and correctly rejected the claim for aboriginal title in the relevant areas. I would thus allow the appeals, dismiss the cross-appeal in *Marshall* and restore the convictions.

II. Aboriginal Treaty Right

A. *The Background: Marshall 1 and Marshall 2*

7 In 1760 and 1761, the British Crown concluded "Peace and Friendship" treaties with the Mi'kmaq peoples of the former colony of Nova Scotia, now the Provinces of Nova Scotia and New Brunswick. The British had succeeded in driving the French from the area. The Mi'kmaq and French had been

Brunswick. Comme l'accusé dans l'affaire *Marshall*, M. Bernard a soutenu qu'étant un Mi'kmaq, il n'était pas tenu d'obtenir une autorisation pour se livrer à l'exploitation forestière.

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

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

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

II. Droits issus de traités des Autochtones

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

En 1760 et 1761, la Couronne britannique a conclu des traités « de paix et d'amitié » avec les peuples mi'kmaq de l'ancienne colonie de la Nouvelle-Écosse, dont sont issues les provinces de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick. Les Britanniques avaient réussi à déloger les Français de la région. Ces

allies and trading partners for almost 250 years. The British, having defeated the French, wanted peace with the Mi'kmaq. To this end, they entered into negotiations, which resulted in the Peace and Friendship treaties. The existence of a treaty and a right to claim under it are questions of fact to be determined in each case. Although different treaties were made with different groups, for the purposes of this case we assume that the main terms were the same, similar to those in *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456 (“*Marshall I*”).

A critical aspect of the treaties was the trading clause, whereby the British agreed to set up trading posts, or “truckhouses”, and the Mi'kmaq agreed to trade only at those posts, instead of with others, like their former allies, the French. In the crucial clause, the Mi'kmaq Chiefs agreed:

And I do further engage that we will not traffick, barter or Exchange any Commodities in any manner but with such persons or the managers of such Truck houses as shall be appointed or Established by His Majesty's Governor

The pact was mutual. The English were desirous of ensuring that the Mi'kmaq could continue to peacefully live in the area. To do this, the Mi'kmaq needed to trade for European goods, as they had been doing for more than two centuries. The English wanted the Mi'kmaq to do this with them, and not with the French. For their part, the Mi'kmaq wanted assurance that the English would provide trading posts where they could barter their goods and obtain necessities.

In *Marshall I*, a member of the Mi'kmaq nation was charged with fishing and selling eels contrary to Federal regulations. The defendant in that case, Donald Marshall Jr., admitted that he had caught and sold several hundred pounds of eel out of season. His defense was that the truckhouse clause

derniers commerçaient avec les Mi'kmaq depuis près de 250 ans et avaient conclu des alliances avec eux. Après avoir défait les Français, les Britanniques souhaitaient la paix avec les Mi'kmaq. À cette fin, ils ont entrepris des négociations qui ont conduit à la conclusion de traités de paix et d'amitié. L'existence d'un traité et du droit de s'en prévaloir sont des questions de fait qu'il faut trancher en fonction de chaque affaire. Bien que différents traités aient été conclus avec différents groupes, nous tenons pour acquis, en l'espèce, que les principales clauses de ceux-ci sont identiques et qu'elles sont analogues à celles qui ont été examinées dans *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456 (« *Marshall I* »).

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

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

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

Dans *Marshall I*, un membre de la nation mi'kmaq était accusé d'avoir pêché et vendu des anguilles en contravention de la réglementation fédérale. Le défendeur dans cette affaire, Donald Marshall Jr., avait admis avoir pêché et vendu plusieurs centaines de livres d'anguilles hors saison. Il avait invoqué en

of the treaties of 1760-61 gave him the right to catch and trade fish. The issue before the Court was whether the treaties conferred this right.

10 The majority of this Court concluded that the truckhouse clause amounted to a promise on the part of the British that the Mi'kmaq would be allowed to engage in traditional trade activities so as to obtain a moderate livelihood from the land and sea. The Mi'kmaq had traded in fish at the time of the treaties. Marshall's activity could be characterized as fishing in order to obtain a moderate livelihood. It was thus the logical evolution of an aboriginal activity protected by the treaties. Marshall was acquitted.

11 In response to a subsequent application for a rehearing, the Court issued reasons now known as *Marshall 2* (*R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533). In the course of these reasons, the Court commented on the nature of the right and the implication of *Marshall 1* on the right of the Mi'kmaq to harvest and sell other resources. It stated that treaty rights pertaining to activities other than fishing, like logging, would fall to be decided on such evidence as might be led in future cases directed to that issue.

12 Relying on their interpretation of *Marshall 1*, the respondents commenced logging activities on Crown lands in Nova Scotia and New Brunswick without authorization. They were arrested and charged. They raised the treaties and *Marshall 1* and *2* in support of the defense that they were entitled to log for commercial purposes without permit. Their arguments were rejected at trial and on summary appeal, but accepted on appeal to their respective provincial courts of appeal. The issue of whether the treaties of 1760-61 grant modern Mi'kmaq a right to log contrary to provincial regulation is now squarely before this Court.

défense que la clause relative aux maisons de troc des traités de 1760-1761 lui donnait le droit de pêcher et de vendre ses prises. La Cour devait décider si les traités conféraient un tel droit.

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

Statuant sur une demande de nouvelle audition du pourvoi, la Cour a rendu l'arrêt maintenant connu sous l'intitulé *Marshall 2* (*R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533). Dans ses motifs, la Cour a traité de la nature du droit issu des traités et de la portée de l'arrêt *Marshall 1* sur le droit des Mi'kmaq de récolter et vendre d'autres ressources. Elle a déclaré que les droits issus de traités se rapportant à des activités autres que la pêche, comme l'exploitation forestière, devraient être déterminés en fonction de la preuve soumise dans de futures affaires portant sur ces questions.

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

B. *The Scope of the Treaty Right*

Marshall 1 and *2* held that the treaties of 1760-61 conferred on the Mi'kmaq the right to catch and sell fish for a moderate livelihood, on the ground that this activity was the logical evolution of a trading practice that was within the contemplation of the parties to the treaties. The cases now before us raise issues as to the scope of the right.

The respondents argue that the truckhouse clause, as interpreted in *Marshall 1* and *2*, confers a general right to harvest and sell all natural resources which they used to support themselves in 1760. Provided they used a form of the resource either for their own needs or for trade at the time of the treaties, they now have the right to exploit it, unless the government can justify limitations on that exploitation in the broader public interest. The respondents argue that they used forest products for a variety of purposes at the time of the treaties, from housing and heat to sleds and snowshoes, and indeed occasionally traded products made of wood, all to sustain themselves. Logging represents the modern use of the same products, they assert. Therefore the treaties protect it.

This interpretation of the truckhouse clause in the treaties asks what resources were used by the Mi'kmaq to sustain themselves at the time of the treaties, and concludes that these resources continue to be available to the Mi'kmaq for the purpose of gaining a moderate livelihood. It takes *Marshall 2* as confirming that the truckhouse clause conferred a perpetual right to use “the types of resources traditionally ‘gathered’ in an aboriginal economy” (para. 19). The only question is what was “gathered” or used in 1760. If wood was gathered in any way, for any purpose, in 1760, modern Mi'kmaq have the right to log, subject only to such limits as the government can justify in the greater public good.

B. *La portée du droit issu de traités*

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

Les intimés prétendent que la clause relative aux maisons de troc, telle qu'elle a été interprétée dans les arrêts *Marshall 1* et *2*, confère un droit général de récolter et de vendre toute ressource naturelle qui servait à leur subsistance en 1760. Dans la mesure où les Mi'kmaq employaient alors une ressource sous une forme ou une autre pour subvenir à leurs besoins ou pour faire commerce, ils ont maintenant le droit de l'exploiter à moins que le gouvernement ne démontre que des motifs d'intérêt général plus larges justifient de limiter cette exploitation. Les intimés affirment qu'au moment des traités, ils utilisaient les produits de la forêt à de multiples fins, pour la construction d'habitations ou le chauffage, la fabrication de traîneaux ou de raquettes, et qu'ils faisaient même le commerce d'articles de bois à l'occasion, et tout cela afin de subvenir à leurs besoins. Ils soutiennent que l'exploitation forestière représente l'utilisation moderne de ces mêmes ressources et que, par conséquent, elle est protégée par les traités.

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

13

14

15

16 The appellant Crown takes a narrower view of the import of the truckhouse clause. It accepts *Marshall 1* and 2, but argues that the respondents misread them. The appellant asserts that these cases did not decide that the truckhouse clause of the treaties granted a perpetual right to any natural resources used or “gathered” at the time, subject only to justification. On its view, the clause merely granted the Mi’kmaq the right to continue to trade in items traded in 1760-61. Only those trading activities were protected; other activities, not within the contemplation of the British and Mi’kmaq of the day, are not protected. The emphasis is not on what products were used, but on what *trading activities* were in the contemplation of the parties at the time the treaties were made. Ancestral trading activities are not frozen in time; the treaty protects modern activities that can be said to be their logical evolution. But new and different trading activities, like modern commercial logging, are not protected. To grant such protection, the appellant asserts, would be to transform the treaty right into something new and different.

17 For the reasons that follow, I must reject the respondents’ interpretation of the scope of the right conferred by the truckhouse clause and endorse the view of the appellant. The purpose of the truckhouse clause, the wording of the clause, and holdings of this Court in *Marshall 1* and 2, all lead inexorably to this conclusion.

18 I turn first to the purpose of the truckhouse clause as revealed by the historical record. The truckhouse clause was a *trade* clause. It was concerned with what could be traded. As discussed in *Marshall 1*, the British wanted the Mi’kmaq to cease trading with the French, whom they had just defeated, and trade only with them. The Mi’kmaq were willing to do this, but sought assurances that the British would provide trading posts, or truckhouses, where they could trade. The Mi’kmaq had been trading with Europeans for 250 years by this time, and relied on trading their products, like furs

L’appelante interprète de façon plus restrictive la clause relative aux maisons de troc. Elle accepte les arrêts *Marshall 1* et 2, mais soutient que les intimés ne les interprètent pas correctement. Selon elle, ces arrêts n’ont pas décidé que la clause des traités relative aux maisons de troc accordait un droit perpétuel à toute ressource naturelle utilisée ou « cueillie » à l’époque, sous réserve uniquement des restrictions justifiables. Selon l’appelante, la clause a simplement accordé aux Mi’kmaq le droit de continuer le commerce des articles dont ils faisaient déjà le commerce en 1760-1761. Seules ces activités commerciales sont protégées, les autres activités qui n’étaient pas envisagées par les Britanniques et les Mi’kmaq de cette époque ne sont pas protégées. On ne met pas l’accent sur les produits qui étaient utilisés, mais sur les *activités commerciales* que les parties envisageaient au moment de la conclusion des traités. Les activités commerciales ancestrales ne sont pas figées dans le temps; le traité protège les activités modernes qui procèdent de leur évolution logique. Mais les activités commerciales nouvelles et différentes, telle l’exploitation forestière moderne à des fins commerciales, ne sont pas protégées. L’appelante prétend qu’accorder une telle protection transformerait le droit issu des traités en quelque chose de nouveau et de différent.

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

J’examine d’abord l’objet de la clause relative aux maisons de troc, tel qu’il se dégage de la preuve historique. Il s’agissait d’une clause *commerciale*. Elle portait sur ce qui pouvait faire l’objet d’échanges commerciaux. Comme l’indique *Marshall 1*, les Britanniques voulaient que les Mi’kmaq ne fassent commerce qu’avec eux et cessent tout négoce avec les Français, qu’ils venaient tout juste de vaincre. Les Mi’kmaq y étaient disposés, mais ils voulaient l’assurance que les Britanniques établiraient des postes de traite, ou maisons de troc, où ils pourraient faire le commerce. Ils commerceraient alors avec des

and fish, in exchange for European wares. The purpose of the truckhouse clause was to give the British the exclusive right to trade with the Mi'kmaq and the Mi'kmaq the assurance that they would be able to trade with the British as they had traded with the French in the past.

Thus, the truckhouse clause was concerned with traditionally traded products. The right to trade in traditional products carried with it an implicit right to harvest those resources: *Marshall 1*, at para. 35. But this right to harvest is the adjunct of the basic right to trade in traditional products. The right conferred is not the right to harvest, in itself, but the right to trade.

This is supported by the wording of the truckhouse clause. It speaks only of trade. The Mi'kmaq affirmed “that we will not traffick, barter or Exchange any Commodities in any manner but with such persons or the managers of such Truck houses as shall be appointed or Established by His Majesty’s Governor”. Nothing in these words comports a general right to harvest or gather all natural resources then used.

The historic records and the wording of the truckhouse clause indicate that what was in the contemplation of the British and the Mi'kmaq in 1760 was continued trade in the products the Mi'kmaq had traditionally traded with Europeans. The clause affirmed that this trade would continue, but henceforth exclusively with the British.

This view of the truckhouse clause was confirmed by this Court in *Marshall 1* and 2. In *Marshall 1* the majority, *per* Binnie J., proceeded on the basis that at the time of the treaties the Mi'kmaq had sustained themselves, in part, by trading fish with the Europeans:

Européens depuis 250 ans et avaient besoin d'échanger leurs produits, comme les pelleteries et le poisson, pour des marchandises provenant d'Europe. La clause relative aux maisons de troc visait à donner aux Britanniques le droit exclusif de commercer avec les Mi'kmaq, et à donner aux Mi'kmaq l'assurance qu'ils pourraient commercer avec les Britanniques comme ils l'avaient fait avec les Français auparavant.

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

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

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

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

19

20

21

22

... the Mi'kmaq people have sustained themselves in part by harvesting and trading fish (including eels) since Europeans first visited the coasts of what is now Nova Scotia in the 16th century. [para. 2]

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

What is plain from the pre-Confederation period is that the Indian fishermen were encouraged to engage in their occupation and to do so for both food and barter purposes. [para. 25, quoting Dickson J. in *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294, at p. 311]

Il est manifeste que durant les années qui ont précédé la Confédération, les pêcheurs indiens ont été encouragés à poursuivre leur activité non seulement pour se nourrir mais aussi pour le troc. [par. 25, citant le juge Dickson dans *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294, p. 311]

23 Thus, the ruling in *Marshall 1* was based on the proposition that *fishing for trade* in 1760 was a traditional activity of the Mi'kmaq. From this, Binnie J. concluded that the treaty conferred a right to continue to obtain necessities through the traditional Mi'kmaq activity of trading fish. He concluded that “the surviving substance of the treaty is not the literal promise of a truckhouse, but a treaty right to continue to obtain necessities through hunting and fishing by trading the products of those traditional activities” (para. 56 (emphasis added)).

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

24 This is consistent with the assertion in *Marshall 2* that the fundamental issue is whether trade in a particular commodity “was in the contemplation of [the] parties to the 1760 treaty” (para. 20). It is also consistent with the reference in *Marshall 2* to treaty rights to “the type of things traditionally ‘gathered’ by the Mi'kmaq in a 1760 aboriginal lifestyle” (para. 20) like “fruits and berries” (para. 19). The respondents argued that the reference to fruits and berries shows that the treaty right extends beyond things traditionally traded, to a right to harvest anything the Mi'kmaq used in 1760. However, the evidence in *Marshall 1* in fact referred to the Indians trading fruits and berries with the Europeans.

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

25 Of course, treaty rights are not frozen in time. Modern peoples do traditional things in modern ways. The question is whether the modern trading

Certes, les droits issus de traités ne sont pas figés dans le temps. Les activités traditionnelles sont maintenant pratiquées de façon moderne. Il

activity in question represents a logical evolution from the traditional trading activity at the time the treaty was made: *Marshall 2*, at para. 20. Logical evolution means the same sort of activity, carried on in the modern economy by modern means. This prevents aboriginal rights from being unfairly confined simply by changes in the economy and technology. But the activity must be essentially the same. “While treaty rights are capable of evolution within limits, . . . their subject matter . . . cannot be wholly transformed” (*Marshall 2*, at para. 19).

In summary, what the treaty protects is not the right to harvest and dispose of particular commodities, but the right to practice a traditional 1760 trading activity in the modern way and modern context. The question is whether the logging here at issue is the logical evolution of a traditional Mi’kmaq trade activity, in the way modern eel fishing was found to be the logical evolution of a traditional trade activity of the Mi’kmaq in *Marshall 1*.

C. *The Test Applied*

The trial judges in both cases applied this test to the evidence before them, asking whether the respondents’ logging activity could be considered the logical evolution of a traditional Mi’kmaq trade activity.

Curran Prov. Ct. J. in the *Marshall* case ((2001), 191 N.S.R. (2d) 323, 2001 NSPC 2) asked whether there was any evidence that the Mi’kmaq had traded in wood products and timber at the time of the 1760-61 treaties. He emphasized the trade-based nature of the right and the need that it relate to traditional Mi’kmaq activities. And he asked himself whether the logging activity at issue before him could be considered to be the logical evolution of a traditional trade-based activity.

s’agit d’établir si l’activité commerciale actuelle en cause procède de l’évolution logique du commerce traditionnel pratiqué au moment du traité : *Marshall 2*, par. 20. L’évolution logique suppose le même type d’activité, exercée dans l’économie moderne par des moyens modernes. On évite ainsi de restreindre indûment les droits ancestraux simplement du fait des changements économiques ou technologiques. Il faut cependant que l’activité demeure fondamentalement la même. « Bien que les droits issus de traités soient dans certaines limites capables d’évolution [. . .] leur objet ne peut [. . .] être transformé du tout au tout » (*Marshall 2*, par. 19).

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

C. *Le critère appliqué*

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

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

26

27

28

29 Lordon Prov. Ct. J. in *Bernard* ([2000] 3 C.N.L.R. 184) asked essentially the same questions. He inquired whether the evidence showed a traditional Mi'kmaq trade in logs and wood. Emphasizing trade, he rejected the broader interpretation of the treaty that the Mi'kmaq were entitled to exploit all natural resources that they had used historically. To permit this would "alter the terms of the treaty" and "wholly transform" (para. 87) the rights it conferred, in his view.

30 Each judge applied the right test and asked himself the right questions. The remaining question is whether the evidence supports their conclusions of fact.

D. *The Factual Findings of the Trial Judges and the Evidence*

31 In each case, the trial judge concluded that the evidence did not support a treaty right to commercial logging.

32 In *Marshall*, Curran Prov. Ct. J. found no direct evidence of any trade in forest products at the time the treaties were made, but concluded that trade in forest products was likely "at some point":

There is no doubt the Mi'kmaq in 1760 and for a long time before gathered and used forest products. They made canoes, baskets, snowshoes and toboggans. They also gathered and used forest products in making their wigwams and other dwellings. There was no direct evidence that any of those items was traded either before the 1760-61 treaties were made or during the time of the truckhouses. Despite that, both [appellants'] and [respondents'] witnesses said it was likely the Mi'kmaq had traded some forest-based items to the British or other Europeans at some point. [Emphasis added; para. 91.]

After comparing the evidence before him with the evidence of fishing for trade in *Marshall I*,

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

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

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

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

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

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute qu'en 1760 et longtemps auparavant, les Mi'kmaq cueillaient et utilisaient des produits de la forêt. Ils fabriquaient des canots, des paniers, des raquettes et des traîneaux. Ils cueillaient et utilisaient aussi des produits de la forêt pour construire leurs wigwams et d'autres habitations. Aucun élément de preuve directe n'établit que l'un quelconque de ces articles ait fait l'objet d'un commerce avant la conclusion des traités de 1760-1761 ou pendant la période des maisons de troc. Malgré cela, les témoins de [l'appelante] comme ceux [des intimés] affirment qu'il est probable que les Mi'kmaq aient troqué des produits de la forêt avec les Britanniques ou avec d'autres Européens à un moment ou à un autre. [Je souligne; par. 91.]

Après avoir comparé la preuve qui lui avait été présentée avec celle qui se rapportait au commerce des

Curran Prov. Ct. J. concluded that the respondents had not met the legal test:

Trade in logging is not the modern equivalent or a logical evolution of Mi'kmaq use of forest resources in daily life in 1760 even if those resources sometimes were traded. Commercial logging does not bear the same relation to the traditional limited use of forest products as fishing for eels today bears to fishing for eels or any other species in 1760. . . . Whatever rights the defendants have to trade in forest products are far narrower than the activities which gave rise to these charges. [para. 95]

In *Bernard*, Lordon Prov. Ct. J. made similar findings on similar evidence. He held that on the evidence “there was no traditional trade in logs”, while “trade in wood products . . . such as baskets, snowshoes, and canoes was secondary to fur trade and was occasional and incidental” (para. 85). He noted that Chief Augustine had reluctantly conceded that it is “unlikely . . . that the Mi'kmaq contemplated commercial logging during th[e] treaty process” (para. 85). Nor did the evidence suggest that the British ever contemplated trade in anything but traditionally produced products, like fur or fish.

These findings were firmly grounded in the evidence given by expert and aboriginal witnesses at trial, as well as the documentation and the cultural and historical background. As Curran Prov. Ct. J. observed, “[the Mi'kmaq] had no need to cut stands of trees for themselves. . . . Trees were readily available and Europeans could cut their own” (para. 92). The experts agreed that it was probably in the 1780s before the Mi'kmaq became involved in logging and then only in a limited fashion as part of British operations. Logging was not a traditional Mi'kmaq activity. Rather, it was a European activity, in which the Mi'kmaq began to participate only decades after the treaties of

produits de la pêche dans *Marshall 1*, le juge Curran a conclu que les intimés n'avaient pas satisfait au critère juridique applicable :

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

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

Ces conclusions étaient solidement étayées par les dépositions des témoins experts et autochtones au procès, ainsi que par la documentation et le contexte culturel et historique. Comme le juge Curran de la Cour provinciale l'a fait remarquer, [TRADUCTION] « [les Mi'kmaq] n'avaient pas besoin d'abattre des peuplements d'arbres pour eux-mêmes. [. . .] Il y avait des arbres en abondance et les Européens pouvaient les couper » (par. 92). Les témoins experts ont convenu que c'est probablement vers les années 1780 que les Mi'kmaq ont commencé à se livrer à l'exploitation forestière, et seulement dans le cadre limité d'opérations britanniques. Il ne s'agissait pas d'une activité

33

34

1760-61. If anything, the evidence suggests that logging was inimical to the Mi'kmaq's traditional way of life, interfering with fishing which, as found in *Marshall I*, was a traditional activity.

35 I conclude that the evidence supports the trial judges' conclusion that the commercial logging that formed the basis of the charges against the respondents was not the logical evolution of traditional Mi'kmaq trading activity protected by the treaties of 1760-61. The trial judge in each case applied the correct test to findings of fact supported by the evidence. It follows that there is no ground upon which an appellate court can properly interfere with their conclusion on this branch of the case.

36 In view of this conclusion, it is unnecessary to discuss the scope of "moderate livelihood", and the issues of cultural attributes and community authority. It is also unnecessary to consider what territory different treaties may have covered, the precise terms of the treaties, the specific peoples who concluded treaties, and the need for different respondents to prove membership of a tribe that concluded an applicable treaty.

III. Aboriginal Title

37 The respondents claim that they hold aboriginal title to the lands they logged and that therefore they do not need provincial authorization to log. They advance three different grounds for title: common law; the *Royal Proclamation* of 1763 (reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 1); and *Belcher's Proclamation*. I will consider each in turn.

A. *Aboriginal Title at Common Law*

38 Where title to lands formerly occupied by an aboriginal people has not been surrendered, a claim for aboriginal title to the land may be made

traditionnelle mi'kmaq, mais plutôt d'une activité européenne à laquelle les Mi'kmaq ont commencé à participer seulement plusieurs décennies après les traités de 1760-1761. D'ailleurs, la preuve indique plutôt que l'exploitation forestière entraine en conflit avec le mode de vie traditionnel des Mi'kmaq car elle nuisait à la pêche qui, suivant la conclusion de l'arrêt *Marshall I*, était une activité traditionnelle.

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

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

III. Titre aborigène

Les intimés soutiennent qu'ils détiennent un titre aborigène sur les terres où ils ont abattu les arbres et que, par conséquent, ils n'ont pas besoin d'autorisation provinciale pour exploiter la forêt. Ils invoquent trois fondements distincts pour leur titre : la common law, la *Proclamation royale* de 1763 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 1) et la *Proclamation de Belcher*. J'examinerai chacun de ces fondements dans cet ordre.

A. *Le titre aborigène en common law*

Lorsque le titre afférent à des terres anciennement occupées par un peuple autochtone n'a pas été cédé, il est possible de revendiquer un titre

under the common law. Aboriginal peoples used the land in many ways at the time of sovereignty. Some uses, like hunting and fishing, give rights to continue those practices in today's world: see *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013. Aboriginal title, based on occupancy at the time of sovereignty, is one of these various aboriginal rights. The respondents do not assert an aboriginal right to harvest forest resources. They assert aboriginal title *simpliciter*.

The common law theory underlying recognition of aboriginal title holds that an aboriginal group which occupied land at the time of European sovereignty and never ceded or otherwise lost its right to that land, continues to enjoy title to it. Prior to constitutionalization of aboriginal rights in 1982, aboriginal title could be extinguished by clear legislative act (see *Van der Peet*, at para. 125). Now that is not possible. The Crown can impinge on aboriginal title only if it can establish that this is justified in pursuance of a compelling and substantial legislative objective for the good of larger society: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1113. This process can be seen as a way of reconciling aboriginal interests with the interests of the broader community.

These principles were canvassed at length in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, which enunciated a test for aboriginal title based on exclusive occupation at the time of British sovereignty. Many of the details of how this principle applies to particular circumstances remain to be fully developed. In the cases now before us, issues arise as to the standard of occupation required to prove title, including the related issues of exclusivity of occupation, application of this requirement to nomadic peoples, and continuity. If title is found, issues also arise as to extinguishment, infringement and justification. Underlying all these questions are issues as to the type of evidence required,

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

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

Ces principes ont été longuement exposés dans l'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, qui a formulé un critère applicable en matière de titre aborigène fondé sur l'occupation exclusive au moment de l'affirmation de la souveraineté britannique. Un bon nombre de détails touchant l'application de ce critère dans des circonstances particulières restent à préciser. Dans les affaires en cause, il faut déterminer la norme d'occupation nécessaire à la preuve du titre et examiner les questions connexes que sont l'exclusivité de l'occupation, l'application de cette exigence à des peuples nomades et la continuité. Si l'existence d'un titre est constatée, il faut également examiner les questions de l'extinction, des atteintes et de la

39

40

notably when and how orally transmitted evidence can be used.

B. *Standard of Occupation for Title: The Law*

41 The trial judges in each of *Bernard* and *Marshall* required proof of regular and exclusive use of the cutting sites to establish aboriginal title. The Courts of Appeal held that this test was too strict and applied a less onerous standard of incidental or proximate occupancy.

42 Cromwell J.A. in *Marshall* ((2003), 218 N.S.R. (2d) 78, 2003 NSCA 105) adopted in general terms Professor McNeil's "third category" of occupation (*Common Law Aboriginal Title* (1989)), "actual entry, and some act or acts from which an intention to occupy the land could be inferred" (para. 136). Acts of "cutting trees or grass, fishing in tracts of water, and even perambulation, may be relied upon" (para. 136).

43 Daigle J.A. in *Bernard* ((2003), 262 N.B.R. (2d) 1, 2003 NBCA 55) similarly concluded that it was not necessary to prove specific acts of occupation and regular use of the logged area in order to ground aboriginal title. It was enough to show that the Mi'kmaq had used and occupied an area near the cutting site at the confluence of the Northwest Miramichi and the Little Southwest Miramichi. This proximity permitted the inference that the cutting site would have been within the range of seasonal use and occupation by the Mi'kmaq (para. 119).

44 The question before us is which of these standards of occupation is appropriate to determine aboriginal title: the strict standard applied by the trial judges; the looser standard applied by the Courts of Appeal; or some other standard? Interwoven is

justification. À l'égard de tous ces points se posent les questions sous-jacentes du type de preuve nécessaire, notamment quant au moment et à la façon de recourir à la preuve transmise oralement.

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

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

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

Dans *Bernard* ((2003), 262 R.N.-B. (2^e) 1, 2003 NBCA 55), le juge d'appel Daigle a pareillement conclu qu'il n'était pas nécessaire de faire la preuve d'actes particuliers d'occupation et de l'utilisation régulière des sites d'exploitation forestière pour fonder le titre aborigène. Il suffisait de démontrer que les Mi'kmaq avaient utilisé et occupé un secteur situé près de la zone de coupe au confluent des rivières Northwest Miramichi et Little Southwest Miramichi. Cette proximité permettait de conclure que la zone de coupe se trouvait sur le territoire occupé par les Mi'kmaq dans le cadre du mode saisonnier d'utilisation des ressources et d'occupation (par. 119).

La Cour doit déterminer si la norme d'occupation applicable en matière de preuve du titre aborigène est la norme stricte appliquée par les juges des procès, la norme moins exigeante retenue par les cours d'appel, ou une autre norme. À cette question

the question of what standard of evidence suffices; Daigle J.A. criticized the trial judge for failing to give enough weight to evidence of the pattern of land use and for discounting the evidence of oral traditions.

Two concepts central to determining aboriginal rights must be considered before embarking on the analysis of whether the right claimed has been established. The first is the requirement that both aboriginal and European common law perspectives must be considered. The second relates to the variety of aboriginal rights that may be affirmed. Both concepts are critical to analyzing a claim for an aboriginal right, and merit preliminary consideration.

Delgamuukw requires that in analyzing a claim for aboriginal title, the Court must consider both the aboriginal perspective and the common law perspective. Only in this way can the honour of the Crown be upheld.

The difference between the common law and aboriginal perspectives on issues of aboriginal title is real. But it is important to understand what we mean when we say that in determining aboriginal title we must consider both the common law and the aboriginal perspective.

The Court's task in evaluating a claim for an aboriginal right is to examine the pre-sovereignty aboriginal practice and translate that practice, as faithfully and objectively as it can, into a modern legal right. The question is whether the aboriginal practice at the time of assertion of European sovereignty (not, unlike treaties, when a document was signed) translates into a modern legal right, and if so, what right? This exercise involves both aboriginal and European perspectives. The Court must consider the pre-sovereignty practice from the perspective of the aboriginal people. But in translating it to a common law right, the Court must also consider the European perspective; the nature of the right at common law must be examined to

se greffe celle de la norme de preuve suffisante; le juge d'appel Daigle a reproché au juge du procès de ne pas avoir accordé suffisamment d'importance à la preuve relative au mode d'utilisation du territoire et de ne pas avoir tenu compte des traditions orales mises en preuve.

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

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

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

La Cour saisie de la revendication d'un droit ancestral doit examiner la pratique autochtone antérieure à l'affirmation de la souveraineté et la transposer aussi fidèlement et objectivement que possible en un droit moderne. Elle doit se demander si la pratique autochtone qui avait cours au moment de l'affirmation de la souveraineté européenne (et non, comme c'est le cas en matière de traités, au moment de leur signature) se transpose en un droit moderne et, le cas échéant, quel est le droit correspondant. Dans cet exercice, tant le point de vue autochtone que la perspective européenne doivent intervenir. La Cour doit examiner la pratique antérieure à l'affirmation de la souveraineté du point de vue autochtone. Mais lors de la transposition de la pratique

45

46

47

48

determine whether a particular aboriginal practice fits it. This exercise in translating aboriginal practices to modern rights must not be conducted in a formalistic or narrow way. The Court should take a generous view of the aboriginal practice and should not insist on exact conformity to the precise legal parameters of the common law right. The question is whether the practice corresponds to the core concepts of the legal right claimed.

49

To determine aboriginal entitlement, one looks to aboriginal practices rather than imposing a European template: “In considering whether occupation sufficient to ground title is established, ‘one must take into account the group’s size, manner of life, material resources, and technological abilities, and the character of the lands claimed’” (*Delgamuukw*, per Lamer C.J., at para. 149). The application of “manner of life” was elaborated by La Forest J. who stated that:

... when dealing with a claim of “aboriginal title”, the court will focus on the occupation and use of the land as part of the aboriginal society’s *traditional way of life*. In pragmatic terms, this means looking at the manner in which the society used the land *to live*, namely to establish villages, to work, to get to work, to hunt, to travel to hunting grounds, to fish, to get to fishing pools, to conduct religious rites, etc. [Emphasis in original; para. 194.]

50

Thus, to insist that the pre-sovereignty practices correspond in some broad sense to the modern right claimed, is not to ignore the aboriginal perspective. The aboriginal perspective grounds the analysis and imbues its every step. It must be considered in evaluating the practice at issue, and a generous approach must be taken in matching it to the appropriate modern right. Absolute congruity is not required, so long as the practices engage the core idea of the modern right. But as this Court

en un droit existant en common law, la Cour doit considérer également la perspective européenne; il faut analyser la nature de ce droit en common law pour déterminer s’il y a correspondance avec une pratique autochtone donnée. Cet exercice de transposition des pratiques autochtones en des droits modernes ne doit pas s’accomplir de façon formaliste ou étroite. La Cour doit envisager la pratique autochtone dans un esprit de générosité et ne devrait pas exiger une stricte conformité aux paramètres juridiques du droit en common law. Il faut se demander si la pratique correspond aux concepts fondamentaux du droit revendiqué.

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

... le tribunal qui examine la revendication d’un « titre aborigène » se demande principalement si l’occupation et l’utilisation des terres visées faisaient partie du *mode de vie traditionnel* de la société autochtone concernée. En pratique, cela veut dire qu’il doit se demander de quelle manière les membres de la société utilisaient les terres visées *pour vivre*, c’est-à-dire pour y établir des villages, pour y travailler, pour se rendre à leur travail, pour y chasser, pour se rendre à leurs territoires de chasse, pour y pêcher, pour se rendre à leurs sites de pêche, pour y accomplir des cérémonies religieuses et pour d’autres fins. [Souligné dans l’original; par. 194.]

Ainsi, on ne fait pas abstraction du point de vue autochtone en insistant sur l’existence d’une correspondance au sens large entre le droit moderne revendiqué et la pratique antérieure à l’affirmation de la souveraineté. Le point de vue autochtone sert de fondement à l’analyse et en imprègne chaque étape. Il doit être pris en compte dans l’évaluation de la pratique en cause, et l’exercice de transposition de la pratique en un droit moderne correspondant doit se faire dans un esprit de générosité. Il n’est pas

stated in *Marshall 2*, a pre-sovereignty aboriginal practice cannot be transformed into a different modern right.

In summary, the court must examine the pre-sovereignty aboriginal practice and translate that practice into a modern right. The process begins by examining the nature and extent of the pre-sovereignty aboriginal practice in question. It goes on to seek a corresponding common law right. In this way, the process determines the nature and extent of the modern right and reconciles the aboriginal and European perspectives.

The second underlying concept — the range of aboriginal rights — flows from the process of reconciliation just described. Taking the aboriginal perspective into account does not mean that a particular right, like title to the land, is established. The question is what modern right best corresponds to the pre-sovereignty aboriginal practice, examined from the aboriginal perspective.

Different aboriginal practices correspond to different modern rights. This Court has rejected the view of a dominant right to title to the land, from which other rights, like the right to hunt or fish, flow: *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101, at para. 26; *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139, at paras. 35-39. It is more accurate to speak of a variety of independent aboriginal rights.

One of these rights is aboriginal title to land. It is established by aboriginal practices that indicate possession similar to that associated with title at common law. In matching common law property rules to aboriginal practice we must be sensitive to the context-specific nature of common law title, as well as the aboriginal perspective. The common law recognizes that possession sufficient to ground title is a matter of fact, depending on all the circumstances, in particular the nature of the land and the manner in which the land is commonly

nécessaire qu'il y ait équivalence parfaite, dès lors que les pratiques impliquent les notions centrales du droit moderne. Mais comme l'a indiqué la Cour dans *Marshall 2*, une pratique autochtone antérieure à l'affirmation de la souveraineté ne peut être transformée en un droit moderne différent.

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

Le second concept sous-jacent — la diversité des droits ancestraux — découle du processus de conciliation qui vient d'être décrit. La prise en compte du point de vue autochtone ne signifie pas qu'un droit particulier, comme un titre sur le territoire, a été établi. Il faut déterminer quel droit moderne correspond le mieux à la pratique autochtone antérieure à l'affirmation de la souveraineté, considérée du point de vue autochtone.

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

Le titre aborigène sur des terres est l'un de ces droits. Il s'établit au moyen de pratiques autochtones indiquant une possession semblable à la possession associée au titre de propriété en common law. En établissant la concordance entre les règles de propriété de la common law et les pratiques autochtones, il faut tenir compte de la nature du titre de common law en fonction de son contexte ainsi que de la perspective autochtone. En common law, la possession suffisante pour fonder un titre est une question de fait qui dépend de l'ensemble des

51

52

53

54

enjoyed: *Powell v. McFarlane* (1977), 38 P. & C.R. 452 (Ch. D.), at p. 471. For example, where marshy land is virtually useless except for shooting, shooting over it may amount to adverse possession: *Red House Farms (Thorndon) Ltd. v. Catchpole*, [1977] E.G.D. 798 (Eng. C.A.). The common law also recognizes that a person with adequate possession for title may choose to use it intermittently or sporadically: *Keefer v. Arillotta* (1976), 13 O.R. (2d) 680 (C.A.), *per* Wilson J.A. Finally, the common law recognizes that exclusivity does not preclude consensual arrangements that recognize shared title to the same parcel of land: *Delgamuukw*, at para. 158.

55 This review of the general principles underlying the issue of aboriginal title to land brings us to the specific requirements for title set out in *Delgamuukw*. To establish title, claimants must prove “exclusive” pre-sovereignty “occupation” of the land by their forebears: *per* Lamer C.J., at para. 143.

56 “Occupation” means “physical occupation”. This “may be established in a variety of ways, ranging from the construction of dwellings through cultivation and enclosure of fields to regular use of definite tracts of land for hunting, fishing or otherwise exploiting its resources”: *Delgamuukw*, *per* Lamer C.J., at para. 149.

57 “Exclusive” occupation flows from the definition of aboriginal title as “the right to *exclusive* use and occupation of land”: *Delgamuukw*, *per* Lamer C.J., at para. 155 (emphasis in original). It is consistent with the concept of title to land at common law. Exclusive occupation means “the intention and capacity to retain exclusive control”, and is not negated by occasional acts of trespass or the presence of other aboriginal groups with consent (*Delgamuukw*, at para. 156, citing McNeil, at p. 204). Shared exclusivity may result in joint title

circstances, en particulier de la nature de la terre et de la façon dont s’en exerce la jouissance : *Powell c. McFarlane* (1977), 38 P. & C.R. 452 (Ch. D.), p. 471. Par exemple, lorsque des terrains marécageux n’ont pratiquement d’autre utilité que de servir à des exercices de tir, le fait de se livrer à de tels exercices peut équivaloir à une possession adversative : *Red House Farms (Thorndon) Ltd. c. Catchpole*, [1977] E.G.D. 798 (C.A. Angl.). La common law reconnaît également qu’une personne dont la possession est suffisante pour fonder un titre peut utiliser son terrain de façon intermittente ou sporadique : *Keefer c. Arillotta* (1976), 13 O.R. (2d) 680 (C.A.), la juge Wilson. Enfin, la common law reconnaît que l’exclusivité n’empêche pas la conclusion d’accords de partage du titre sur une même terre : *Delgamuukw*, par. 158.

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

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

L’exigence de l’occupation « exclusive » découle de la définition du titre aborigène, soit « le droit d’utiliser et d’occuper *de façon exclusive* les terres visées » : *Delgamuukw*, le juge en chef Lamer, par. 155 (souligné dans l’original). Elle est compatible avec la notion de titre foncier en common law. L’occupation exclusive s’entend de « l’intention et de la capacité de garder le contrôle exclusif », et des actes d’intrusion isolés ou la présence autorisée d’autres groupes autochtones ne portent pas atteinte à l’exclusivité (*Delgamuukw*, par. 156, citant

(para. 158). Non-exclusive occupation may establish aboriginal rights “short of title” (para. 159).

It follows from the requirement of exclusive occupation that exploiting the land, rivers or sea-side for hunting, fishing or other resources may translate into aboriginal title to the land if the activity was sufficiently regular and exclusive to comport with title at common law. However, more typically, seasonal hunting and fishing rights exercised in a particular area will translate to a hunting or fishing right. This is plain from this Court’s decisions in *Van der Peet*, *Nikal*, *Adams* and *Côté*. In those cases, aboriginal peoples asserted and proved ancestral utilization of particular sites for fishing and harvesting the products of the sea. Their forebears had come back to the same place to fish or harvest each year since time immemorial. However, the season over, they left, and the land could be traversed and used by anyone. These facts gave rise not to aboriginal title, but to aboriginal hunting and fishing rights.

The distinction between the requirements for a finding of aboriginal title and the requirements for more restricted rights was affirmed in *Côté*, where the Court held the right to fish was an independent right (para. 38). Similarly in *Adams*, the Court held that rights short of title could exist in the absence of occupation and use of the land sufficient to support a claim of title to the land: see *Adams*, at para. 26; *Côté*, at para. 39; *Delgamuukw*, at para. 159. To say that title flows from occasional entry and use is inconsistent with these cases and the approach to aboriginal title which this Court has consistently maintained.

In this case, the only claim is to title in the land. The issue therefore is whether the pre-sovereignty practices established on the evidence correspond to the right of title to land. These practices must be

McNeil, p. 204). L’exclusivité partagée peut donner lieu à un titre conjoint (par. 158). L’occupation non-exclusive peut établir l’existence de droits ancestraux « ne constituant pas un titre » (par. 159).

Il résulte de l’exigence de l’occupation exclusive que l’exploitation des terres, des rivières ou du littoral marin pour la chasse ou la pêche, ou la récolte d’autres ressources, peut se traduire en un titre aborigène sur le territoire si la pratique de l’activité était suffisamment régulière et exclusive pour fonder un titre en common law. Le plus souvent toutefois, la pratique de la chasse ou de la pêche saisonnière dans une région déterminée se traduira par un droit de chasse ou de pêche. C’est ce qu’établissent clairement les arrêts *Van der Peet*, *Nikal*, *Adams* et *Côté* de cette Cour. Dans ces affaires, les peuples autochtones avaient invoqué et prouvé l’utilisation ancestrale de sites particuliers pour la pêche ou la récolte de produits de la mer. Leurs ancêtres revenaient chaque année au même endroit pour pratiquer ces activités depuis des temps immémoriaux. La saison terminée, toutefois, ils partaient et tout un chacun pouvait utiliser le territoire et y passer. Ces pratiques ne fondaient pas un titre aborigène mais bien des droits ancestraux de chasse et de pêche.

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

En l’espèce, seule la revendication du titre sur le territoire est en cause. Il faut donc déterminer si les pratiques antérieures à l’affirmation de la souveraineté établies par la preuve correspondent au titre

58

59

60

assessed from the aboriginal perspective. But, as discussed above, the right claimed also invokes the common law perspective. The question is whether the practices established by the evidence, viewed from the aboriginal perspective, correspond to the core of the common law right claimed.

61 The common law, over the centuries, has formalized title through a complicated matrix of legal edicts and conventions. The search for aboriginal title, by contrast, takes us back to the beginnings of the notion of title. Unaided by formal legal documents and written edicts, we are required to consider whether the practices of aboriginal peoples at the time of sovereignty compare with the core notions of common law title to land. It would be wrong to look for indicia of aboriginal title in deeds or Euro-centric assertions of ownership. Rather, we must look for the equivalent in the aboriginal culture at issue.

62 Aboriginal societies were not strangers to the notions of exclusive physical possession equivalent to common law notions of title: *Delgamuukw*, at para. 156. They often exercised such control over their village sites and larger areas of land which they exploited for agriculture, hunting, fishing or gathering. The question is whether the evidence here establishes this sort of possession.

63 Having laid out the broad picture, it may be useful to examine more closely three issues that evoked particular discussion here — what is meant by exclusion, or what I have referred to as exclusive control; whether nomadic and semi-nomadic peoples can ever claim title to land, as opposed to more restricted rights; and the requirement of continuity.

64 The first of these sub-issues is the concept of exclusion. The right to control the land and, if necessary, to exclude others from using it is basic to the notion of title at common law. In European-based systems, this right is assumed by dint of

sur le territoire. L'appréciation des pratiques doit se faire du point de vue autochtone. Mais, comme il en a été question précédemment, le droit revendiqué fait également intervenir la common law. Il s'agit alors de se demander si les pratiques établies par la preuve, considérées du point de vue autochtone, correspondent aux notions centrales du droit de common law revendiqué.

Au cours des siècles, la common law a formalisé la notion de titre au moyen d'une mosaïque complexe d'édits et de conventions juridiques. À l'opposé, la recherche en matière de titre aborigène nous reporte à l'origine de la notion de titre. Il faut examiner, sans l'apport de documents juridiques officiels et d'édits écrits, si les pratiques autochtones au moment de l'affirmation de la souveraineté se comparent aux notions centrales du titre foncier en common law. On aurait tort de tenter de trouver des indices du titre aborigène dans des actes formalistes de transfert ou dans des affirmations de propriété eurocentriques. Il faut plutôt chercher l'équivalent dans la culture autochtone en cause.

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

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

La première de ces sous-questions est celle de l'exclusion. Le droit de contrôler le territoire et, si nécessaire, d'en empêcher l'utilisation par d'autres personnes est un aspect fondamental de la notion de titre en common law. Dans les systèmes de type

law. Determining whether it was present in a pre-sovereignty aboriginal society, however, can pose difficulties. Often, no right to exclude arises by convention or law. So one must look to evidence. But evidence may be hard to find. The area may have been sparsely populated, with the result that clashes and the need to exclude strangers seldom if ever occurred. Or the people may have been peaceful and have chosen to exercise their control by sharing rather than exclusion. It is therefore critical to view the question of exclusion from the aboriginal perspective. To insist on evidence of overt acts of exclusion in such circumstances may, depending on the circumstances, be unfair. The problem is compounded by the difficulty of producing evidence of what happened hundreds of years ago where no tradition of written history exists.

It follows that evidence of acts of exclusion is not required to establish aboriginal title. All that is required is demonstration of effective control of the land by the group, from which a reasonable inference can be drawn that it could have excluded others had it chosen to do so. The fact that history, insofar as it can be ascertained, discloses no adverse claimants may support this inference. This is what is meant by the requirement of aboriginal title that the lands have been occupied in an exclusive manner.

The second sub-issue is whether nomadic and semi-nomadic peoples can ever claim title to aboriginal land, as distinguished from rights to use the land in traditional ways. The answer is that it depends on the evidence. As noted above, possession at common law is a contextual, nuanced concept. Whether a nomadic people enjoyed sufficient “physical possession” to give them title to the land, is a question of fact, depending on all the circumstances, in particular the nature of the land and the manner in which it is commonly used. Not every nomadic passage or use will ground title to land; thus this Court in *Adams* asserts that one of

européen, ce droit est reconnu par la loi. Mais il peut être difficile d’en établir l’existence dans une société autochtone antérieure à l’affirmation de la souveraineté. Souvent, aucune loi ou convention ne prévoit le droit d’exclure d’autres personnes, et il faut par conséquent en rechercher la preuve. Cependant, la recherche de preuves peut être une entreprise ardue. Il se peut que, la région étant peu peuplée, les conflits aient été rares ou inexistantes et il n’était pas nécessaire d’en exclure les étrangers. Ou il se peut que les sociétés en cause aient été pacifiques et aient décidé d’exercer leur contrôle par le partage plutôt que l’exclusion. Il est donc essentiel d’envisager la question de l’exclusion du point de vue autochtone. Dans certaines circonstances, exiger la preuve d’actes manifestes d’exclusion peut s’avérer injuste. S’ajoute à cela la difficulté de se procurer des éléments de preuve d’événements survenus des centaines d’années auparavant, lorsqu’il n’existe pas de tradition d’histoire écrite.

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

La deuxième sous-question porte sur la possibilité pour les peuples nomades ou semi-nomades de revendiquer un titre aborigène plutôt que des droits d’utilisation traditionnelle du territoire. Cette possibilité dépend de la preuve. Comme on l’a vu, la possession, en common law, est un concept nuancé et contextuel. La question de savoir si la « possession physique » d’un territoire par un peuple nomade est suffisante pour conférer à ce peuple un titre sur ce territoire est une question de fait qui dépend de l’ensemble des circonstances, en particulier de la nature du territoire et de la façon dont il a été utilisé collectivement. Le passage dans un

65

66

the reasons that aboriginal rights cannot be dependent on aboriginal title is that this would deny any aboriginal rights to nomadic peoples (para. 27). On the other hand, *Delgamuukw* contemplates that “physical occupation” sufficient to ground title to land may be established by “regular use of definite tracts of land for hunting, fishing or otherwise exploiting its resources” (para. 149). In each case, the question is whether a degree of physical occupation or use equivalent to common law title has been made out.

territoire ou son utilisation dans le cadre d’un mode de vie nomade ne fondera pas nécessairement un titre sur celui-ci. Notre Cour a d’ailleurs indiqué, dans *Adams*, que l’une des raisons pour lesquelles les droits ancestraux ne pouvaient dépendre d’un titre aborigène était qu’une telle exigence nierait tout droit ancestral aux peuples nomades (par. 27). Par ailleurs, selon *Delgamuukw*, « l’utilisation régulière de secteurs bien définis du territoire pour y pratiquer la chasse, la pêche ou d’autres types d’exploitation de ses ressources » peut prouver une « occupation physique » suffisante du territoire pour fonder un titre (par. 149). Il s’agira chaque fois de se demander si on a fait la preuve d’un degré d’occupation physique ou d’utilisation équivalent au titre en common law.

67 The third sub-issue is continuity. The requirement of continuity in its most basic sense simply means that claimants must establish they are right holders. Modern-day claimants must establish a connection with the pre-sovereignty group upon whose practices they rely to assert title or claim to a more restricted aboriginal right. The right is based on pre-sovereignty aboriginal practices. To claim it, a modern people must show that the right is the descendant of those practices. Continuity may also be raised in this sense. To claim title, the group’s connection with the land must be shown to have been “of a central significance to their distinctive culture”: *Adams*, at para. 26. If the group has “maintained a substantial connection” with the land since sovereignty, this establishes the required “central significance”: *Delgamuukw*, per Lamer C.J., at paras. 150-51.

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

68 Underlying all these issues is the need for a sensitive and generous approach to the evidence tendered to establish aboriginal rights, be they the right to title or lesser rights to fish, hunt or gather. Aboriginal peoples did not write down events in their pre-sovereignty histories. Therefore, orally transmitted history must be accepted, provided the conditions of usefulness and reasonable reliability set out in *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1

Relativement à toutes ces questions, il est nécessaire de faire preuve de réceptivité et de générosité à l’égard de la preuve présentée pour établir le droit revendiqué, qu’il s’agisse du titre aborigène ou des droits plus limités de chasser, de pêcher ou de cueillir. Les peuples autochtones n’ont pas de relations historiques écrites au sujet des événements antérieurs à l’affirmation de la souveraineté. Par conséquent, il convient d’accepter les récits

S.C.R. 911, 2001 SCC 33, are respected. Usefulness asks whether the oral history provides evidence that would not otherwise be available or evidence of the aboriginal perspective on the right claimed. Reasonable reliability ensures that the witness represents a credible source of the particular people's history. In determining the usefulness and reliability of oral histories, judges must resist facile assumptions based on Eurocentric traditions of gathering and passing on historical facts.

The evidence, oral and documentary, must be evaluated from the aboriginal perspective. What would a certain practice or event have signified in their world and value system? Having evaluated the evidence, the final step is to translate the facts found and thus interpreted into a modern common law right. The right must be accurately delineated in a way that reflects common law traditions, while respecting the aboriginal perspective.

In summary, exclusive possession in the sense of intention and capacity to control is required to establish aboriginal title. Typically, this is established by showing regular occupancy or use of definite tracts of land for hunting, fishing or exploiting resources: *Delgamuukw*, at para. 149. Less intensive uses may give rise to different rights. The requirement of physical occupation must be generously interpreted taking into account both the aboriginal perspective and the perspective of the common law: *Delgamuukw*, at para. 156. These principles apply to nomadic and semi-nomadic aboriginal groups; the right in each case depends on what the evidence establishes. Continuity is required, in the sense of showing the group's descent from the pre-sovereignty group whose practices are relied on for the right. On all these matters, evidence of oral history is admissible, provided it meets the requisite standards of usefulness and reasonable reliability. The ultimate goal is to translate the pre-sovereignty aboriginal right to a modern

transmis oralement dans la mesure où ils satisfont aux conditions d'utilité et de fiabilité raisonnable formulées dans *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33. Le récit oral est utile s'il fournit des éléments de preuve auxquels le tribunal n'aurait pas accès autrement ou qui concernent le point de vue autochtone sur le droit revendiqué. Il est raisonnablement fiable si le témoin constitue une source crédible pour ce qui est de l'histoire du peuple en question. Les juges appelés à se prononcer sur l'utilité et la fiabilité de récits oraux doivent se garder des suppositions faciles inspirées des traditions eurocentriques en matière de cueillette et de transmission de faits historiques.

L'appréciation de la preuve, testimoniale et documentaire, doit se faire du point de vue des Autochtones, en se demandant ce qu'une pratique ou un événement aurait signifié dans leur monde et leur système de valeurs. Après cette appréciation de la preuve vient l'étape finale où les conclusions de fait, ainsi interprétées, sont transposées en un droit moderne en common law. Ce droit doit être circonscrit avec précision conformément aux traditions de la common law, tout en respectant le point de vue autochtone.

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

69

70

common law right. This must be approached with sensitivity to the aboriginal perspective as well as fidelity to the common law concepts involved.

C. *Application of the Legal Test*

71 The cases proceeded on the basis that the British had established sovereignty in the middle of the 18th century: in *Bernard* 1759 and in *Marshall* 1713 for Mainland Nova Scotia and 1763 for Cape Breton. The British took sovereignty over lands populated by the French, Acadian settlers and the Mi'kmaq.

72 The trial judge in each case applied the correct test to determine whether the respondents' claim to aboriginal title was established. In each case they required proof of sufficiently regular and exclusive use of the cutting sites by Mi'kmaq people at the time of assertion of sovereignty.

73 In *Marshall*, Curran Prov. Ct. J. reviewed the authorities and concluded that the line separating sufficient and insufficient occupancy for title is between irregular use of undefined lands on the one hand and regular use of defined lands on the other. "Settlements constitute regular use of defined lands, but they are only one instance of it" (para. 141).

74 In *Bernard*, Lordon Prov. Ct. J. likewise found that occasional visits to an area did not establish title; there must be "evidence of capacity to retain exclusive control" (para. 110) over the land claimed.

75 These tests correctly reflect the jurisprudence as discussed above.

raisonnable. L'objectif final est de transposer le droit ancestral antérieur à l'affirmation de la souveraineté en un droit moderne en common law. Ce processus doit être empreint de réceptivité envers le point de vue autochtone tout en respectant les notions de common law en cause.

C. *L'application du critère juridique*

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

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

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

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

Ces critères reflètent correctement la jurisprudence examinée précédemment.

Holding otherwise, Cromwell J.A. in *Marshall* held that this test was too strict and that it was sufficient to prove occasional entry and acts from which an intention to occupy the land could be inferred. Similarly, in *Bernard*, Daigle J.A. held that the trial judge erred in requiring proof of specific acts of occupation and regular use in order to ground aboriginal title. It was not in error to state, as Cromwell J.A. did, that acts from which intention to occupy the land could be inferred may ground a claim to common law title. However, as discussed above, this must be coupled with sufficiently regular and exclusive use in order to establish title in the common law sense.

Cromwell J.A. found that this additional requirement is not consistent with the semi-nomadic culture or lifestyle of the Mi'kmaq. With respect, this argument is circular. It starts with the premise that it would be unfair to deny the Mi'kmaq title. In order to avoid this result, it posits that the usual indicia of title at common law — possession of the land in the sense of exclusive right to control — should be diminished because the pre-sovereignty practices proved do not establish title on that test. As discussed, the task of the court is to sensitively assess the evidence and then find the equivalent modern common law right. The common law right to title is commensurate with exclusionary rights of control. That is what it means and has always meant. If the ancient aboriginal practices do not indicate that type of control, then title is not the appropriate right. To confer title in the absence of evidence of sufficiently regular and exclusive pre-sovereignty occupation, would transform the ancient right into a new and different right. It would also obliterate the distinction that this Court has consistently made between lesser aboriginal rights like the right to fish and the highest aboriginal right, the right to title to the land: *Adams* and *Côté*.

Formulant une conclusion divergente dans *Marshall*, le juge d'appel Cromwell a estimé qu'il s'agissait là d'un critère trop strict et qu'il suffisait de prouver une présence occasionnelle ainsi que des actes indiquant une intention d'occuper le territoire. De la même façon, le juge d'appel Daigle a conclu dans l'arrêt *Bernard* que le juge de première instance avait eu tort d'exiger la preuve d'actes particuliers d'occupation et la preuve de l'utilisation régulière du territoire pour fonder le titre aborigène. Il n'est pas erroné d'affirmer, comme le juge Cromwell l'a fait, que la revendication du titre en common law peut se fonder sur des actes indiquant une intention d'occuper le territoire. Cependant, il faut que de tels actes s'accompagnent, comme on l'a vu précédemment, d'une utilisation suffisamment régulière et exclusive pour qu'un titre en common law soit établi.

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

D. *Assessment of the Evidence*

78

The question remains whether the trial judges, having applied essentially the right test, erred in their assessment of the evidence or application of the law to the evidence. Absent this, there is no ground for appellate intervention. As discussed, the evidence of aboriginal practices must be assessed from the aboriginal perspective. The question is whether the practices on a broad sense correspond to the right claimed.

79

Curran Prov. Ct. J. in *Marshall* reviewed the facts extensively and summarized his conclusions as follows:

- a) The Mi'kmaq of 18th century Nova Scotia could be described as "moderately nomadic" as were the Algonquins in *Côté, supra*. The Mi'kmaq, too, moved with the seasons and circumstances to follow their resources. They did not necessarily return to the same campsites each year. Nevertheless, for decades before and after 1713 local communities on mainland Nova Scotia stayed generally in the areas where they had been.
- b) On the mainland the Mi'kmaq made intensive use of bays and rivers and at least nearby hunting grounds. The evidence is just not clear about exactly where those lands were or how extensive they were. It is most unlikely all the mainland was included in those lands. There just weren't enough people for that.
- c) As for Cape Breton, there simply is not enough evidence of where the Mi'kmaq were and how long they were there to conclude that they occupied any land to the extent required for aboriginal title.
- d) In particular, there is no clear evidence that the Mi'kmaq of the time made any use, let alone regular use, of the cutting sites where these charges arose, either on the mainland or in Cape Breton. The [Respondents] have not satisfied me on the balance of probability that their ancestors had aboriginal title to those sites. [para. 142]

D. *L'appréciation de la preuve*

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

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

[TRADUCTION]

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

Applying the law to these facts, Curran Prov. Ct. J. “concluded that the Mi’kmaq of the 18th century on mainland Nova Scotia probably had aboriginal title to lands around their local communities, but not to the cutting sites” (para. 143).

In *Bernard*, Lordon Prov. Ct. J. also made a thorough review of the evidence of Mi’kmaq occupation of lands at the time of sovereignty, and concluded that it did not establish title:

Given the evidence before me, I cannot conclude that the land at the *locus in quo* was used on a regular basis for hunting and fishing. Such trips made there in 1759 would have been occasional at best. Occasional forays for hunting, fishing and gathering are not sufficient to establish Aboriginal title in the land.

Furthermore, the evidence does not convince me that the Mi’kmaq were the only occasional visitors to the area. From the time of contact onward the Indians welcomed Europeans. . . .

. . . .

There was no evidence of capacity to retain exclusive control and, given the vast area of land and the small population they did not have the capacity to exercise exclusive control. In addition, according to the evidence of Chief Augustine, the Mi’kmaq had neither the intent nor the desire to exercise exclusive control, which, in my opinion, is fatal to the claim for Aboriginal title. [paras. 107-8 and 110]

The Nova Scotia Court of Appeal did not criticize the findings of fact in *Marshall*, basing its reversal on the legal test. However, in *Bernard*, the New Brunswick Court of Appeal criticized aspects of Lordon Prov. Ct. J.’s approach to the facts. Daigle J.A. found that the trial judge failed to give appropriate weight to the evidence of the pattern of land use and discounted the evidence of oral traditions. Daigle J.A. emphasized that during the winter, the Mi’kmaq would break into smaller hunting groups and disperse inland, fishing and hunting in the interior. He also emphasized the proximity of the cutting sites to traditional settlement sites. However,

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

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

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

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

. . . .

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

La Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse a infirmé la décision *Marshall* en rejetant le critère juridique appliqué mais n’a pas critiqué les conclusions de fait. Dans *Bernard*, toutefois, la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick a critiqué certains aspects des conclusions de fait tirées par le juge Lordon. Le juge Daigle a estimé que le juge de première instance n’avait pas accordé l’importance qu’il fallait à la preuve des modes d’utilisation du territoire et qu’il avait écarté la preuve des traditions orales. Le juge Daigle a insisté sur le fait que pendant l’hiver, les Mi’kmaq se séparaient en petits groupes de chasseurs et se dispersaient à l’intérieur des terres pour

these facts, even if overlooked by the trial judge, do not support a finding of aboriginal title on the principles discussed above. They amount only, as Daigle J.A. put it, to “compelling evidence . . . that the cutting site area . . . would have been within the range of seasonal use and occupation by the Miramichi Mi’kmaq” (para. 127). Assuming the trial judge overlooked or undervalued this evidence, the evidence would have made no difference and the error was inconsequential.

chasser et pêcher. Il a souligné également que les zones de coupe avoisinaient des lieux traditionnels d’établissement. Même si le juge du procès n’en a pas tenu compte, ces faits ne permettent pas de conclure à l’existence d’un titre aborigène, en raison des principes exposés précédemment. Comme le juge Daigle l’a écrit, ils ne constituent qu’une « preuve convaincante [. . .] [que] la région de la zone de coupe [. . .] aurait été suffisamment proche pour être utilisée et occupée de façon saisonnière par les Mi’kmaq de la Miramichi » (par. 127). En supposant que le juge du procès ait omis de prendre cette preuve en considération ou l’ait sous-évaluée, le fait est qu’elle n’aurait rien changé à la décision et que l’erreur ne portait pas à conséquence.

83 I conclude that there is no ground to interfere with the trial judges’ conclusions on the absence of common law aboriginal title.

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

E. *Extinguishment, Infringement, Justification and Membership*

E. *Extinction, atteinte, justification et appartenance*

84 The Crown argued that even if common law aboriginal title is established, it was extinguished by statutes passed between 1774 and 1862 relating to forestry on Crown lands. Since aboriginal title is not established, it is unnecessary to consider this issue. Nor is it necessary to consider whether the statutes under which the respondents were charged infringe aboriginal title, or if so, whether that infringement is justified. Finally, it is unnecessary to consider continuity issues relating to the sites claimed.

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

F. *Aboriginal Title Under the Royal Proclamation*

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

85 The respondents argue that the *Royal Proclamation* of 1763 (see Appendix) reserved to the Mi’kmaq title in all unceded, unpurchased land in the former Nova Scotia, which later was divided into Nova Scotia and New Brunswick. I agree with the courts below that this argument must be rejected.

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

The *Royal Proclamation* must be interpreted liberally, and any matters of doubt resolved in favour of aboriginal peoples: *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 36. Further, the *Royal Proclamation* must be interpreted in light of its status as the “Magna Carta” of Indian rights in North America and Indian “Bill of Rights”: *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [1982] 1 Q.B. 892 (C.A.), at p. 912. I approach the question on this basis.

The first issue is whether the *Royal Proclamation* applies to the former colony of Nova Scotia. The *Royal Proclamation* states that it applies to “our other Colonies or Plantations in America” and at the beginning annexes Cape Breton and Prince Edward Island to Nova Scotia. Other evidence, including correspondence between London and Nova Scotia, suggests that contemporaries viewed the *Royal Proclamation* as applying to Nova Scotia (*Marshall*, trial decision, at para. 112). Interpreting the *Royal Proclamation* liberally and resolving doubts in favour of the aboriginals, I proceed on the basis that it applied to the former colony of Nova Scotia.

This brings us to the text of the *Royal Proclamation*. The text supports the Crown’s argument that it did not grant the Mi’kmaq title to all the territories of the former colony of Nova Scotia. The respondents rely principally on three provisions of the *Royal Proclamation*.

The first provision is the preamble to the part addressing aboriginal peoples which reads:

And whereas it is just and reasonable, and essential to our Interest, and the Security of our Colonies, that the several Nations or Tribes of Indians with whom We are connected, and who live under our Protection, should not be molested or disturbed in the Possession of such Parts of Our Dominions and Territories as, not having been ceded to or purchased by Us, are reserved to them, or any of them, as their Hunting Grounds.

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

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

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

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

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

86

87

88

89

90 As part of the preamble, this does not accord new rights. When the *Royal Proclamation* directed the reservation or annexation of land it used terms of grant (“We do therefore . . . declare it to be our Royal Will and Pleasure, that” or “We have thought fit, with the Advice of our Privy Council” or “We do hereby command”) and referred to the specific tracts of land (“all the Lands and Territories not included within the Limits of Our said Three new Governments, or within the Limits of the Territory granted to the Hudson’s Bay Company”).

91 The second provision of the *Royal Proclamation* relied on by the respondents is the following:

We do therefore . . . declare it to be our Royal Will and Pleasure, that no Governor or Commander in Chief . . . in any of our other Colonies or Plantations in America do presume . . . to grant Warrants of Survey, or pass Patents for any Lands beyond the Heads or Sources of any of the Rivers which fall into the Atlantic Ocean from the West and North West, or upon any Lands whatever, which, not having been ceded to or purchased by Us as aforesaid, are reserved to the said Indians, or any of them.

92 The respondents argue that the underlined phrase reserved to the Mi’kmaq all unceded or unpurchased land within the colony of Nova Scotia. However, this phrase merely repeats the wording from the preamble. It does not create new rights in land. This is confirmed by the fact that it does not use the direct and clear language used elsewhere to reserve lands to the Indians, and is reinforced by its relation to subsequent provisions. If the *Royal Proclamation* had reserved virtually the entire province of Nova Scotia to the Mi’kmaq, the subsequent requirement, that settlers leave lands “still reserved to the . . . Indians”, would have had the effect of ejecting all the settlers from the colony. Yet the historical evidence suggests extensive settlement of Nova Scotia shortly after the *Royal Proclamation*.

93 The third provision of the *Royal Proclamation* upon which the respondents rely requires that “no

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

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

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

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

Le troisième passage de la *Proclamation royale* sur lequel les intimés s’appuient interdit « à qui que

private Person do presume to make any purchase from the said Indians of any Lands reserved to the said Indians, within those parts of our Colonies where, We have thought proper to allow Settlement". The respondents argue that this reinforces reservation of Nova Scotia to the Indians. This language, however, is equally consistent with referring to newly reserved lands as it is to previously reserved lands and does not definitively argue in either direction.

The jurisprudence also supports the Crown's interpretation of the text of the *Royal Proclamation*. In *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, this Court held that "the Royal Proclamation of October 7, 1763 organized the territories recently acquired by Great Britain and reserved two types of land for the Indians: that located outside the colony's territorial limits and the establishments authorized by the Crown inside the colony" (p. 1052 (emphasis added), *per* Lamer J.).

Finally, the historical context and purpose of the *Royal Proclamation* do not support the claim that the *Royal Proclamation* granted the colony of Nova Scotia to the Indians. The *Royal Proclamation* was concluded in the context of discussions about how to administer and secure the territories acquired by Britain in the first Treaty of Paris in 1763. In the discussions between the Board of Trade and the Privy Council about what would eventually become the *Royal Proclamation*, the imperial territories were from the beginning divided into two categories: lands to be settled and those whose settlement would be deferred. Nova Scotia was clearly land marked for settlement by the Imperial policy promoting its settlement by the "Planters", "Ulster Protestants", Scots, Loyalists and others. The Lords of Trade had urged "the compleat Settlement of Your Majesty's Colony of Nova Scotia": Lords of Trade to Lord Egremont, June 8, 1763, in *Documents Relating to the Constitutional History of Canada, 1759-1791* (2nd ed. rev. 1918), Part I, at p. 135. The settlement aspirations of the British were recognized by Binnie J. for the majority in *Marshall I* when he stated that the recently concluded treaties with the Mi'kmaq of 1760-61 were designed to facilitate a "wave of European

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

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

Enfin, le contexte historique de même que l'objet de la *Proclamation royale* n'étaient pas la prétention voulant qu'elle ait accordé la colonie de la Nouvelle-Écosse aux Indiens. La *Proclamation royale* a été lancée dans le contexte de discussions sur l'administration et la préservation des territoires acquis par la Grande-Bretagne en vertu du premier Traité de Paris en 1763. Lors des discussions entre le Board of Trade et le Conseil privé au sujet de ce qui deviendrait la *Proclamation royale*, les territoires impériaux ont été dès le début séparés en deux catégories : les terres à coloniser et les terres dont la colonisation serait remise à plus tard. La politique impériale destinait clairement la Nouvelle-Écosse à la colonisation et encourageait les « Planters », « les protestants de l'Ulster », les Écossais, les Loyalistes et d'autres à s'y établir. Les lords du commerce préconisaient [TRADUCTION] « la colonisation complète de la Nouvelle-Écosse, colonie de Votre Majesté » : lords du commerce à Lord Egremont, 8 juin 1763, dans *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791* (2^e éd. rév. 1921), Première partie, p. 107. Le juge Binnie, rendant jugement pour la majorité dans *Marshall I*, a reconnu les visées colonisatrices des Britanniques lorsqu'il a indiqué que les traités qui

94

95

settlement” (para. 21). The *Royal Proclamation* sought to ensure the future security of the colonies by minimizing potential conflict between settlers and Indians by protecting existing Indian territories, treaty rights and enjoining abusive land transactions. Reserving Nova Scotia to the Indians would completely counter the planned settlement of Nova Scotia.

96 In summary, the text, the jurisprudence and historic policy, all support the conclusion that the *Royal Proclamation* did not reserve the former colony of Nova Scotia to the Mi’kmaq.

G. *Aboriginal Title Through Belcher’s Proclamation*

97 Colonial governors, including those of the former colony of Nova Scotia, were issued a Royal Instruction on December 9, 1761 forbidding them from granting lands adjacent to or occupied by the Indians, including “any Lands so reserved to or claimed by the said Indians”. Pursuant to the instruction, in 1762 the then governor of Nova Scotia, Jonathan Belcher, issued a Proclamation directing settlers to remove themselves from lands “reserved to or claimed by” the Indians. It further directed that “for the more special purpose of hunting, fowling and fishing, I do hereby strictly injoin and caution all persons to avoid all molestation of the said Indians in their said Claims, till His Majesty’s pleasure in this behalf shall be signified” (emphasis added).

98 Three issues arise in determining the applicability of *Belcher’s Proclamation*: first the geographical area it covers, second, the activities it covers and third, whether it was concluded with the relevant authority.

venaient d’être conclus avec les Mi’kmaq en 1760-1761 avaient pour objet de faciliter l’établissement d’une « vague de colons européens » (par. 21). La *Proclamation royale* visait à assurer la sécurité future des colonies en réduisant les possibilités de conflit entre colons et Indiens par la protection des territoires indiens et des droits issus de traité existants et par l’interdiction des opérations foncières abusives. Si la Nouvelle-Écosse avait été réservée aux Indiens, les projets de colonisation de la Nouvelle-Écosse s’en seraient trouvés anéantis.

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

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

Les gouverneurs des colonies, dont ceux de l’ancienne colonie de la Nouvelle-Écosse, ont reçu le 9 décembre 1761 des directives royales qui leur interdisaient d’octroyer des terres occupées par des Indiens ou attenantes à celles-ci, notamment [TRADUCTION] « des terres ainsi réservées aux Indiens ou revendiquées par eux ». Conformément à ces directives, le gouverneur de la Nouvelle-Écosse alors en poste, Jonathan Belcher, a publié en 1762 une proclamation dans laquelle il enjoignait aux colons de quitter les terres [TRADUCTION] « ainsi réservées pour les Indiens ou revendiquées par eux ». Il ordonnait également ce qui suit : [TRADUCTION] « visant spécialement les activités de chasse au gros et au petit gibier, de chasse au gibier à plumes et de pêche, par les présentes, j’enjoins strictement à toutes personnes et les préviens d’éviter toute molestation desdits Sauvages dans leur revendication tant que le plaisir de Sa Majesté dans cette affaire n’aura pas été signifié » (je souligne).

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

First, *Belcher's Proclamation* defines areas from Musquodobiot to Canso, from Canso along the Northumberland Strait to Miramichi, Bay of Chaleur, Gulf of St. Lawrence and along the Gaspé “and so along the coast”. Lordon Prov. Ct. J. in *Bernard* found that it granted only a “common right to the Sea Coast” (para. 116). I see no reason to disturb this finding.

Second, Lordon Prov. Ct. J. found that *Belcher's Proclamation* was, on its terms, limited to “hunting, fowling and fishing” and did not cover logging (para. 116). Again, I see no reason to reject this conclusion. These two conclusions alone suffice to resolve this issue.

The third issue is whether *Belcher's Proclamation* was issued with the relevant authority. *Belcher's Proclamation* provoked immediate adverse reaction and dissatisfaction from the Lords of Trade. On July 2, 1762, Belcher wrote to them to explain what he had done. He explained that he had made a return to the Indians “for a Common right to the Sea Coast from Cape Fronsac onwards for Fishing without disturbance or Opposition by any of His Majesty's Subjects”. He went on to assure the Lords of Trade that it was only temporary “till His Majesty's pleasure should be signified”. In fact, His Majesty never approved *Belcher's Proclamation*. The text of the Proclamation and the evidence of Drs. Patterson and Wicken accepted by Lordon Prov. Ct. J. confirms its intended temporary nature (para. 116).

On December 3, 1762, the Lords of Trade responded in a strongly worded letter condemning *Belcher's Proclamation* and instructing that the Royal Instruction referred only to “Claims of the Indians, as heretofore of long usage admitted and allowed on the part of the Government and Confirmed to them by solemn Compacts”. Interestingly, the Lords of Trade state that if it

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

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

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

Le 3 décembre 1762, les lords du Commerce ont vivement condamné la *Proclamation de Belcher* dans une lettre où ils indiquaient que les directives royales ne portaient que sur les [TRADUCTION] « revendications des Sauvages, telles celles du passé relevant d'un long usage admis et permis par le gouvernement et confirmé à eux par voie de conventions solennelles ». Fait intéressant, les

99

100

101

102

were necessary to reserve lands for the Indians it should not have been the lands along the coast, “but rather the Lands amongst the woods and lakes where the wild beasts resort and are to be found in plenty”, supporting the view that *Belcher’s Proclamation* did not grant rights over cutting sites further inland.

lords exposent que s’il fallait réserver des terres pour les Indiens, ce n’aurait pas dû être les terres situées le long du littoral [TRADUCTION] « mais plutôt les terres sises parmi les bois et les lacs où les bêtes sauvages vivent et se trouvent en abondance », ce qui appuie l’opinion voulant que la *Proclamation de Belcher* n’a pas octroyé de droit sur les zones de coupe situées plus loin à l’intérieur des terres.

103

By letter of March 20, 1764 the Lords of Trade signified His Majesty’s disallowance of *Belcher’s Proclamation* to Belcher’s successor, Governor Wilmot. The Lords of Trade noted that this claim was “inconsistent with his Majesty’s Right, and so injurious to the Commercial Interest of His Subjects”. They further stated that the grant of the coastal lands to the Indians was contrary to the true spirit and meaning of the Royal Instructions upon which *Belcher’s Proclamation* was based. They referred to “His Majesty’s disallowance” of such claim, though nowhere did they state that *Belcher’s Proclamation* was void *ab initio*. The Lords of Trade instructed Governor Wilmot to “induce the Indians to recede from so extraordinary and inadmissible a claim, if he had not already done so”; however this was to be done in the “mildest manner”. This was apparently done, although no formal action was taken to revoke *Belcher’s Proclamation*.

Dans une lettre en date du 20 mars 1764, les lords du commerce ont signifié au successeur de Belcher, le gouverneur Wilmot, le désaveu de la *Proclamation de Belcher* par Sa Majesté. Ils signalaient que cette revendication était [TRADUCTION] « incompatible avec le droit dont Sa Majesté est titulaire et considérablement préjudiciable aux intérêts commerciaux de ses sujets », ajoutant que l’octroi de terres côtières aux Indiens était contraire à l’esprit et au sens véritables des directives royales sur lesquelles Belcher avait fondé sa proclamation. Les lords ont fait état du [TRADUCTION] « refus de Sa Majesté » de cette revendication, mais sans indiquer nulle part que la *Proclamation de Belcher* était nulle *ab initio*. Ils ont donné instruction au gouverneur Wilmot [TRADUCTION] « [d’]inciter les Sauvages à abandonner une revendication aussi extraordinaire et inadmissible s’il ne l’a déjà fait »; toutefois, il fallait procéder de la [TRADUCTION] « manière la plus douce ». Cela semble avoir été fait, mais aucune mesure formelle n’a été prise pour révoquer la *Proclamation de Belcher*.

104

Against this it is argued that what matters is what the Indians thought *Belcher’s Proclamation* meant, as opposed to whether Belcher in fact had the power to make the Proclamation. The Proclamation was never formally revoked. The Mi’kmaq were apparently told their claims to the colony’s lands were invalid, although in the “mildest manner”. However, there is no evidence that the British misled the Mi’kmaq or acted dishonourably toward them in explaining that *Belcher’s Proclamation* was disallowed. I see no reason to interfere with the conclusion of Robertson J.A. in *Bernard* that “[t]his is one case

On oppose que la question n’est pas tant de savoir si Belcher avait en fait le pouvoir de lancer cette proclamation que la signification que les Indiens ont attribuée à cette proclamation. Cette dernière n’a jamais été officiellement révoquée. Il semble qu’on ait dit aux Mi’kmaq que leur revendication des terres de la colonie était invalide, quoique de la [TRADUCTION] « manière la plus douce ». Toutefois, aucun élément de preuve n’indique que les Britanniques ont induit les Mi’kmaq en erreur ou ont manqué à l’honneur en leur expliquant que la *Proclamation de Belcher* avait été désavouée. Je ne vois aucune raison de modifier la conclusion du juge

where the Crown's silence cannot validate that which is otherwise invalid" (para. 409).

In summary, the defence based on *Belcher's Proclamation* faces formidable hurdles. Did Belcher have the authority to make it, or was it void *ab initio*, as claimed at the time? If it was valid, was it temporary and conditional on further order of His Majesty? If invalid, where is the evidence of Mi'kmaq reliance or dishonorable Crown conduct? Finally, whatever the legal effect of *Belcher's Proclamation*, it seems that it was intended to apply only to certain coastal areas and to "hunting, fowling and fishing". On the evidence before us, it is impossible to conclude that *Belcher's Proclamation* could provide a defence to the charges against the respondents.

IV. Conclusion

The trial judge in each case applied the correct legal tests and drew conclusions of fact that are fully supported by the evidence. Their conclusions that the respondents possessed neither a treaty right to trade in logs nor aboriginal title to the cutting sites must therefore stand. Nor is there any basis for finding title in the *Royal Proclamation* or *Belcher's Proclamation*.

The constitutional questions stated in *Marshall*, as follows:

1. Is the prohibition on cutting or removing timber from Crown lands without authorization pursuant to s. 29 of the *Crown Lands Act*, R.S.N.S. 1989, c. 114, inconsistent with the treaty rights of the respondents/appellants on cross-appeal contained in the Mi'kmaq Treaties of 1760-61, and therefore

d'appel Robertson, dans l'arrêt *Bernard*, selon laquelle « [i]l s'agit d'un cas où le silence de la Couronne ne peut valider ce qui est par ailleurs invalide » (par. 409).

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

IV. Conclusion

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

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

1. L'interdiction pour quiconque de couper du bois se trouvant sur les terres de la Couronne ou de l'enlever de ces terres sans autorisation donnée en vertu de l'article 29 de la *Crown Lands Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 114, est-elle incompatible avec les droits issus de traités des intimés/appellants dans l'appel

105

106

107

of no force or effect or application to them, by virtue of ss. 35(1) and 52 of the *Constitution Act, 1982*?

2. Is the prohibition on cutting or removing timber from Crown lands without authorization pursuant to s. 29 of the *Crown Lands Act*, R.S.N.S. 1989, c. 114, inconsistent with Mi'kmaq aboriginal title to the provincial Crown land from which the timber was cut or removed, by virtue of (i) exclusive occupation by the Mi'kmaq at the time the British acquired sovereignty over the area, or (ii) the *Royal Proclamation, 1763*, and therefore of no force or effect or application to the respondents/appellants on cross-appeal by virtue of ss. 35(1) and 52 of the *Constitution Act, 1982*?

should be answered in the negative.

108

The constitutional questions stated in *Bernard*, as follows:

1. Is the prohibition on unauthorized possession of Crown timber pursuant to s. 67(1)(c) of the *Crown Lands and Forests Act*, S.N.B. 1980, c. C-38.1 and amendments, inconsistent with the treaty rights of the respondent contained in the Miramichi Mi'kmaq Treaty of June 25, 1761, and therefore of no force or effect or application to the respondent by virtue of ss. 35(1) and 52 of the *Constitution Act, 1982*?
2. Is the prohibition on unauthorized possession of Crown timber pursuant to s. 67(1)(c) of the *Crown Lands and Forests Act*, S.N.B. 1980, c. C-38.1 and amendments, inconsistent with Mi'kmaq aboriginal title to the provincial Crown land from which the timber was cut, by virtue of (i) exclusive occupation by the Mi'kmaq at the time the British acquired sovereignty over the area, or (ii) *Belcher's Proclamation*, or (iii) the *Royal Proclamation, 1763*, and therefore of no force or effect or application to the respondent by virtue of ss. 35(1) and 52 of the *Constitution Act, 1982*?

should be answered in the negative.

109

I would allow the appeals, dismiss the cross-appeal in *Marshall* and restore the convictions. There is no order as to costs.

incident, et qui figurent dans les traités conclus par les Mi'kmaq en 1760 et 1761 et, donc, inopérante ou inapplicable à leur égard selon les articles 35(1) et 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

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

Il y a lieu de répondre par la négative aux questions constitutionnelles énoncées comme suit dans *Bernard* :

1. L'interdiction pour quiconque d'être en possession sans autorisation de bois qui provient des terres de la Couronne contrairement à l'article 67(1)(c) de la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne*, L.N.-B. 1980, ch. C-38.1, et ses modifications, est-elle incompatible avec les droits issus de traités de l'intimé et qui figurent dans le traité conclu, le 25 juin 1761, par les Mi'kmaq de Miramichi et, donc, inopérante ou inapplicable à l'égard de l'intimé selon les articles 35(1) et 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?
2. L'interdiction pour quiconque d'être en possession sans autorisation contrairement à l'article 67(1)(c) de la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne*, L.N.-B. 1980, ch. C-38.1, et ses modifications, est-elle incompatible avec le titre aborigène des Mi'kmaq sur les terres de la Couronne provinciale où le bois a été coupé en vertu de (i) l'occupation exclusive de ces terres par les Mi'kmaq lorsque la Couronne y a acquis souveraineté ou en vertu de (ii) la *Proclamation de Belcher* ou (iii) de la *Proclamation royale (1763)* et, donc, inopérante ou inapplicable à l'égard de l'intimé selon les articles 35(1) et 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Je suis d'avis d'accueillir les pourvois, de rejeter le pourvoi incident dans *Marshall* et de rétablir les déclarations de culpabilité. Il n'y a aucune ordonnance quant aux dépens.

The reasons of LeBel and Fish JJ. were delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

I have read the reasons of the Chief Justice. While I am in agreement with the ultimate disposition, I have concerns about various parts of them. Briefly, the protected treaty right includes not only a right to trade but also a corresponding right of access to resources for the purpose of engaging in trading activities. On the facts of the cases on appeal, however, the parties to the treaties did not contemplate that the forest resources to which the Mi'kmaq had a right of access would be used to engage in logging activities. On the issue of aboriginal title, I take the view that given the nature of land use by aboriginal peoples — and in particular the nomadic nature of that use by many First Nations — in the course of their history, the approach adopted by the majority is too narrowly focused on common law concepts relating to property interests.

The Chief Justice's reasons review the judicial history and factual background of these cases, and I do not intend to summarize them again. I will refer only to such elements of the evidence and history of this case as may be required for the purposes of my analysis. I will first consider the rights protected under the treaties of 1760-61. I will then turn to the issue of aboriginal title and in particular the nature of the occupation needed to ground a title claim. Finally, I will comment on the difficulties that arise when aboriginal rights claims are litigated in the context of summary conviction trials. My comments will not address the interpretation of the *Royal Proclamation* of 1763 (reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 1), or of *Belcher's Proclamation* because I agree with the Chief Justice's analysis and conclusions on these issues.

Version française des motifs des juges LeBel et Fish rendus par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

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

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

110

111

II. Aboriginal Treaty Right

112 The Chief Justice concludes that “what the treaty protects is not the right to harvest and dispose of particular commodities, but the right to practice a traditional 1760 trading activity in the modern way and modern context” (para. 26). In my view, although the treaty does protect traditional trading activities, the treaty right comprises both a right to trade and a right of access to resources. There is no right to trade in the abstract because a right to trade implies a corresponding right of access to resources for trade.

113 The treaty protects both a right to trade and a right of access to resources, and these rights are closely intertwined. This appeal requires us to determine what this implies in a modern setting in respect of the use of resources. The modern activity must bear some relation to the traditional use of forest products in the Mi’kmaq economy. More specifically, the issue to be decided is whether the current use of forest resources for logging falls within the Mi’kmaq people’s right of access to resources for the purpose of engaging in trading activities.

114 The treaties of 1760-61 affirm the right of the Mi’kmaq people to continue to provide for their own sustenance. Unless the treaty protects the Mi’kmaq’s access to resources, the objectives of the treaty cannot be advanced. In *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456 (“*Marshall I*”), Binnie J. noted that the British saw the Mi’kmaq trade issue in terms of peace, and that peace was bound up with the ability of the Mi’kmaq people to sustain themselves economically. He wrote:

The British certainly did not want the Mi’kmaq to become an unnecessary drain on the public purse of the colony of Nova Scotia or of the Imperial purse in London, as the trial judge found. To avoid such a result, it became necessary to protect the traditional Mi’kmaq

II. Droits issus de traités des Autochtones

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

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

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

Les Britanniques ne voulaient certes pas que les Mi’kmaq deviennent une ponction inutile sur les deniers publics de la colonie de la Nouvelle-Écosse ou sur le trésor impérial à Londres, comme a conclu le juge du procès. Pour éviter un tel résultat, il est devenu

economy, including hunting, gathering and fishing. [para. 25]

The treaties of 1760-61 assured the Mi'kmaq a right to live in their traditional way. This traditional way of life included hunting and fishing, and trading. The Mi'kmaq had been trading with Europeans for many years prior to the making of these treaties.

The parties to the treaties must have intended that the Mi'kmaq would have access to resources in order to have something to bring to the truckhouse. The access was related to a particular use, namely trading for necessities as part of the Mi'kmaq traditional economy. The treaties represented a promise by the British that the Mi'kmaq would be allowed to have access to resources in order to engage in traditional trading activities so as to obtain a moderate livelihood. It was for this reason that Binnie J. wrote that “the surviving substance of the treaty is not the literal promise of a truckhouse, but a treaty right to continue to obtain necessities through hunting and fishing by trading the products of those traditional activities subject to restrictions that can be justified under the *Badger* test” (*Marshall 1*, at para. 56). The Court reiterated this understanding in *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533 (“*Marshall 2*”), when it stated that “[t]he treaty right permits the Mi'kmaq community to work for a living through continuing access to fish and wildlife to trade for ‘necessaries’” (para. 4).

In *Marshall 2*, the Court emphasized that only those types of resources traditionally gathered in the Mi'kmaq economy — and not everything that is physically capable of being gathered — would reasonably have been in the contemplation of the parties to the treaties (paras. 19-20). There are limits to the trading activities and access to resources that are protected by the treaty. The parties contemplated access to the types of resources

nécessaire de protéger l'économie mi'kmaq traditionnelle, y compris leurs activités de la chasse, de cueillette et de pêche. [par. 25]

Les traités de 1760-1761 ont assuré aux Mi'kmaq le droit de vivre selon leur mode de vie traditionnel. Ce mode de vie traditionnel incluait la chasse, la pêche et le commerce. Les Mi'kmaq faisaient déjà du commerce avec les Européens de nombreuses années avant la conclusion de ces traités.

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

Dans *Marshall 2*, la Cour a souligné que seules les ressources qui étaient traditionnellement visées par les activités de cueillette dans le cadre de l'économie mi'kmaq — et non pas toute chose qui peut physiquement être recueillie — seraient donc raisonnablement envisagées par les parties aux traités (par. 19-20). L'activité commerciale et l'accès aux ressources protégés par le traité comportent des limites. Les parties ont envisagé l'accès aux

115

116

traditionally gathered in the Mi'kmaq economy for trade purposes. Thus, the resource and resource-extracting activity for which the respondents seek treaty protection must reasonably have been in the contemplation of the parties. It is not enough for the respondents to demonstrate that the Mi'kmaq had access to and use of forest resources at the time the treaties entered into force. Any access to forest products must relate to the use of such resources as intended by the parties at the time the treaties were signed.

117 In order to be protected under the treaties of 1760-61, trade in forest products must be the modern equivalent or a logical evolution of Mi'kmaq use of forest products at the time the treaties were signed. This was the basis upon which Binnie J. found a right to take and trade fish in *Marshall I*:

... the Mi'kmaq people have sustained themselves in part by harvesting and trading fish (including eels) since Europeans first visited the coasts of what is now Nova Scotia in the 16th century. [para. 2]

118 On the facts of the cases on appeal, there was direct evidence that trade in forest products was not contemplated by the parties. The evidence also supports the finding that logging is not a logical evolution of the activities traditionally engaged in by Mi'kmaq at the time the treaties were entered into. There was no evidence either that the Mi'kmaq sold or traded in timber at the time of the treaties or that the parties contemplated the commercial harvesting of trees for trade at that time.

119 The courts below found that, at the time the treaties were made, the Mi'kmaq gathered and occasionally traded in wood products. There is a fundamental difference between logging and the use to which the parties must have contemplated the resources would be put. The evidence is

types de ressources traditionnellement recueillies dans le cadre de l'économie mi'kmaq pour les besoins du commerce. Ainsi, la ressource et son exploitation, dont les intimés cherchent la protection par traité, doivent avoir raisonnablement été envisagées par les parties. Il ne suffit pas que les intimés démontrent que les Mi'kmaq avaient accès aux ressources forestières et qu'ils les utilisaient au moment de l'entrée en vigueur des traités. L'accès aux produits forestiers doit être lié à l'utilisation de cette ressource telle que l'avaient envisagée les parties au moment de la conclusion des traités.

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

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

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

Les juridictions inférieures ont estimé que, au moment de la conclusion des traités, les Mi'kmaq cueillaient des produits du bois et en faisaient à l'occasion le commerce. Il existe une différence fondamentale entre l'exploitation forestière et l'utilisation que les parties ont dû envisager à l'égard

reasonably clear that the Mi'kmaq and the British did not trade in logs or timber. As a result, any access to forest resources for trade is limited to types of trading activities related to the use of forest resources in the Mi'kmaq lifestyle and economy of 1760-61.

The evidence in and holdings of the courts below support the conclusion that the Mi'kmaq gathered and may occasionally have traded in “bows from maple, arrows from cedar, birch bark baskets, canoes of birch bark, spruce resin for the seams, spruce for wigwam frames, medicines from a variety of plants, lances, spears and dishes”: *R. v. Bernard*, [2000] 3 C.N.L.R. 184, at para. 83. According to Mi'kmaq oral history and tradition, testified to by Chief Augustine, “[t]here were some trade of canoes, toboggans, modes of travel Snowshoes would be included in there. Because the British and the Europeans wanted to use these equipment to travel through the winter on the ice and the snow, and the toboggans”: *Bernard*, at para. 82.

At both trials, Chief Augustine conceded that the Mi'kmaq probably did not contemplate trade in logs at the time the treaties were signed: see *Bernard*, at para. 85, and *Marshall*, at para. 63. As found by the trial judge in *Marshall*, “[t]here is no evidence the Mi'kmaq sold or traded timber up to the time of the treaties and no reason to believe they did. They had no need to cut stands of trees for themselves. . . . Trees were readily available and Europeans could cut their own”: *R. v. Marshall* (2001), 191 N.S.R. (2d) 323, 2001 NSPC 2, at para. 92. Further, there is evidence that large logs could not have been cut down, since the Mi'kmaq lacked the appropriate tools to do so. In *Bernard*, there was no evidence suggesting that the Mi'kmaq ever harvested and traded in “logs” or timber with either the British or the French. The experts agreed that it was probably not before the 1780s that the Mi'kmaq became involved in logging, and then only in a limited way as part of British operations:

de ces ressources. Il ressort assez clairement de la preuve que les Mi'kmaq et les Britanniques ne faisaient pas le commerce des grumes ou du bois. Ainsi, l'accès aux ressources forestières pour le commerce est limité au type d'activités commerciales qui correspond à l'utilisation des ressources forestières dans le cadre du mode de vie et de l'économie des Mi'kmaq en 1760-1761.

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

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

120

121

Bernard, at para. 84. It was only in the 19th century that the Mi'kmaq began to harvest forest resources to trade in forest products with the British.

122 Moreover, there was some evidence before the New Brunswick courts that logging may even have *interfered with* the Mi'kmaq's traditional activities, such as salmon fishing, at or around the time the treaties were made. With respect to stories from Mi'kmaq oral history from after 1763, Chief Augustine testified that

the stories were mostly about British people coming in and cutting timber, cutting big large trees and moving them down the river systems and clogging up the rivers, I guess, with bark and remnants of debris from cutting up lumber. And this didn't allow the salmon to go up the rivers . . .

(Direct examination of Stephen Augustine, Factum of the Intervener New Brunswick Forest Products Association, at p. 41)

Given this evidence, it is doubtful that the right of access to forest resources for trade would be for the purpose of engaging in logging and similar resource exploitation activities.

123 The trial courts below concluded that trade in forest products was not in the contemplation of the parties in 1760. This conclusion is consistent with the evidence adduced at trial. The parties did not contemplate access to forest resources for purposes other than trade in traditional products, such as bows, arrows, baskets, and canoes.

124 Is the exploitation of timber resources a logical evolution of treaty rights? Given the cultural and historical context in which the treaties were signed,

les Britanniques ou avec les Français. Selon les spécialistes, ce n'est probablement pas avant les années 1780 que les Mi'kmaq ont commencé à s'engager dans l'exploitation forestière et encore, seulement d'une façon limitée dans le cadre des opérations britanniques : *Bernard*, par. 84. Les Mi'kmaq n'ont commencé à récolter les ressources forestières pour en faire le commerce avec les Britanniques qu'au XIX^e siècle.

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

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

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

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

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

L'exploitation des ressources forestières constitue-t-elle une évolution logique des droits issus des traités? Compte tenu du contexte

to interpret the right of access to resources for the purpose of engaging in traditional trading activities as a right to participate in the wholesale exploitation of natural resources would alter the terms of the treaty and wholly transform the rights it confirmed. Accordingly, trade in logs is not a right afforded to the Mi'kmaq under any of the treaties of 1760-61 because logging represents a fundamentally different use from that which would have been in the contemplation of the parties.

The right to trade and the right of access to resources for trade must bear some relation to the traditional use of resources in the lifestyle and economy of the Mi'kmaq people in 1760. I conclude that the evidence supports the Chief Justice's conclusion that logging was not in the contemplation of the parties and was not the logical evolution of Mi'kmaq treaty rights.

III. Aboriginal Title

Although the test for aboriginal title set out in the Chief Justice's reasons does not foreclose the possibility that semi-nomadic peoples would be able to establish aboriginal title, it may prove to be fundamentally incompatible with a nomadic or semi-nomadic lifestyle. This test might well amount to a denial that any aboriginal title could have been created by such patterns of nomadic or semi-nomadic occupation or use: nomadic life might have given rise to specific rights exercised at specific places or within identifiable territories, but never to a connection with the land itself in the absence of evidence of intensive and regular use of the land.

In my view, aboriginal conceptions of territoriality, land-use and property should be used to modify and adapt the traditional common law concepts of property in order to develop an occupancy standard that incorporates both the aboriginal and

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

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

III. Titre aborigène

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

À mon avis, il faudrait recourir à des conceptions autochtones de territorialité, d'utilisation du territoire et de propriété pour modifier et adapter les notions traditionnelles de propriété en common law afin d'élaborer une norme d'occupation qui

125

126

127

common law approaches. Otherwise, we might be implicitly accepting the position that aboriginal peoples had no rights in land prior to the assertion of Crown sovereignty because their views of property or land use do not fit within Euro-centric conceptions of property rights. See S. Hepburn, “Feudal Tenure and Native Title: Revising an Enduring Fiction” (2005), 27 *Sydney L. Rev.* 49.

128 It is very difficult to introduce aboriginal conceptions of property and ownership into the modern property law concepts of the civil law and common law systems, according to which land is considered to be a stock in trade of the economy. Aboriginal title has been recognized by the common law and is in part defined by the common law, but it is grounded in aboriginal customary laws relating to land. The interest is proprietary in nature and is derived from inter-traditional notions of ownership: “The idea is to reconcile indigenous and non-indigenous legal traditions by paying attention to the Aboriginal perspective on the meaning of the right at stake” (J. Borrows, “Creating an Indigenous Legal Community” (2005), 50 *McGill L.J.* 153, at p. 173).

129 This Court has on many occasions explained that aboriginal title is a *sui generis* interest in land. A dimension of the *sui generis* aspect of aboriginal title that is of particular relevance to the issues on appeal is the source of such title. As with all aboriginal rights protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, aboriginal title arises from the prior possession of land and the prior social organization and distinctive cultures of aboriginal peoples on that land (*R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at para. 74, cited in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at para. 141). It originates from “the prior occupation of Canada by aboriginal peoples” and from “the relationship between common law and pre-existing systems of aboriginal law” (*Delgamuukw*, at para. 114). The need to reconcile this prior occupation with the assertion of Crown

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

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

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

sovereignty was reinforced in *Delgamuukw* when Lamer C.J. stated that common law aboriginal title “cannot be completely explained by reference either to the common law rules of real property or to the rules of property found in aboriginal legal systems. As with other aboriginal rights, it must be understood by reference to both common law and aboriginal perspectives” (para. 112). The Court must give equal consideration to the aboriginal and common law perspectives. An analysis which seeks to reconcile aboriginal and European perspectives may not draw a distinction between nomadic and sedentary modes of use or of occupation. Both modes would suffice to create the connection between the land and the First Nations which forms the core of aboriginal title.

The role of the aboriginal perspective cannot be simply to help in the interpretation of aboriginal practices in order to assess whether they conform to common law concepts of title. The aboriginal perspective shapes the very concept of aboriginal title. “Aboriginal law should not just be received as evidence that Aboriginal peoples did something in the past on a piece of land. It is more than evidence: it is actually law. And so, there should be some way to bring to the decision-making process those laws that arise from the standards of the indigenous people before the court” (Borrows, at p. 173). In the Nova Scotia Court of Appeal, Cromwell J.A. tried to reflect on and develop the notion of occupation in order to reconcile aboriginal and common law perspectives on ownership: *R. v. Marshall* (2003), 218 N.S.R. (2d) 78, 2003 NSCA 105, at paras. 153-56. He attempted to take the different patterns of First Nations land use into consideration in order to effect a legal transposition of the native perspective and experience into the structures of the law of property. He stayed within the framework of this part of the law while remaining faithful to the tradition of flexibility of the common law, which should allow it to bridge gaps between

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

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

sharply distinct cultural perspectives on the relationship of different peoples with their land.

131 At common law, the physical fact of occupation is proof of possession. This explains the common law theory underlying the recognition of aboriginal title that is set out by the Chief Justice at para. 39: “an aboriginal group which occupied land at the time of European sovereignty and never ceded or otherwise lost its right to that land, continues to enjoy title to it”. If aboriginal title is a right derived from the historical occupation and possession of land by aboriginal peoples, then notions and principles of ownership cannot be framed exclusively by reference to common law concepts. The patterns and nature of aboriginal occupation of land should inform the standard necessary to prove aboriginal title. The common law notion that “physical occupation is proof of possession” remains, but the nature of the occupation is shaped by the aboriginal perspective, which includes a history of nomadic or semi-nomadic modes of occupation.

132 At the time of the assertion of British sovereignty, North America was not treated by the Crown as *res nullius*. The jurisprudence of this Court has recognized the factual and legal existence of aboriginal occupation prior to that time. In *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, Judson J. wrote that “when the settlers came, the Indians were there, organized in societies and occupying the land as their forefathers had done for centuries” (p. 328). Hall J., dissenting, also found that indigenous legal traditions pre-existed the Crown’s assertion of sovereignty, and he recognized the existence of concepts of ownership that were “indigenous to their culture and capable of articulation under the common law” (p. 375).

resté à l’intérieur du cadre de cette partie du droit, tout en respectant la souplesse traditionnelle de la common law qui permet à cette dernière de rapprocher des perspectives culturelles fort distinctes quant au rapport qu’entretennent des peuples différents avec leur territoire.

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

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

The *Royal Proclamation* of 1763 is evidence of British recognition of aboriginal modes of possession of the land. As La Forest J. noted in *Delgamuukw*, the huge tracts of lands that were reserved for aboriginal groups were not limited to villages or permanent settlements (para. 200). In a similar vein, the Robinson Treaties, the Numbered Treaties, and the entire treaty system did not formally acknowledge the existence of aboriginal title, but nonetheless evince the Crown's recognition that aboriginal peoples possessed certain rights in the land even if many of them were nomadic at the time. The Crown's claim to sovereignty did not affect aboriginal rights of occupancy and possession. In *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33, McLachlin C.J., writing for the majority, wrote:

Accordingly, European settlement did not terminate the interests of aboriginal peoples arising from their historical occupation and use of the land. To the contrary, aboriginal interests and customary laws were presumed to survive the assertion of sovereignty, and were absorbed into the common law as rights, unless (1) they were incompatible with the Crown's assertion of sovereignty, (2) they were surrendered voluntarily via the treaty process, or (3) the government extinguished them: see B. Slattery, "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727. [para. 10]

Nomadic peoples and their modes of occupancy of land cannot be ignored when defining the concept of aboriginal title to land in Canada. "The natural and inevitable consequence of rejecting enlarged *terra nullius* was not just recognition of indigenous occupants, but also acceptance of the validity of their prior possession and title" (Hepburn, at p. 79). To ignore their particular relationship to the land is to adopt the view that prior to the assertion of Crown sovereignty Canada was not occupied. Such an approach is clearly unacceptable and incongruent with the Crown's recognition that aboriginal peoples were in possession of the land when the Crown asserted sovereignty. Aboriginal title reflects this fact of prior use and occupation of

La *Proclamation royale* de 1763 atteste la reconnaissance par les Britanniques des modes autochtones de possession du territoire. Comme le signale le juge La Forest dans *Delgamuukw*, les vastes étendues de territoire réservées pour l'usage des groupes autochtones n'étaient pas limitées aux villages ou aux établissements permanents (par. 200). De même, les traités Robinson, les traités numérotés, de même que l'ensemble du système des traités n'ont pas reconnu officiellement l'existence du titre aborigène, mais témoignent néanmoins de la reconnaissance par la Couronne de l'existence de certains droits fonciers possédés par les peuples autochtones, même si, à l'époque, bon nombre de ces peuples étaient nomades. L'affirmation de la souveraineté par la Couronne n'a pas porté atteinte aux droits d'occupation et de possession des Autochtones. Dans *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33, la juge en chef McLachlin, s'exprimant au nom de la majorité, a écrit ce qui suit :

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

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

the land together with the relationship of aboriginal peoples to the land and the customary laws of ownership. This aboriginal interest in the land is a burden on the Crown's underlying title.

135 This qualification or burden on the Crown's title has been characterized as a usufructuary right. The concept of a community usufruct over land was first discussed by this Court in *St. Catharines Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1887), 13 S.C.R. 577. Ritchie C.J. used this concept as an analogy to explain the relationship between Crown and aboriginal interests in the land. The usufruct concept is useful because it is premised on a right of property that is divided between an owner and a usufructuary. A usufructuary title to all unreturned lands is understood to protect aboriginal peoples in the absolute use and enjoyment of their lands.

136 If this form of *dominium utile* is recognized as belonging to aboriginal peoples and the *dominium directum* is considered to be in the Crown, then it seems to follow that the test for proof of aboriginal title cannot simply reflect common law concepts of property and ownership. The nature and patterns of land use that are capable of giving rise to a claim for title are not uniform and are potentially as diverse as the aboriginal peoples that possessed the land prior to the assertion of Crown sovereignty. The fact that a tract of land was used for hunting instead of agriculture does not mean that the group did not possess the land in such a way as to acquire aboriginal title. Taking into account the aboriginal perspective on the occupation of land means that physical occupation as understood by the modern common law is not the governing criterion. The group's relationship with the land is paramount. To impose rigid concepts and criteria is to ignore aboriginal social and cultural practices that may reflect the significance of the land to the

le fait que la Couronne a reconnu que les peuples autochtones possédaient le territoire au moment de l'affirmation de la souveraineté par la Couronne. Le titre aborigène témoigne de cette utilisation et de cette occupation antérieures des territoires par les Autochtones, de leur rapport avec les territoires et de leurs lois coutumières en matière de droit de propriété. L'intérêt autochtone dans le territoire grève le titre sous-jacent de la Couronne.

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

S'il est reconnu que cette forme de *dominium utile* appartient aux peuples autochtones et que le *dominium directum* relève de la Couronne, il semble donc normal d'inférer que le critère permettant d'établir le titre aborigène ne peut simplement refléter les notions de la common law relatives au droit des biens et de la propriété. La nature et le mode d'utilisation du territoire qui pourront éventuellement fonder une revendication de titre varieront, et sont peut-être aussi différents que les peuples autochtones qui possédaient le territoire antérieurement à l'affirmation de la souveraineté. Le fait qu'un secteur du territoire était utilisé pour la chasse plutôt que pour l'agriculture ne signifie pas que le groupe ne possédait pas le territoire d'une façon qui lui permette d'acquérir un titre aborigène. Prendre en compte le point de vue autochtone sur l'occupation du territoire signifie que l'occupation physique, telle que la conçoit la common law moderne, ne représente pas le critère déterminant. Le rapport qu'entretient le groupe

group seeking title. The mere fact that the group travelled within its territory and did not cultivate the land should not take away from its title claim.

The standard of proof required to ground a claim must therefore reflect the patterns of occupation of the land prior to the assertion of British sovereignty. If the presence of an aboriginal group on the land at the time of the assertion of sovereignty is the source of aboriginal title and the explanation for the burden on the Crown's underlying title, then pre-sovereignty patterns of use are highly relevant to the issue of occupation.

As explained above, the common law principle that "occupation is proof of possession in law" supports the proposition that the claimant must demonstrate physical occupation of the land claimed. In the context of aboriginal title claims, the physical fact of sedentary and continuous occupation is only one of the sources of title. According to Lamer C.J. in *Delgamuukw*, aboriginal title affords legal protection to historical patterns of occupation in recognition of the importance of the relationship of an aboriginal community to its land (para. 126). At paragraph 128 he explained that

one of the critical elements in the determination of whether a particular aboriginal group has aboriginal title to certain lands is the matter of the occupancy of those lands. Occupancy is determined by reference to the activities that have taken place on the land and the uses to which the land has been put by the particular group. If lands are so occupied, there will exist a special bond between the group and the land in question such that the land will be part of the definition of the group's distinctive culture.

This point was reinforced in the reasons of La Forest J.:

avec le territoire prévaut. L'imposition de concepts et de critères rigides équivaut à passer outre aux pratiques sociales et culturelles autochtones qui peuvent témoigner de l'importance du territoire pour le groupe revendiquant le titre. Le simple fait que le groupe s'est déplacé à l'intérieur de son territoire et n'a pas cultivé la terre ne devrait rien enlever à sa revendication de titre.

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

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

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

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

137

138

As already mentioned, when dealing with a claim of “aboriginal title”, the court will focus on the occupation and use of the land as part of the aboriginal society’s traditional way of life. In pragmatic terms, this means looking at the manner in which the society used the land to live, namely to establish villages, to work, to get to work, to hunt, to travel to hunting grounds, to fish, to get to fishing pools, to conduct religious rites, etc. [Emphasis deleted; para. 194.]

Later in his reasons, La Forest J. stated:

As already suggested, aboriginal occupancy refers not only to the presence of aboriginal peoples in villages or permanently settled areas. Rather, the use of adjacent lands and even remote territories to pursue a traditional mode of life is also related to the notion of occupancy. Viewed in this light, occupancy is part of aboriginal culture [para. 199]

If the aboriginal perspective is to be taken into account by a court, then the occupancy requirement cannot be equated to the common law notion of possession amounting to a fee simple. On the contrary, proof of aboriginal title relates to the manner in which the aboriginal group used and occupied the land prior to the assertion of Crown sovereignty.

139 The aboriginal perspective on the occupation of their land can also be gleaned in part, but not exclusively, from pre-sovereignty systems of aboriginal law. The relevant laws consisted of elements of the practices, customs and traditions of aboriginal peoples and might include a land tenure system or laws governing land use.

140 In *Delgamuukw*, Lamer C.J. acknowledged having stated in *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101, that a claim to title is made out when a group can demonstrate “that their connection with the piece of land . . . was of a central significance to their distinctive culture” (*Adams*, at para. 26). He concluded that this requirement, while remaining a

Comme il a été mentionné plus tôt, le tribunal qui examine la revendication d’un « titre aborigène » se demande principalement si l’occupation et l’utilisation des terres visées faisaient partie du mode de vie traditionnel de la société autochtone concernée. En pratique, cela veut dire qu’il doit se demander de quelle manière les membres de la société utilisaient les terres visées pour vivre, c’est-à-dire pour y établir des villages, pour y travailler, pour se rendre à leur travail, pour y chasser, pour se rendre à leurs territoires de chasse, pour y pêcher, pour se rendre à leurs sites de pêche, pour y accomplir des cérémonies religieuses et pour d’autres fins. [Soulignements omis; par. 194.]

Et plus loin, il a affirmé ce qui suit :

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

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

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

Dans *Delgamuukw*, le juge en chef Lamer a reconnu avoir dit dans *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, que le bien-fondé de la revendication d’un titre est établi lorsqu’un groupe peut démontrer « que le rapport qu’il entretient avec le territoire [. . .] avait, pour sa culture distinctive, une importance fondamentale » (*Adams*, par. 26). Il

crucial part of the test for aboriginal rights generally, is subsumed by the requirement of occupancy in the test for aboriginal title. This demonstrates that anyone considering the degree of occupation sufficient to establish title must be mindful that aboriginal title is ultimately premised upon the notion that the specific land or territory at issue was of central significance to the aboriginal group's culture. Occupation should therefore be proved by evidence not of regular and intensive use of the land but of the traditions and culture of the group that connect it with the land. Thus, intensity of use is related not only to common law notions of possession but also to the aboriginal perspective.

The record in the courts below lacks the evidentiary foundation necessary to make legal findings on the issue of aboriginal title in respect of the cutting sites in Nova Scotia and New Brunswick and, as a result, the respondents in these cases have failed to sufficiently establish their title claim. In the circumstances, I do not wish to suggest that this decision represents a final determination of the issue of aboriginal title rights in Nova Scotia or New Brunswick. A final determination should be made only where there is an adequate evidentiary foundation that fully examines the relevant legal and historical record. The evidentiary problems may reflect the particular way in which these constitutional issues were brought before the courts.

IV. Summary Conviction Proceedings

Although many of the aboriginal rights cases that have made their way to this Court began by way of summary conviction proceedings, it is clear to me that we should re-think the appropriateness of litigating aboriginal treaty, rights and title issues in the context of criminal trials. The issues that are determined in the context of these cases have little to do with the criminality of the accused's

a conclu que cette exigence, bien qu'elle demeure un aspect fondamental du critère de détermination de l'existence des droits ancestraux en général, est subsumée par l'exigence d'occupation que prévoit le critère relatif au titre aborigène. Cela démontre que, dans l'examen du degré d'occupation suffisant pour établir l'existence d'un titre, il faut tenir compte du fait que le titre aborigène repose en définitive sur l'idée que la terre ou le territoire en cause avait, pour la culture du groupe autochtone, une importance fondamentale. La preuve de l'occupation devrait donc être établie, non pas par une preuve d'utilisation intensive et régulière du territoire, mais à l'aide des éléments des traditions et de la culture du groupe qui le relie à la terre. De cette façon, l'intensité de l'utilisation est liée non seulement aux notions de possession en common law, mais aussi au point de vue autochtone.

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

IV. Procédures sommaires

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

141

142

conduct; rather, the claims would properly be the subject of civil actions for declarations. Procedural and evidentiary difficulties inherent in adjudicating aboriginal claims arise not only out of the rules of evidence, the interpretation of evidence and the impact of the relevant evidentiary burdens, but also out of the scope of appellate review of the trial judge's findings of fact. These claims may also impact on the competing rights and interests of a number of parties who may have a right to be heard at all stages of the process. In addition, special difficulties come up when dealing with broad title and treaty rights claims that involve geographic areas extending beyond the specific sites relating to the criminal charges.

143 There is little doubt that the legal issues to be determined in the context of aboriginal rights claims are much larger than the criminal charge itself and that the criminal process is inadequate and inappropriate for dealing with such claims. I note that in the New Brunswick Court of Appeal, Robertson J.A. raised a number of concerns to support his view that summary conviction proceedings are not conducive to adjudicating fairly on claims of aboriginal title: *R. v. Bernard* (2003), 262 N.B.R. (2d) 1, 2003 NBCA 55, at paras. 450-60. See also Daigle J.A.'s reasons, at para. 210.

144 The question of aboriginal title and access to resources in New Brunswick and Nova Scotia is a complex issue that is of great importance to all the residents and communities of the provinces. The determination of these issues deserves careful consideration, and all interested parties should have the opportunity to participate in any litigation or negotiations. Accordingly, when issues of aboriginal title or other aboriginal rights claims arise in the context of summary conviction proceedings, it may be most beneficial to all concerned to

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.

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

La question du titre aborigène et de l'accès aux ressources au Nouveau-Brunswick et en Nouvelle-Écosse constitue un problème complexe d'une grande importance pour l'ensemble des résidents et des collectivités de ces provinces. Le sort de ces questions mérite que l'on procède à un examen minutieux et tous les intéressés devraient pouvoir participer au débat ou aux négociations. Ainsi, lorsque des questions de titre aborigène ou d'autres revendications de droits ancestraux sont soulevées dans le cadre de procédures sommaires, il

seek a temporary stay of the charges so that the aboriginal claim can be properly litigated in the civil courts. Once the aboriginal rights claim to the area in question is settled, the Crown could decide whether or not to proceed with the criminal charges.

V. Disposition

For these reasons, I would concur with my colleague, allow the appeals, dismiss the cross-appeal in *Marshall* and restore the convictions.

APPENDIX

Royal Proclamation of 1763

Whereas We have taken into Our Royal Consideration the extensive and valuable Acquisitions in America, secured to our Crown by the late Definitive Treaty of Peace, concluded at Paris, the 10th Day of February last; and being desirous that all Our loving Subjects, as well of our Kingdom as of our Colonies in America, may avail themselves with all convenient Speed, of the great Benefits and Advantages which must accrue therefrom to their Commerce, Manufactures, and Navigation, We have thought fit, with the Advice of our Privy Council, to issue this our Royal Proclamation, hereby to publish and declare to all our loving Subjects, that we have, with the Advice of our Said Privy Council, granted our Letters Patent, under our Great Seal of Great Britain, to erect, within the Countries and Islands ceded and confirmed to Us by the said Treaty, Four distinct and separate Governments, styled and called by the names of Quebec, East Florida, West Florida and Grenada, and limited and bounded as follows, viz.

. . .

We have also, with the advice of our Privy Council, thought fit to annex the Islands of St. John's, and Cape Breton, or Isle Royale, with the lesser Islands adjacent thereto, to our Government of Nova Scotia.

. . .

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

V. Dispositif

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

ANNEXE

Proclamation royale de 1763

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

. . .

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

. . .

And whereas it is just and reasonable, and essential to our Interest, and the Security of our Colonies, that the several Nations or Tribes of Indians with whom We are connected, and who live under our Protection, should not be molested or disturbed in the Possession of such Parts of Our Dominions and Territories as, not having been ceded to or purchased by Us, are reserved to them, or any of them, as their Hunting Grounds. — We do therefore, with the Advice of our Privy Council, declare it to be our Royal Will and Pleasure, that no Governor or Commander in Chief in any of our Colonies of Quebec, East Florida, or West Florida, do presume, upon any Pretence whatever, to grant Warrants of Survey, or pass any Patents for Lands beyond the Bounds of their respective Governments, as described in their Commissions; as also, that no Governor or Commander in Chief in any of our other Colonies or Plantations in America do presume for the present, and until our further Pleasure be known, to grant Warrants of Survey, or pass Patents for any Lands beyond the Heads or Sources of any of the Rivers which fall into the Atlantic Ocean from the West and North West, or upon any Lands whatever, which, not having been ceded to or purchased by Us as aforesaid, are reserved to the said Indians, or any of them.

And We do further declare it to be Our Royal Will and Pleasure, for the present as aforesaid, to reserve under our Sovereignty, Protection, and Dominion, for the use of the said Indians, all the Lands and Territories not included within the Limits of Our said Three new Governments, or within the Limits of the Territory granted to the Hudson's Bay Company, as also all the Lands and Territories lying to the Westward of the Sources of the Rivers which fall into the Sea from the West and North West as aforesaid.

And We do hereby strictly forbid, on Pain of our Displeasure, all our loving Subjects from making any Purchases or Settlements whatever, or taking Possession of any of the Lands above reserved, without our especial leave and Licence for that Purpose first obtained.

And, We do further strictly enjoin and require all Persons whatever who have either wilfully or inadvertently seated themselves upon any Lands within the Countries above described, or upon any other Lands which, not having been ceded to or purchased by Us, are still reserved to the said Indians as aforesaid, forthwith to remove themselves from such Settlements.

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

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

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

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

And whereas great Frauds and Abuses have been committed in purchasing Lands of the Indians, to the great Prejudice of our Interests, and to the great Dissatisfaction of the said Indians; In order, therefore, to prevent such Irregularities for the future, and to the end that the Indians may be convinced of our Justice and determined Resolution to remove all reasonable Cause of Discontent, We do, with the Advice of our Privy Council strictly enjoin and require, that no private Person do presume to make any purchase from the said Indians of any Lands reserved to the said Indians, within those parts of our Colonies where, We have thought proper to allow Settlement; but that, if at any Time any of the Said Indians should be inclined to dispose of the said Lands, the same shall be Purchased only for Us, in our Name, at some public Meeting or Assembly of the said Indians, to be held for that Purpose by the Governor or Commander in Chief of our Colony respectively within which they shall lie; and in case they shall lie within the limits of any Proprietary Government, they shall be purchased only for the Use and in the name of such Proprietaries, conformable to such Directions and Instructions as We or they shall think proper to give for that Purpose; And we do, by the Advice of our Privy Council, declare and enjoin, that the Trade with the said Indians shall be free and open to all our Subjects whatever, provided that every Person who may incline to Trade with the said Indians do take out a Licence for carrying on such Trade from the Governor or Commander in Chief of any of our Colonies respectively where such Person shall reside, and also give Security to observe such Regulations as We shall at any Time think fit, by ourselves or by our Commissaries to be appointed for this Purpose, to direct and appoint for the Benefit of the said Trade:

And we do hereby authorize, enjoin, and require the Governors and Commanders in Chief of all our Colonies respectively, as well those under Our immediate Government as those under the Government and Direction of Proprietaries, to grant such Licences without Fee or Reward, taking especial Care to insert therein a Condition, that such Licence shall be void, and the Security forfeited in case the Person to whom the same is granted shall refuse or neglect to observe such Regulations as We shall think proper to prescribe as aforesaid.

And we do further expressly enjoin and require all Officers whatever, as well Military as those Employed in the Management and Direction of Indian Affairs, within the Territories reserved as aforesaid for the use of the said Indians, to seize and apprehend all Persons whatever, who standing charged with Treason, Misprisions of Treason, Murders, or other Felonies or

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

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

Misdemeanours, shall fly from Justice and take Refuge in the said Territory, and to send them under a proper guard to the Colony where the Crime was committed of which they stand accused, in order to take their Trial for the same.

Appeals allowed and cross-appeal in Marshall dismissed.

Solicitor for the appellant/respondent on the cross-appeal in Marshall and the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Department of Justice, Halifax.

Solicitor for the appellant in Bernard and the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Solicitors for the respondents/appellants on the cross-appeal in Marshall and the respondent in Bernard: Bruce H. Wildsmith and Eric A. Zscheile, Barss Corner, Nova Scotia.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Department of Justice, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Department of Justice, Sainte-Foy.

Solicitors for the intervener the Attorney General of British Columbia: Hunter Voith Litigation Counsel, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Alberta Justice, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador: Department of Justice, St. John's.

Solicitors for the intervener the Forest Products Association of Nova Scotia: McInnes Cooper, Halifax.

Solicitors for the interveners Keptin John Joe Sark and Keptin Frank Nevin (of the Mi'kmaq

accusés aura été commis et pour lequel ils devront subir leur procès.

Pourvois accueillis et pourvoi incident dans Marshall rejeté.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Procureurs des intervenants Keptin John Joe Sark et Keptin Frank Nevin (du Grand Conseil

Grand Council), the Native Council of Nova Scotia and the New Brunswick Aboriginal Peoples Council: Burchell Hayman Parish, Halifax.

Solicitors for the intervener the Congress of Aboriginal Peoples: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto; Joseph E. Magnet, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations: Pitblado, Winnipeg.

Solicitors for the interveners the Songhees Indian Band, the Malahat First Nation, the T'Sou-ke First Nation, the Snaw-naw-as (Nanoose) First Nation and Beecher Bay Indian Band (collectively the Te'mexw Nations): Cook Roberts, Victoria.

Solicitor for the intervener the Union of New Brunswick Indians: Daniel R. Theriault, Fredericton.

Solicitors for the intervener the New Brunswick Forest Products Association: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Mi'kmaq), Native Council of Nova Scotia et New Brunswick Aboriginal Peoples Council : Burchell Hayman Parish, Halifax.

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

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

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

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

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