

et/

**LA PREMIÈRE NATION DES INNUS
ESSIPIT**

et/

**LA PREMIÈRE NATION DE
NUTASHKUAN**

Intervenantes;

et/

MRC DU FJORD-DU-SAGUENAY

et/

MUNICIPALITÉ DE ST-FULGENCE

et/

**MUNICIPALITÉ DE RIVIÈRE-
ÉTERNITÉ**

et/

MUNICIPALITÉ DE ST-FÉLIX-D'OTIS

Mises en cause.

PLAIDOIRIE DES INTIMÉS

1) LES PROCÉDURES :

La demande :

Le 16 décembre 1999, le Procureur général du Québec a intenté contre GHISLAIN CORNEAU une requête en dépossession d'un camp lui servant entre autre à chasser l'orignal pour se nourrir et situé sur le lot 44 du rang VI dans le canton de Harvey au Nord de la Municipalité de Saint-Fulgence sur un territoire connu comme étant les monts Valin.

Aussi, au cours de l'année 2008, le Procureur général du Québec a intenté quatorze (14) semblables requêtes contre seize (16) autres intimés soit : STÉPHANE CORNEAU, MARC SIMARD, SYLVAIN DUCHESNE, ANDRÉ LALANCETTE,



TABLE DES MATIÈRES

1) LES PROCÉDURES.....	01
<i>La demande</i>	01
<i>La défense</i>	02
2) LA QUESTION EN LITIGE	05
3) LES CRITÈRES DU TEST POWLEY	05
Une communauté métisse historique (Point A).....	06
Communauté métisse contemporaine titulaire des droits revendiqués (Point B).....	06
Appartenance du demandeur à la communauté actuelle concernée (Point C).....	06
4) LA PREUVE DES INTIMÉS.....	07
POINT A : LA COMMUNAUTÉ MÉTISSE HISTORIQUE DU « DOMAINE DU ROY ET DE LA SEIGNEURIE DE MINGAN »	07
Critère A-1 : Ascendance mixte de ses membres (Européens et Indiens).....	07
<i>Nicolas Peltier : une origine, une double descendance</i>	09
Critères A-2 et A-3 : Des pratiques, une culture, un mode de vie et des traditions « reconnaissables et distinctifs » des Européens et des Autochtones; Une identité « reconnaissable et distinctive » des Européens et des Autochtones.....	10
Première vague de métissage (1672-1800) – La traite des fourrures.....	12
<i>Famille et clan, le cœur de la communauté métisse</i>	13



Deuxième vague de métissage (1800-1842) – La pulsion écossaise	14
<i>Le recensement d'Isidore Doucet (1839)</i>	17
Troisième vague de métissage (1842-1860) – Chicoutimi	
Peter McLeod.....	19
<i>Culture et identité métisse</i>	20
Critère A-4 : Un territoire déterminé	24
<i>Un espace écologique : la Boréalie</i>	24
<i>Un territoire bien précis</i>	25
Critère A-5 : Constitution de la communauté métisse postérieure aux premiers contacts avec les Européens et antérieure à la mainmise de « sa Majesté » sur le territoire	25
<i>La communauté métisse historique face à un dilemme</i>	26
<i>La mainmise vue par l'historien Michel Lavoie</i>	29
<i>La disparition administrative des Métis</i>	30
POINT B : COMMUNAUTÉ MÉTISSE CONTEMPORAINE TITULAIRE DES DROITS REVENDIQUÉS	30
Critère B-1 : Un certain degré de continuité et de stabilité jusqu'à aujourd'hui	30
<i>Le cas de Terres-Rompues</i>	31
<i>Une place dans l'industrie forestière</i>	32
<i>Clan A) Formation du clan métis Alexandre Gagnon et Louise Tremblay-McLeod</i>	33
<i>Clan B) Formation du clan métis John Murdock et Blanche Gagnon</i>	33
<i>Clan C) Formation du clan métis Alexis Tremblay et Marie Tremblay-St-Onge</i>	33

C

C

C

<i>Clan D) Formation du clan métis Joseph Tremblay-Kessy et Marie-Louise Desbiens</i>	34
<i>Clan E) Formation du clan métis Jimmy Tremblay-Kessy et Kate Maltais-McKenzie</i>	34
<i>Une communauté métisse qui maintient des traits culturels</i>	34
<i>Des Métis observés par des visiteurs</i>	35
<i>La Communauté Métisse actuelle (CMDRSM)</i>	37
<i>Reconnaissance par autrui</i>	39
<i>La continuité de la pratique par les membres de la communauté</i>	40
Critère B-2 : Non extinction du droit ancestral revendiqué	46
<i>La Proclamation Royale de 1763</i>	47
<i>Instauration de lois relatives à l'occupation des terres publiques</i>	47
POINT C : APPARTENANCE DU DEMANDEUR À LA COMMUNAUTÉ ACTUELLE CONCERNÉE	49
Critère C-1 : Auto-identification métisse	49
Critère C-2 : Liens ancestraux avec les membres de la communauté métisse historique	51
Critère C-3 : Acceptation du demandeur par la communauté actuelle	52
Qualification du droit	52
Conclusion	52

C

C

C

CANADA

PROVINCE DE QUÉBEC

DISTRICT DE CHICOUTIMI

CODE DE BUREAU : BA-0179

COUR SUPÉRIEURE

(Chambre civile)

**LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU
QUÉBEC**

Requérant;

c.

NO : 150-05-002108-001
NO : 150-17-000584-034
NO : 150-05-003495-084
NO : 150-05-003496-082
NO : 150-05-003497-080
NO : 150-05-003498-088

NO : 150-05-003502-087

NO : 150-05-003505-080
NO : 150-05-003507-086
NO : 150-05-003508-084
NO : 150-05-003511-088
NO : 150-05-003513-084
NO : 150-05-003514-082

NO : 150-05-003517-085

**GHISLAIN CORNEAU
STÉPHANE CORNEAU
MARC SIMARD
SYLVAIN DUCHESNE
ANDRÉ LALANCETTE
CLÉMENT LALANCETTE
JEAN-FRANÇOIS PERRON et
DANY PICHÉ et
MARC BOUCHARD
ANDRÉ-ANNE LAVOIE
CARL MINIER
GABRIEL JEAN
MIVILLE CORNEAU
RICHARD RIVERIN
JEAN MARIE GAGNÉ et
GABRIELLE SIMARD
MARTIN PELLETIER**

Intimés;

et/

**LA COMMUNAUTÉ MÉTISSE DU
DOMAINE DU ROY ET LA
SEIGNEURIE DE MINGAN**

et/

**LA PREMIÈRE NATION DE
MASHTEUIATSH**

C

C

C

CLÉMENT LALANCETTE, JEAN-FRANÇOIS PERRON, DANY PICHÉ et MARC BOUCHARD, ANDRÉ-ANNE LAVOIE, CARL MINIER, GABRIEL JEAN, MIVILLE CORNEAU, RICHARD RIVERIN, JEAN-MARIE GAGNÉ et GABRIELLE SIMARD et MARTIN PELLETIER concernant des camps situés aux environs de Ville de Saguenay et de Dolbeau-Mistassini, dans la région du Saguenay-Lac St-Jean.

En 2010 le Procureur général du Québec a entrepris vingt-et-une (21) nouvelles requêtes contre vingt-quatre (24) autres intimés soit : CAMIL VERVILLE, LUC GIRARD et LUCIE BOIVIN, RAYMOND DUCHESNE, MAURICE OTIS, FIRMIN GIRARD, MARIO GRENON, LOUISE et VALÈRE GIRARD, CARL ROUSSEAU, ANDRÉ-JEAN SIMARD, YVES BOUCHARD, CHARLES SIROIS, ÉROL BOUCHARD, JEAN-MARIE LAROUCHE, HENRI-PAUL LALANCETTE, BERTRAND CHIQUETTE, JOHANNE DOUCET et ALAIN JULIEN, BRIGITTE DUFOUR, PIERRE CHIQUETTE, YVES ROUSSEAU, MAUDE GIRARD et ROBERT MAILHOT concernant des camps situés aux environs de Ville de Saguenay, de Dolbeau-Mistassini et de Ville d'Alma, dans la région du Saguenay-Lac St-Jean.

Ces trente-cinq (35) dossiers ont été réunis à la cause de Ghislain Corneau.

Dans toutes les requêtes, les conclusions recherchées par le Procureur général du Québec assument que les intimés occupent illégalement les emplacements décrits puisqu'aucun d'eux ne possède de permis ou de bail pour ériger et maintenir de tels bâtiments en forêt.

En effet, les prétentions du Procureur général du Québec s'appuient plus particulièrement sur l'article 54 de la *Loi sur les terres du domaine public* (L.R.Q. c. T-8.1), lequel stipule ce qui suit :

« 54. Nul ne peut ériger ou maintenir un bâtiment, une installation ou un ouvrage sur une terre sans une autorisation du ministre ayant l'autorité sur cette terre. Cette autorisation n'est pas requise dans l'exercice d'un droit, l'accomplissement d'un devoir imposé par une loi ou dans la mesure prévue par le gouvernement par voie réglementaire. » (*Les soulignés sont de nous*)

La défense :

En défense aux prétentions du Procureur général du Québec, les intimés, bien qu'ils admettent ne détenir aucun permis d'occupation, plaident qu'ils n'ont besoin d'aucune autorisation ministérielle pour maintenir les camps de chasse qu'ils ont érigés sur les emplacements visés puisqu'ils l'ont fait en conformité de l'article 54 précité qui leur permettent de le faire « *dans l'exercice d'un droit* ».

En effet, à titre de Métis, membre d'une communauté contemporaine, soit la Communauté métisse du Domaine du Roi et de la Seigneurie de Mingan, les intimés bénéficient de droits ancestraux sur le territoire où sont situés les emplacements visés par les requêtes et plus particulièrement sur ce qui constituait le territoire traditionnel de chasse, de trappe, de pêche et de cueillette des ancêtres métis de la communauté historique. Ces droits leur permettent d'ériger et de maintenir des abris pour l'exercice, à la façon de leurs ancêtres,

C

C

C

d'activités traditionnelles de chasse de gibiers tel l'orignal, l'ours, le lièvre et la perdrix, de trappe des animaux à fourrure tel l'ours, le renard, le castor, la martre, le vison, de pêche de poissons tel la truite, le doré et de cueillette des petits fruits sauvages pour se nourrir.

L'exercice de ces droits est protégé par l'article 35(1) de la *Loi Constitutionnelle de 1982* qui stipule :

Art. 35. « Confirmation des droits existants des peuples autochtones

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

(2) *Définition de « peuples autochtones du Canada. »* - Dans la présente loi, « *Peuples autochtones du Canada* » s'entend notamment des Indiens, des Inuits et des Métis du Canada.

(3) *Accords sur les revendications territoriales.* - Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.

(4) *Égalité de garantie des droits pour les deux sexes.* – Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, des droits ancestraux ou issus de traités visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes. »

Au sujet de cet article 35, la Cour suprême du Canada affirmera :

« L'inclusion des Métis à l'art. 35 représente l'engagement du Canada à reconnaître et à valoriser les cultures métisses distinctives, cultures qui se sont développées dans des régions n'étant pas encore ouvertes à la colonisation et qui, comme l'ont reconnu les rédacteurs de la Loi constitutionnelle de 1982, ne peuvent survivre que si les Métis bénéficient de la même protection que les autres communautés autochtones. »
(R. c. Powley, para. 17 in fine)

La *Loi constitutionnelle de 1982* reconnaît donc les droits ancestraux des Métis au même titre que les deux autres groupes autochtones, les Indiens et les Inuits. Cependant, le texte de la Constitution canadienne ne définit pas précisément ce qu'elle entend par « **droits ancestraux** » ou par les termes « **Métis du Canada** ». Conséquemment, différents jugements de la Cour suprême du Canada sont venus au fil des années baliser la nature précise des droits ancestraux ainsi protégés, notamment dans l'arrêt *Sa Majesté La Reine c. Van der Peet*, rapporté à (1996) 2 R.C.S. 507. (ONGLET 5)

Quelques années plus tard, le 19 septembre 2003, la Cour suprême du Canada déposait un arrêt relatif à l'interprétation du terme « **Métis** » contenu à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dans l'affaire *Sa Majesté La Reine c. Steve Powley et Charles Powley*, rapporté à (2003) 2 R.C.S. 207. (ONGLET 6) En effet, cette décision fondamentale établit différents critères à respecter pour permettre de conclure qu'un individu doit être considéré comme « Métis » au sens de la

C

C

C

Constitution canadienne et ainsi bénéficier des droits ancestraux revendiqués. C'est ce que nous appellerons le « **test Powley** ».

2) LA QUESTION EN LITIGE :

Dans la présente affaire, les intimés répondent-ils aux différents critères du «test Powley» pour être considérés comme « Métis du Canada » au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et pouvoir ainsi exercer les droits ancestraux protégés qu'ils revendiquent?

3) LES CRITÈRES DU TEST POWLEY :

Les critères pour la reconnaissance de droits ancestraux selon l'arrêt Powley sont au nombre de dix (10) qui peuvent être réunis sous trois catégories.

A) « Communauté métisse historique titulaire des droits »

1. Ascendance mixte de ses membres (Européens et Autochtones);
2. Des pratiques, une culture, un mode de vie et des traditions « reconnaissables et distinctifs » des Européens et des Autochtones;
3. Une identité « reconnaissable et distinctive » des Européens et des Autochtones;
4. Un territoire déterminé;
5. Constitution de la communauté métisse postérieure aux premiers contacts avec les Européens et antérieure à la mainmise de « sa Majesté » sur le territoire.

B) « Communauté métisse contemporaine titulaire des droits revendiqués »

1. Un certain degré de continuité et de stabilité jusqu'à aujourd'hui;
2. Non extinction du droit ancestral revendiqué.

C) « Appartenance du demandeur à la communauté actuelle concernée »

1. Auto-identification métisse;
2. Liens ancestraux avec les membres de la communauté métisse historique;
3. Acceptation du demandeur par la communauté actuelle.

Ce jugement de la Cour suprême du Canada ne permet pas de conférer sur une base strictement individuelle le statut de « Métis » car cette reconnaissance ne peut avoir lieu que dans un cadre communautaire. Une personne désireuse d'obtenir ce statut et de se prévaloir des droits ancestraux protégés par la *Loi constitutionnelle de 1982* doit ainsi, au préalable, pouvoir se rattacher à une « communauté métisse contemporaine titulaire des droits » reconnue qui est elle-

C

C

C

même héritière des droits jadis exercés par les membres d'une « communauté métisse historique ». Ainsi, en plus d'établir des critères pour déterminer la nature exacte des droits ancestraux d'un groupe autochtone, comme cela fut fait dans le jugement Van der Peet, l'arrêt Powley expose de plus les critères pour la reconnaissance d'une communauté métisse titulaire des droits ancestraux.

Une communauté métisse historique (Point A)

Dans un premier temps, une communauté métisse doit se former de membres d'ascendance mixte (**Critère A-1**) et cela à la suite d'unions, religieuses ou à la « mode du pays », entre un homme d'origine européenne et une femme indienne, rarement le contraire, par adoptions ou de toutes autres manières. Afin de documenter cet aspect, il aura fallu au départ obtenir un travail avant tout de nature généalogique qui fut réalisé par le généalogiste Alexandre Alemann (**Pièce I-4**). Ce seul critère de l'ascendance mixte n'est toutefois pas suffisant. Une union mixte ou une progéniture métissée ne crée par nécessairement et automatiquement une communauté métisse historique au sens de l'arrêt Powley.

D'abord, il n'y a pas de communauté sans des « pratiques », une « culture », un « mode de vie et des « traditions » « reconnaissables et distinctifs » par rapport à leurs ancêtres européens et indiens (**Critère A-2**). Sur le même plan, il faut ensuite démontrer l'existence d'une « identité » « reconnaissable et distinctive » (**Critère A-3**). L'arrêt Powley exige également la nécessité de déterminer un territoire précis sur lequel ont agi les membres de la communauté, car la pratique des droits ancestraux sont localisés dans l'espace (**Critère A-4**). Finalement, la communauté historique doit s'être constituée à la suite des premiers contacts avec les Européens et avant la mainmise de l'État moderne sur le territoire mentionné (**Critère A-5**).

Communauté métisse contemporaine titulaire des droits revendiqués (Point B)

Après la mainmise de l'État moderne sur le territoire en cause, cette communauté métisse historique doit avoir maintenu un « certain degré de continuité et de stabilité jusqu'à aujourd'hui » (**Critère B-1**). Il faut que le droit revendiqué, par exemple celui de « chasser pour se nourrir », se soit maintenu comme une pratique constitutive de cette culture jusqu'à nos jours. De même, il y a nécessité de déterminer la non extinction du droit ancestral revendiqué (**Critère B-2**). En fait, cette extinction doit être démontrée par la Couronne.

Appartenance du demandeur à la communauté actuelle concernée (Point C)

Ce point vise plus particulièrement à vérifier l'appartenance d'un individu particulier à la communauté actuelle. Il faut alors démontrer son auto-identification métisse (**Critère C-1**), ses liens ancestraux avec des membres de la communauté métisse historique (**Critère C-2**) et enfin son acceptation par la communauté métisse actuelle (**Critère C-3**).

C

C

C

4) LA PREUVE DES INTIMÉS

Examinons chacun des critères du « test Powley » en regard de la preuve faite par les intimes.

POINT A : LA COMMUNAUTÉ MÉTISSE HISTORIQUE DU « DOMAINE DU ROY ET DE LA SEIGNEURIE DE MINGAN »

Critère A-1 : Ascendance mixte de ses membres (Européens et Indiens)

« Cette exigence objective garantit que les bénéficiaires des droits protégés par l'art. 35 possèdent un lien réel avec la communauté historique dont les pratiques fondent le droit revendiqué. Nous n'exigerions pas la preuve de « liens du sang » minimums, mais plutôt la preuve que les ancêtres du demandeur appartenaient, par naissance, adoption ou autrement, à la communauté métisse historique. » (R. c. Powley, para. 32)

Selon l'arrêt Powley, une communauté métisse historique doit donc être formée de membres d'ascendance mixte par naissance, adoption ou autrement. Ce processus peut, entre autres, se dérouler suite à l'union, sous une forme religieuse ou à la « mode du pays », entre un homme d'origine européenne et une femme indienne. Le travail du généalogiste Alexandre Alemann documente, d'une manière inégalée avant lui, ce phénomène de métissage dans le Domaine du Roi-Mingan. Il identifie certains « couples mixtes primaires » (16) qui ont donné par la suite naissance à une descendance métisse qui recomposera une partie du visage de la population autochtone sur ce territoire. Sa nomenclature (**Pièce I-4**) identifie plus de 1720 personnes liées à ces mariages ou unions mixtes. Le métissage entre Européens et Indiennes n'est plus une simple possibilité mais une réalité tangible prouvée par des documents d'archives principalement tirés des registres de l'état civil.

Nous précisons que la méthode et les objectifs de recherche de cet ouvrage sont de nature spécifiquement généalogiques. Premièrement, Alexandre Alemann cherche à retrouver des unions, religieuses ou à la « mode du pays », entre des Européens (principalement des engagés des Postes de traite) et des femmes indiennes; deuxièmement, il présente la descendance, sur plusieurs générations, de cette progéniture métisse née de ces unions.

Il ne faut pas chercher dans l'étude d'Alemann une définition anthropologique ou sociologique d'une « communauté métisse », d'une « culture et d'une identité » « reconnaissable et distinctive » ou une bonne part des critères établis par l'arrêt Powley. C'est à la lumière de son approche strictement généalogique qu'il aborde la différence entre Indiens ou Métis, en disant qu'elle est davantage « administrative » et, qu'avant 1852, Indiens et Métis forment un seul et même groupe autochtone. Il parle ici d'un groupe avec un même bagage ethno-

C

C

C

génétique et non pas sur un plan culturel ou identitaire. Pour lui, un Métis est une personne issue d'un mariage mixte, que ce soit celui de ses parents immédiats ou ceux de ses ancêtres dans son arbre généalogique.

Le travail d'Alemann vise plus précisément, en lien avec ses recherches généalogiques sur les Innus du Lac-Saint-Jean, à dresser un portrait global du métissage entre Euro-canadiens et Indiens dans le Domaine du Roi-Mingan particulièrement de 1672 jusque vers 1900. Il appartiendra ensuite au demandeur de compléter un travail généalogique pour pouvoir se greffer à l'un ou plusieurs des ancêtres métis déjà identifiés.

Il faut signaler que nos experts Bouchard, Gauthier et Lacoursière ont vérifié et approuvé les faits historiques apportés par Alemann.

L'ampleur du métissage entre Européens et Indiennes dans le Domaine du Roi-Mingan a fait l'objet de nombreux commentaires et remarques. Dans l'introduction de son ouvrage intitulé « Le Quatrième registre de Tadoussac » (**Pièce I-16**), vérifié et approuvé par Bouchard, Gauthier et Lacoursière, Léo-Paul Hébert mentionne que l'on qualifiait le phénomène du métissage à l'époque de véritable Fléau.

Les alliances Français-Indiennes. Le problème des unions entre Français et Indiennes, qualifiées d'adultère ou de fornication par les missionnaires, était considéré comme un fléau à Tadoussac. Sous le pastorat du Père Coquart, de 1746 à 1765, il y avait eu de nombreuses naissances illégitimes provenant de Blancs et d'Indiennes. Le mandement de Mgr Briand aux Montagnais en 1768 avait pour principal but de corriger cette situation. Mgr Briand invitait les Montagnais à ne pas suivre l'exemple des "canots de bois" (les Français) et mettait les Indiennes en garde contre "les excès où quelques-unes se laissent aller, dans l'espérance d'épouser leurs complices. Le gouverneur et l'évêque interdisaient ces mariages. (Pièce I-16, p. XXVIII)

Alexandre Alemann est le premier chercheur à véritablement dresser un portrait d'ensemble du phénomène au-delà de quelques exemples choisis et souvent extrapolés au gré de la démonstration. Il identifie 16 « branches principales » qui, à différentes époques et dans différents secteurs, sont à la base du métissage dans le Domaine du Roi-Mingan entre 1672 et 1850 :

Régime français (1672-1760)

- 1) Nicolas Peltier
- 2) Louis Châtellerault
- 3) Joseph-André Collet
- 4) Louis Gariépy
- 5) Antoine Lavaltrie
- 6) Antoine Riverin

Début régime anglais (1760-1800)

- 7) Louis-Denis Bacon

C

C

C

- 8) Pierre Volant
- 9) Barthélemy-Roger Hervieux
- 10) Denis Godin

19^e siècle (1800-1850)

- 11) Jérôme St-Onge
- 12) Raphaël Sheehan
- 13) Alexander Murdock
- 14) Peter McLeod
- 15) Frédéric Fillion
- 16) Thomas Cleary

De cette nomenclature, il faut comprendre qu'Alemann ne parle pas ici de toutes les unions mixtes ou même de tous les Métis mais des 16 « unions mixtes primaires ». Il explique pourquoi:

« (...) la communauté métisse du Domaine à seize souches principales, et, (...) celles-ci ne sont pas toutes apparues sur le territoire en même temps, il import(e) que cette étude évite de semer plus de confusion que d'éclaircissement. Ainsi les descendants de Nicolas Peltier (Nous ajoutons : comme les autres) qui sont présentés ne sont pas tous ses descendants mais seulement ceux qui ne descendent pas des autres pionniers du métissage. » (Pièce I-4, p.1)

Cette notion de branches principales ou d'unions mixtes primaires est en fait un simple procédé technique permettant d'éviter les répétitions inutiles des mêmes noms. L'index complet de son étude comprend plutôt 1720 individus. Toutes ces personnes sont directement liées à une union mixte, donc sont d'un point de vue strictement généalogique des Métis. Ils forment un groupe composant potentiellement la Communauté métisse historique du Domaine du Roi et de la Seigneurie de Mingan. On dira potentiellement car l'ascendance mixte n'est pas le seul critère. Alemann avance ensuite le chiffre de 40 000 personnes qui pourraient être considérées comme membres de la Communauté métisse contemporaine.

Nicolas Peltier : une origine, une double descendance

L'arrivée de Nicolas Peltier en 1672 au Poste de traite de Chicoutimi et ses trois mariages marquent le début du métissage dans le Domaine du Roi. Ces événements furent très importants dans l'histoire démographique du territoire car, comme l'affirme Alemann, ce métissage s'est effectué au moment de la disparition presque complète, selon l'expression de Russel-A. Bouchard, des « Montagnais protohistoriques » :

« Là où il y avait 5 000 individus en 1675, il n'y en a plus qu'une trentaine en 1685. (...) Avec la descendance de quelques Mik'Maks et quelques Etchemins et quelques Abénakis, Nicolas Peltier et ses trois unions avec les trois Attikameks (...) (sont) à l'origine d'un renouvellement de population qui

C

C

C

remplace les aborigènes disparus à la fin du XVIII^e siècle. » (Pièce : I-4, p. I et 1)

Autour du clan Peltier, viendront se joindre à la suite de nouvelles unions mixtes, sous le régime français, les Châtellerault, Collet, Gariépy, Lavaltrie et Riverin. De cette réalité nouvelle initiée par l'arrivée de Nicolas Peltier et en sortant d'une stricte perspective généalogique, Alemann en vient à se questionner sur l'identité culturelle des enfants de Peltier et, de là, sur la naissance de deux groupes distincts :

« La descendance métisse de Nicolas Peltier a produit deux réalités complexes. Un groupe métis plutôt aborigène (comprendre indien) et un groupe métis canado-européen. Il ne fait aucun doute que ces deux groupes sont autochtones mais nettement distincts. » (Pièce : I-4, p.1)

Un riche et stimulant questionnement bientôt relayé par Russel-A. Bouchard qui, à l'aide d'une approche historique, constate l'apparition de ces deux nouvelles réalités humaines sur le territoire du Domaine du Roi.

Critères A-2 et A-3 : Des pratiques, une culture, un mode de vie et des traditions « reconnaissables et distinctifs » des Européens et des Autochtones; Une identité « reconnaissable et distinctive » des Européens et des Autochtones

Selon Russel-A. Bouchard une société ne diffère pas de sa voisine sous tous les rapports, mais seulement sur certains, ce qui suffit à les rendre spécifiques. Son caractère distinctif ne peut se mesurer que par la nature de ses représentations qui se retrouvent dans ses mythes, dans sa mémoire et dans son expression culturelle. (R-A. Bouchard, pièce : I-8, 30-31)

Rappelons qu'en 1996 la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *R. c. Van der Peet*, avait déjà clairement précisé qu'elle adoptait le terme « distinctive » plutôt que le terme « distincte » pour qualifier les coutumes, pratiques ou traditions autochtones protégées.

« La norme qui doit être respectée par une coutume, pratique ou tradition pour être reconnue comme un droit ancestral n'est pas qu'elle soit une coutume, pratique ou tradition distincte, propre à la culture autochtone en cause. Les demandeurs autochtones doivent simplement montrer que la coutume, pratique ou tradition en cause est distinctive. Est une coutume, pratique ou tradition distincte une coutume, pratique ou tradition qui est unique -- [TRADUCTION] «qui se distingue par sa nature ou sa qualité; différente» (Concise Oxford Dictionary, loc. cit.) Une culture qui possède une tradition distincte doit affirmer que, du fait de cette tradition, elle est différente des autres cultures. Une prétention à la différence appelle, de par sa nature même, une comparaison avec d'autres cultures ou traditions. Par contraste, la culture qui prétend qu'une coutume, pratique ou tradition est distinctive -- «qui permet de distinguer, caractéristique» -- ne fait pas de comparaison. Sa prétention se rapporte plutôt à ses propres coutumes,

C

C

C

pratiques et traditions, considérées indépendamment de celles de toute autre culture. La culture en question prétend que cette coutume, pratique ou tradition fait d'elle ce qu'elle est, et non que la coutume, pratique ou tradition est différente de celles d'une autre culture. La personne ou la collectivité qui prétend à l'existence d'un droit ancestral protégé par le par. 35(1) n'a qu'à démontrer que la coutume, pratique ou tradition particulière qu'elle revendique comme un droit ancestral est distinctive, et non qu'elle est distincte.

Le fait que la norme à laquelle doit satisfaire une collectivité autochtone est celle du caractère distinctif et non du caractère distinct découle de la reconnaissance, dans Sparrow, précité, de l'existence d'un droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires. Il est certain qu'aucun groupe autochtone au Canada ne saurait prétendre que sa culture est «distincte» ou unique du fait qu'il pêche à des fins alimentaires. La pêche à des fins alimentaires est en effet pratiquée par bon nombre de cultures et de sociétés différentes aux quatre coins du monde. Ce que les Musqueams soutenaient dans Sparrow, précité, c'était plutôt que cette pêche contribuait à faire de la culture musqueam ce qu'elle est. La pêche à des fins alimentaires était caractéristique de la culture musqueam et, par conséquent, un élément distinctif de cette culture. De ce fait, elle constituait un droit ancestral visé au par. 35(1). » (R. c. Van der Peet, (1996) 2 R.C.S. p. 65, para. 71 et 72)

Sept ans plus tard, dans l'affaire Powley, la Cour reprendra le même vocabulaire y compris pour qualifier la notion d'identité.

« Une communauté métisse peut être définie comme étant un groupe de Métis ayant une identité collective distinctive, vivant ensemble dans la même région et partageant un mode de vie commun. » (R. c. Powley, para. 12)

« L'inclusion des Métis à l'art. 35 représente l'engagement du Canada à reconnaître et à valoriser les cultures métisses distinctives, cultures qui se sont développées dans des régions n'étant pas encore ouvertes à la colonisation et qui, comme l'ont reconnu les rédacteurs de la Loi constitutionnelle de 1982, ne peuvent survivre que si les Métis bénéficient de la même protection que les autres communautés autochtones ». (R. c. Powley, para. 17)

Voir aussi les paragraphes 22, 36, 37, 38 et 41.

L'historienne Russel-A. Bouchard envisage, à la lumière des critères de l'arrêt Powley, la formation d'une communauté métisse, reconnaissable et distinctive par ses pratiques et son identité, comme un processus graduel, évolutif. Cette histoire est marquée par ce qu'elle nomme des « vagues de métissage » qui, amorcée à l'époque pionnière de Nicolas Peltier (1672-1729), amène progressivement les familles métisses à se « fondre » dans des clans. Un phénomène dont témoigne plus précisément le Journal de Neil McLaren (1800-1804) (**Pièce I-6**) où un groupe métis distinct, situé entre les engagés et les bandes indiennes, est perceptible; de même, avec le recensement de l'abbé Isidore Doucet, daté de 1839, les mots « gens libres » et « métis » permettent d'identifier 35 familles de ces habitants des postes de traite du Domaine du Roi. (R-A. Bouchard, pièce I-5, pp. 65-68)

C

C

C

Première vague de métissage (1672-1800) – La traite des fourrures

L'histoire de la communauté métisse du Domaine du Roi et de la Seigneurie de Mingan débute avec l'arrivée de Nicolas Peltier en 1672 au Poste de traite de Chicoutimi. Cette première vague de métissage se déroule à une époque charnière, celle de « l'hécatombe qui a provoqué, à la fin du XVII^e siècle, la disparition des Montagnais protohistoriques. » Russel-A. Bouchard a rédigé un ouvrage complet sur ce sujet publié en 1995, « *Le dernier des Montagnais / Vie et mort de la nation ilnut* », (Pièce I-21). Ce phénomène « a contribué, en contrepartie, à bouleverser la culture et l'apport génétique des descendants du groupe primitif (les Indiens) qui, malgré tout, sont restés collés au caractère d'une société nomade et archaïque. » Mais « il a parallèlement donné naissance à un nouveau groupe humain (les Métis), plus sédentaire que nomade, dont les paramètres culturels empruntés aux deux cultures se sont définis plus particulièrement autour des postes de traite où ils ont évolué en tant que coureurs des bois, commerçants, interprètes, nautoniers, garde-côtes, et engagés à la solde des détenteurs du monopole des fourrures qui a officiellement persisté dans cette contrée jusqu'en 1842. » (R-A. Bouchard, pièce : I-8, 35-36)

L'importance du clan de Nicolas Peltier fait que le Domaine du Roi-Mingan était véritablement métis entre 1672 et 1729. Le Père Laure, dans une de ses relations, parle du fils de Nicolas Peltier, Charles, en mentionnant qu'il fait partie de « nos autres Sauvages », comme s'il voulait spécifier qu'il s'agit là d'une autre catégorie de « Sauvages » soit ceux nés d'un père euro-canadien et d'une mère indienne, ce qui n'est probablement pas le cas de La8chin8, Mavatach et Pik8ar8ich.

« Les pièces de ma nouvelle maison de Chek8timi furent commencées le 19 novembre 1727 par Étienne DesRoches et Montauban couvreur français en ardoise; c'est lui qui a couvert l'église et a entrepris la dite bâtisse. La charpente en a été levée le 20 avril 1728 par Pierre Montauban excellent jeune homme rempli d'énergie. Il s'est fait aider par La8chin8, Mavatach, Pik8ar8ich, et nos autres sauvages surtout Charles Peltier, et l'a livrée vers la fin d'octobre... » (Pièce MLPR-036 – PC-30 (rapport 5.2, L-P Rousseau)

On sait que Nicolas Peltier a passé 12 ans au lac Nicabau, qu'en 1677 il était au poste de Métabetchouan et on mentionne également qu'il a fait baptiser des enfants sur la Côte-Nord à Betsiamite. (R-A. Bouchard, pièce I-5, p. 54)

«Certains descendants de Nicolas Pelletier, écrit Goudreau, sont toujours présents au poste de Chicoutimi en 1786. Cependant, plusieurs ont migré vers la Haute-Côte-Nord à la fin du 18^e siècle, car certains d'entre eux apparaissent dans les livres du poste de Tadoussac, des Îlets-Jérémie et de Portneuf. Au début du 19^e siècle, les descendants de Nicolas Pelletier se concentrent surtout sur la Haute-Côte-Nord.» Quant à Pelletier, l'arpenteur Joseph-Laurent Normandin, dans son journal, écrit à son sujet, en juin 1732, lors de son passage au lac Nicabau : «Autrefois, c'est-à-dire du bonhomme Peltier, il y avait un petit établissement à environ une lieue de l'entrée de ce lac du côté du sud. (Rapport de J. Lacoursière, pièce I-37, partie 2, p.12)

C

C

C

À la mort de Nicolas Peltier survenu à Chicoutimi en 1729, le Père Laure dans son oraison funèbre le décrit comme « *François de Nation vivant à l'indienne* ».

Mais « dans quelle mesure cette cellule familiale originelle a été imitée par d'autres; comment elles ont réussi à harmoniser leurs rapports entre elles au fil du temps; s'il y a eu une continuité d'occupation, avant et après que l'État colonial eut affirmé sa souveraineté sur le territoire où elles ont évolué. » (R-A. Bouchard, Pièce : I-8, 37)

Famille et clan, le cœur de la communauté métisse

Selon Russel-A. Bouchard, la communauté métisse du Domaine du Roi et de la Seigneurie de Mingan se structure sur une base familiale avant de former des clans. Il ne faut donc pas chercher une « bande » ou un « village métis ». C'est là son mode organisationnel propre, son mode de vie spécifique :

« Chez les Métis de la Boréale, le clan, c'est-à-dire la parenté, la famille élargie et associative dans la lutte incessante pour la survie, est donc à l'origine même de la communauté historique, culturelle voire politique puisqu'elle est indissociable de la société humaine. » (R-A. Bouchard, pièce : I-8, 36)

Dans un premier temps, cette première vague de métissage s'amorce avec des unions mixtes, comme celles de Nicolas Peltier, avant de former un clan :

« À mon avis, le fait identitaire métis (...) débute avec la famille métisse qui est le premier noyau communautaire, et il prend son expansion dans le clan qui en est le fruit. Quand vous avez au moins deux communautés familiales ou claniques qui ont des échanges ethnoculturels et qui se fortifient dans la coutume et un espace délimité par la coutume, vous avez là, dans la manière de concevoir des "gens du pays", un peuple (ici, il est question des Métis), c'est-à-dire une "communauté" qui occupe un territoire donné, et qui est en mesure, culturellement et économiquement parlant, de résister à l'assimilation des autres communautés ethniques avec lesquelles ils partagent le territoire (entendre les Indiens) » (R-A. Bouchard, pièce I-8, 48-49).

De là, on peut suivre la descendance de cette lignée :

« Les fils et filles issus de ces trois mariages ont suivi le courant naturel initié par le paternel; les uns se sont mariés à la mode du pays, les autres selon les lois de l'Église catholique. Ce qui nous permet de les suivre à la trace, de vérifier la nature et le rythme de leurs déplacements, la qualité ethnoculturelle de leurs unions et descendance, et d'apprécier le fait qu'ils se soient déplacés et établis dans les quatre coins du Domaine du Roi pour y mettre des enfants au monde, du lac Nicabeau à la rivière Mingan, en passant par Tadoussac et Chicoutimi; cette dernière place d'occupation étant leur principal lieu de rencontres, le centre clanique si l'on peut dire. » ((R-A. Bouchard, pièce I-8, 38)

C

C

C

On retrouve la présence de ces clans métis dans le rapport de l'Intendant Hocquart, en 1733, et le Troisième registre de Tadoussac qui dénombre 30 enfants des deux sexes nés entre 1691 et 1758 simplement du premier mariage de Nicolas Peltier. **(Pièce : I-8, 41)** Ce dernier est l'ancêtre de tous les Montagnais actuels et de 50% des Métis. Autour du clan Peltier, viendra se joindre sous le régime français, Louis Châtellerault (ancêtre de 60% des Métis), Joseph-André Collet, Louis Gariépy, Antoine Lavaltrie, Antoine Riverin (ancêtres de 40% des Métis). Ils épousent des membres du clan Peltier. Sous le régime anglais, suivront les Volant et Hervieux. Selon Alexandre Alemann, ils « sont des Canadiens qui côtoient des Métis de première vague », mais « leurs descendance seront plus occidentales » et les « patronymes seront conservés chez les sujets mâles et même femelles. » **(Pièce : I-4, III)** Donc, avec le temps, le métissage a des effets différents et produit une population de plus en plus distinctive au plan culturel et identitaire.

De cette réalité en mouvement, avec le temps, cette descendance métisse de Nicolas Peltier semble donc évoluer dans deux directions : la recomposition d'un groupe « nomade et archaïque », les Indiens montagnais, et de l'autre, de clans métis, comme nous le montre *le Journal* rédigé par Neil McLaren, commis au Poste de traite de Chicoutimi de 1800 à 1804, lequel constitue un document historique inestimable. **(Pièce I-6)**

Deuxième vague de métissage (1800-1842) – La pulsion écossaise

Vers 1800, le temps a fait son œuvre et la deuxième vague de métissage se déroule et « ces familles métisses et ces clans, qui étaient fort nombreux, se sont fondus les uns dans les autres, au fil du temps et au hasard des mariages inter-clans, pour se perpétuer jusqu'à nous et pour donner la communauté métisse actuelle. » (R-A. Bouchard, pièce : I-8, 49)

L'arrêt Powley impose de démontrer l'existence d'une culture et d'une identité « reconnaissable et distinctive ». Russel-A. Bouchard parlera d'une « définition relationnelle, car chaque communauté se définit l'une par rapport à l'autre ». **(Pièce : I-8, 24)** Avec les bouleversements démographiques des Indiens du Saguenay vécus au 17^e siècle, il fallait que les Indiens deviennent eux-mêmes les Montagnais actuels pour que les Métis s'en distinguent. Une trace majeure que ce phénomène s'est enfin réalisé se trouve dans le journal de Neil McLaren rédigé entre 1800 et 1804 au Poste de traite de Chicoutimi. **(Pièce I-6)** Il témoigne d'une distinction entre les engagés, les Métis et les bandes indiennes.

Selon Russel-A. Bouchard, les informations du journal :

« démontrent très clairement qu'il y avait à cette époque, une démarcation très nette entre, d'une part, les Métis, dont les pratiques culturelles ne concernaient pas que les activités de survivance (chasse, trappe, pêche, cueillette), mais également les fonctions pastorales, commerciales et

C

C

C

industrielles du poste de traite de Chicoutimi, ce qui confère à ce groupe humain une originalité culturelle fondamentale par rapport aux deux peuples fondateurs; et, d'autre part, les Indiens, toujours essentiellement nomades et chasseurs, quand ils n'étaient pas totalement redevables et à la merci de la générosité des premiers. » (R-A. Bouchard, pièce I-8, 50)

Le journal permet plus particulièrement de constater la distinction progressive de « gens libres » comme François Verreault et Jérôme St-Onge autour du poste de Chicoutimi. Ces Euro-canadiens vivent avec des Indiennes nées sur le territoire. À ce sujet, voici un exemple probant daté du lundi 16 février 1801:

« Nos gens, (François) Verraux et sa famille nous arrivent aujourd'hui des Terres-Rompues ». (Pièce : I-6, 79)

Ce passage révèle que François Verreault demeure en dehors du poste de traite (Terres-Rompues), avec sa famille et peut tirer directement sa subsistance des ressources du territoire. Les engagés doivent pour leur part résider au poste de Chicoutimi sans leur famille. Ce traitement spécial ne peut s'expliquer selon Russel-A. Bouchard que par leur statut de « gens libre » ou « métis »:

« en raison de leur alliance conjugale et leur progéniture métissée, ils occupent le territoire au même titre que les Indiens, peuvent conséquemment planter leur tente ou construire leur bicoque où bon leur semble, chasser et pêcher en tout temps de l'année pour satisfaire à leurs besoins primaires ou pour leur propre profit. » (Pièce : I-6, 27)

Ce même François Verreault, selon le témoignage qu'il a rendu devant la Chambre d'assemblée en 1824, invité pour sa grande connaissance du territoire régional pour y avoir vécu pendant près de 50 ans, ne semble pas considérer sa famille comme faisant partie de la Nation Sauvage présente au Saguenay mais plutôt comme une famille culturellement distinctive. (i.e. elle survivra car la chasse, la pêche et l'agriculture assurent son alimentation, il est aussi impliqué dans les activités de la traite des fourrures)

« Q. Quelle est la Nation Sauvage qui habite cette Contrée?

R. La Nation Montagnaise, leur nom Sauvage est Papinashuah, qui veut dire Rieurs ou Ricaneurs...

Q. Quelle est le nombre des familles de cette Nation qui habite cette partie du Domaine du Roi que vous avez désignée?

R. Il y a trois familles à Tadoussac, neuf à Chicoutimy, douze au Lac St. Jean, et neuf à Assuapmousoin,...et faisant un total de cent soixante-cinq âmes.

Q. Cette Nation a-t-elle augmenté ou diminué depuis que vous avez été pour la première fois dans cette Contrée?

R. Elle a diminué plus d'un tiers.

Q. A quoi en attribuez-vous la cause?

R. Au manque des animaux dont ils se nourrissent en faisant la Chasse; il n'y a pas une année qu'il en meure de misère et de faim,...et je crois que dans peu d'années cette Nation s'éteindra.

...

Q. Croyez-vous que l'on pourroit parvenir à engager les Sauvages à cultiver la Terre?

C

C

C

R. Non, je ne le crois pas, parce qu'ils sont trop paresseux, et qu'ils méprisent ceux qui travaillent à l'Agriculture; j'ai essayé plusieurs fois de les engager à faire des Champs de patates, je leur ai fourni des Outils, comme bêches, pioches, &c. pour préparer la Terre, en outre je leur ai donné des germes de Patates; je les ai même nourris... mais aussitôt que le soleil commençoit à les réchauffer...ils abandonnoient tout pour courir les Bois.»
 (Pièce MLPR-046 – PC-30 (rapport 5.2, L-P Rousseau) (Version française rapport É. Rivard, pièce I-35 note 108)

Voici comment le géographe Étienne Rivard perçoit François Verreault en fonction de l'occupation du territoire :

Il n'y a peut-être pas meilleur exemple que celui de François Verrault pour illustrer cette distinction toute métisse incarnée par l'homme libre et sa famille. À la lumière du journal tenu par Neil McLaren, chef commis au poste de Chicoutimi entre 1800 et 1804 (Bouchard, 2000), on comprend non seulement que la famille Verrault profite d'un statut particulier aux yeux des autorités de la traite, mais qu'elle se distingue des gens du poste par l'occupation presque exclusive des Terres-Rompues – lieu stratégique ancien – et la performance de comportements spatiaux et saisonniers qui leur sont propres. La cartographie comparative des déplacements dans une année entre François Verrault et Charles Chamberlant, l'un des principaux engagés du poste de Chicoutimi, offre un bel exemple de cette distinction territoriale de l'homme libre et de l'expression spatiale de son intermédialité (Figure 6-12) (Rapport d'Étienne Rivard, pièce I-35, 65)

En ce qui concerne Jérôme St-Onge, Rivard nous écrit :

« La demeure de Jérôme St-Onge, que Bouchette décrit comme un wigwam plein de « commodités » (Bouchette, 1829, p. 163), située à un endroit des plus stratégiques (sur les prairies naturelles au nord de Chicoutimi, source importante de foin pour le poste et depuis toujours lieu de passage autochtone), illustre elle aussi l'intermédialité des hommes libres.

L'exploration du Saguenay dans les années 1820 révèle également la présence collective des Métis. Dans l'un des rapports d'expédition qui en découle, l'arpenteur Bouchette mentionne sa rencontre aux prairies naturelles (situées tout juste au nord-est du poste de Chicoutimi, sur la rive opposée) avec Jérôme St-Onge, lequel l'informe alors que :

La compagnie de la Baie d'Hudson emploie ordinairement, pour transporter ses marchandises à Mistassini, des barges que conduisent des hommes régulièrement formés pour cela, et qui pour la plupart sont des métifs : dans les portages ces barges sont traînées sur des rouleaux. On se sert de canots de cèdre pour aller dans petites rivières à la recherche des sauvages pour leurs pelleteries, car on ne peut trouver dans ce pays d'écorce de bouleau pour en faire des canots (Bouchette, 1829, p. 164).

Fait intéressant à noter ici, ce n'est pas Bouchette qui attribue cette identité à ces gens, mais bien Jérôme St-Onge, homme libre profondément rompu au milieu interculturel de la traite des fourrures dans les Postes du Roi.

C

C

C

Souignons qu'en 1835, lors de l'exploration du Saguenay ayant pour but son ouverture à la colonisation un métis du Domaine du Roi, Édouard Verreault, fils de François, est du nombre de l'équipe des quatre explorateurs. On le choisit car il connaît bien la région pour y avoir vécu. C'était un guide expérimenté connaissant bien la chasse et la pêche pour survivre en forêt. (R-A Bouchard, pièce I-8, 83-84)

Il y aura aussi, entre autres, le cas de James McKenzie marié « à la mode du pays » avec la Montagnaise Adélaïde Matchiragan. Le couple aura 4 enfants : Adélaïde (Michel Bacon), Alexandrienne (François Maltais), Grégoire (Adélaïde ?) et Georges (Gémina Blackburn). Tous élevés sur la piste, pour reprendre l'expression de Bouchard. Grégoire et Adélaïde allèrent s'installer avec leur conjoint(e) à Betsiamite sur la Côte-Nord dans la collectivité indienne-métisse. Alexandrienne s'est installée aux Terres-Rompues et fonda les clans métis Maltais et Tremblay-Kessy. (R-A. Bouchard, pièce I-5, 74-75)

Le recensement d'Isidore Doucet (1839)

L'historienne Russel-A. Bouchard a fait ressortir des archives un document fort pertinent permettant de constater la présence d'une communauté métisse formée de « gens libres » et où sa progéniture est qualifiée de « Métis » :

« Le recensement du missionnaire Doucet, colligé à l'été 1839 par une main aussi précise que soignée, témoigne avec beaucoup d'éloquences que la société vivant dans la sphère d'influence des postes de traite du Domaine du roi (nommément Chicoutimi, Métabetchouan et Ashuapmushuan) établissait une distinction formelle et clairement démarquée, entre les individus formant les alliances indiennes et ceux formant l'alliance métisse. » (R-A. Bouchard, pièce I-8, 54-55)

Les « gens libres » ou Métis, distincts comme groupe des Indiens montagnais, possèdent néanmoins alors les mêmes droits qu'eux. Ces sont « *simplement des familles dont au moins un membre du couple géniteur est d'origine métisse ; ce qui confère automatiquement, à chacune d'elles, le statut d'autochtone avec tous les droits dévolus aux Indiens. (...) Ils sont, plus spécifiquement, des "gens libres" de circuler selon leur bon vouloir, "libres" de s'établir là où ils le veulent et à leur convenance, et "libres" d'utiliser les ressources du milieu comme bon leur semble pour survivre, vivre et prospérer* ». (R-A. Bouchard, pièce I-8, 59)

Selon le géographe Étienne Rivard, (**expertise I-35**) les hommes identifiés ou qualifiés de « gens libres » quoiqu' Euro-canadien, doivent être considérés comme des « Métis » membres de la communauté et ce, à part entière puisque qu'ils y sont affiliés par union, adoption ou autrement pour reprendre les termes des juges de la Cour suprême.

Ainsi, en confondant la catégorie des « gens libres » à celle des « squatters » et des « colons » (Brisson, 2009, p. 45), Brisson ne se rend pas seulement

C

C

C

coupable d'anachronisme – les deux dernières catégories ne prennent véritablement leur sens qu'avec l'ouverture des fronts pionniers et l'avancée de la colonisation à partir des années 1840, alors que la première s'inscrit dans la géographie de la traite de fourrure –, mais il fait surtout montre de sa méconnaissance des travaux de l'un des piliers dans le domaine de l'ethnogenèse métisse en Amérique du Nord, John E. Foster (Binnema et al., 2001). L'homme libre s'avère le principal point d'ancrage de l'univers théorique de Foster. Disciple de la théorie barthienne sur l'ethnicité (Foster, 1985, p. 77), John Foster identifie trois types d'expériences communes à tous les hommes libres dans le Nord-Ouest : l'hivernement, le mariage à la façon du pays et l'alliance sociopolitique avec les frères de l'épouse autochtone. L'hivernement assure l'isolement social et géographique des hommes libres en regard de la Vallée laurentienne. C'est généralement lors de ces hivernements que s'organisent les mariages mixtes. Non seulement l'épouse autochtone joue-t-elle un rôle essentiel dans l'économie et l'exploitation de la traite des fourrures (Brown, 1980, p. 64 ; Foster, 1985 ; Van Kirk, 1980, p. 54-61), elle pave également la voie à l'intégration de l'homme libre dans le réseau de parenté autochtone. Or, c'est cette intégration qui permet à l'homme libre de s'établir dans le Nord-Ouest et de subvenir au besoin de sa famille (Van Kirk, 1980, p. 4).

Une fois effectif l'établissement de l'homme libre dans la géographie humaine du Nord-Ouest, peuvent alors s'amorcer les processus d'enculturation qui feront des enfants sang mêlé des Métis. Cette enculturation dépend grandement de la capacité du mâle étranger à passer d'un univers culturel à l'autre et à se faire influent auprès de l'autochtone comme du traiteur. Ceux qui réussissent – tous n'y arrivent pas, ce que démontre Heather Devine dans son étude sur les Desjarlais (2001) – se voient donner l'opportunité de s'établir avec leur famille à part des bandes indiennes et à l'extérieur du voisinage immédiat des postes de traite, soit souvent parmi d'autres familles métisses. Une telle isolation sociale et géographique favorise ainsi l'émergence d'un environnement socioculturel où les valeurs autochtones côtoient la culture eurocanadienne, environnement propice au développement de l'identité d'entre-deux de l'enfant métis (Foster, 1985 ; Thistle, 1997). Pour tout dire, Foster considère que l'homme libre, « being a man of consequence », est l'élément crucial de l'ethnogenèse métisse, alors que l'ascendance mixte des enfants ne joue qu'un rôle secondaire, affirmant même que « the majority of freemen chose to live apart from indigenous Indian bands (Foster, 2001, p. 100 ; c.f. Devine, 2004, p. 102).

Les thèses de Foster (et de ses nombreux acolytes) sont riches d'enseignement concernant l'apport du père canadien et de la mère amérindienne aux processus d'enculturation. Si l'on prend Foster au pied de la lettre, on comprend que l'homme libre est bien plus que le simple passeur des valeurs eurocanadiennes ; il est aussi porteur de cette intermédialité qui fait de lui un « homme de conséquence » et véritablement « libre », dans la majorité des cas, d'assurer son indépendance, l'isolement sociospatial de sa famille et sa capacité d'occuper l'espace entre l'Indien et le traiteur eurocanadien. On peut difficilement en douter, dans ce contexte, l'intermédialité fut élevée au rang de valeur fondamentale dans ces familles métisses, faisant de l'homme libre un modèle métis pour sa progéniture. Pareillement, on pourrait s'interroger sur le rôle des mères amérindiennes (Van Kirk, 1980) – dont la présence effacée dans les sources documentaires met particulièrement en évidence le biais colonial de ces sources (Foster, 1985, p. 84) – dans la promotion, plus ou moins consciente, de

C

C

C

l'intermédiation. Bien que ces mères soient indéniablement porteuses des valeurs autochtones, elles représentent aussi un lien interculturel entre leur parenté amérindienne et l'homme libre qui partage leur vie. Toutes les femmes autochtones n'ont pas nécessairement joué une part égale dans l'expression de cette intermédiation (ibid., p. 85), mais dans l'ensemble, il ne fut probablement pas nul. (Rapport d'Étienne Rivard, pièce I-35, p. 26-28)

Troisième vague de métissage (1842-1860) – Chicoutimi Peter McLeod

« Tant de choses ont été dites sur le rôle de McLeod à la colonisation du Saguenay, à l'exploitation forestière ou à la naissance de Chicoutimi, qu'on en oublie souvent qu'il est avant tout le produit de la traite des fourrures. Non seulement doit-il ses origines mixtes et sa naissance au Saguenay au fait que son père fut un employé de la traite, mais une partie non négligeable de sa vie adulte se fera sous l'égide de la HBC, notamment comme commis au poste des Ilets-Jérémie dans les années 1830. » (Rapport É. Rivard, pièce I-35, 67-68)

En sa qualité de Métis, Peter McLeod avait le droit naturel et légal de circuler librement dans les postes du Roi et de s'y fixer à sa convenance et d'y ouvrir des entreprises. (R-A. Bouchard, pièce I-5, 79)

À l'arrivée de McLeod à la Rivière du Moulin en août 1842, où il est né vers 1807, il y avait déjà des Métis installés aux endroits stratégiques du Saguenay : Rivière Michaud, Michel Tremblay (Christine St-Onge), Rivière aux Vases, les Verrault, Peter McLeod Sr (Marie, une Montagnaise), Rivière Shipshaw, Alexandre Murdock (Madeleine, une Montagnaise), Rivière aux Sables, Jean Dechêne (Marie McLaren), lac Kénogami, Cyriac Buckell (Christine Danais), Saguenay, Simon Ross (Marie, une Montagnaise) . (R-A. Bouchard, pièce I-5, 82-83)

Ces 7 chefs de familles métisses sont arrivés avant le début de la colonisation de 1842, ont épousé « à la mode du pays » des filles du Saguenay et ont tenu feu et lieu dans les environs de Chicoutimi avec force et détermination après 1842. Ils ont participé au « régime des fiers-à-bras ». (R-A. Bouchard, pièce I-5, 87)

Lors de son témoignage, Russel-A. Bouchard dira :

« En 1842, Monsieur le juge, la population qui est au Saguenay/Lac Saint-Jean disparaît pas là. Elle est encore là. On l'ignore, on l'efface, on lui pile dessus mais elle est pas disparue, elle est là. Et les gens qui arrivent d'ici, ils arrivent de La Malbaie. Depuis 1733, on en a parlé tantôt, la Malbaie fait partie des Postes du Roi officiellement selon le... voyons là... l'ordonnance de l'intendant Hocquart. » (Transcription du 11 mars 2014, p. 80, ligne 4 à 12)

C

C

C

Philius Lavoie qui a bien connu Peter McLeod Jr raconte à Mgr Victor Tremblay, historien fondateur de la Société historique du Saguenay, (témoignage reproduit dans les « Mémoires de vieillards ») qu'à Rivière du Moulin à cette époque il y avait 200 cabanes de « Sauvages ».

« Un jour, deux hommes qui étaient allés travailler à la pointe aperçurent des hommes et aussitôt ils avertirent McLeod et lui dirent où il était. Quand McLeod apprit ça il alla trouver un avocat de Québec et lui demanda de venir avec lui pour faire décamper Michel Simard, parce qu'il ne voulait pas de feu sur ses terrains. A la Rivière du Moulin il y avait une couple de cents cabanes de sauvages; ... » (Rapport E. Michaux, pièce I-36, note 41)

Interrogée devant la Cour à ce sujet, Russel-A Bouchard mentionnera que ces « Sauvages » seraient selon elle des « Métis » qui travaillaient dans l'industrie forestière, en forêt ou au moulin, sous la direction de McLeod. Il faut préciser qu'à l'époque les termes « Indien » et « Métis » n'étaient pas utilisés, on les identifiait par le terme « Sauvage ».

Contrairement à celui de 1851, dans le recensement canadien de 1861, le mot « métis » n'est plus mentionné nulle part même pour la réserve de Pointe-Bleue, instaurée en 1856, où il n'y plus que des Indiens.

Le géographe Étienne Rivard confirme également la présence métisse au Saguenay :

« L'héritage de la traite des fourrures est aussi évident au Saguenay. Le canton Simard est notamment la demeure de Peter McLeod père. Le canton Jonquière accueille pour sa part Simon Ross et les frères Jean et Malcolm Déchesne, près du Saguenay, ainsi que la famille de Cyriac Buckell, plus au sud à l'entrée de la rivière au Sable. Le canton de Chicoutimi est bien évidemment dominé par la présence de Peter McLeod fils qui, bien installé sur les vestiges de l'ancien moulin des Jésuites fondé au XVIIIe siècle, trône en maître incontesté à l'embouchure de la rivière du Moulin. Le canton Tremblay est marqué par la présence de Michel Tremblay et de sa femme Christine St-Onge, fille de Jérôme. La liste n'est pas exhaustive (voir Bouchard, 2005, p. 85), mais suffisante à illustrer l'importance du fait métis au moment où s'exécute l'arpentage primitif du territoire. » (Rapport É. Rivard, pièce I-35, 72)

Culture et identité métisse

L'historienne Russel-A. Bouchard entend démontrer par ces documents d'archives l'existence d'une communauté historique dans le Domaine du Roi avec « une culture et une identité » « reconnaissable distinctive », selon les critères de Powley, particulièrement au début du 19^e siècle. Elle se refuse néanmoins à donner une définition globale, rigide, de la culture et de la réalité métisses qui s'est transformée au fil des ans. Il s'agit d'un exercice difficile et, selon elle, une sorte de piège. Bouchard entend plutôt définir les éléments

C

C

C

composant la culture (**Pièce : I-11**). Mais, elle y exprime en une simple phrase sans doute l'essentiel :

« la communauté métisse de la Boréale est une communauté territoriale élargie, extravertie, et formée de clans unis entre eux par des liens affectifs, commerciaux et industriels. Sa particularité consiste à épouser des éléments culturels exogènes en les soumettant et adaptant à des objectifs autochtones. » (Pièce : I-11, 129)

Russel-A. Bouchard affirme que les clans métis au Domaine du Roy-Mingan ont de tout temps été liés à des monopoles, depuis la traite des fourrures (1676-1850) jusqu'à l'exploitation forestière (1760-1860). (**Pièce I-7, 97**) Le Père Coquart mentionne l'existence d'un moulin à scie situé à la Rivière du Moulin qui aurait appartenu aux Jésuites vers 1750 et qui, par la suite, fut opéré vers 1807 par Peter McLeod Sr ainsi que par son fils Peter Jr de 1842 jusqu'à sa mort en 1852. Jusqu'au milieu du XIXe siècle, leur existence s'inscrivait dans le cadre de la traite des fourrures. En tant que « gens libres » ou « Canadiens voyageurs », leur mode de vie se différencie de ceux des Indiens et des commis. Placés en périphérie immédiate des postes, ils servaient d'intermédiaires entre les Indiens et les commis, qui étaient les maîtres des postes. (**Pièce I-11, 108-109**)

À ce sujet, le géographe Étienne Rivard mentionne :

« Le rôle de ces Métis et autres hommes libres comme informateurs et comme guides suggère l'importance de l'intermédiation à leur existence, un rappel des longues années passées à l'écart de la société laurentienne et de leur résistance à l'intégration pure et simple aux communautés montagnaises. » (Rapport É. Rivard, pièce I-35, 62)

« Ultimement, ce que tous ces exemples d'intermédiation mettent en évidence, c'est la capacité de ces individus métis à occuper une niche socioculturelle et socioéconomique particulière : par leur rôle comme interprètes ou porteurs des connaissances géographiques autochtones, ainsi que par une localisation spécifique et stratégique entre les espaces amérindiens et eurocanadiens. » (Rapport É. Rivard, pièce I-35, 67)

Nous ajoutons que ces rôles ont été exercés entre autres par François Verreault, ses fils Édouard, Charles et Prisque Verreault, Jacob Deschênes, Cyriac Buckell et Jérôme St-Onge.

Au sujet du moulin de 1750 Russel-A. Bouchard affirmera lors de son témoignage :

Et effectivement, il a engagé du monde et ils sont arrivés ici au mois d'août et il y a toute la... il y a eu... parce que les Métis, les communautés vont comme, un petit peu comme des voiliers d'oiseaux, elles s'en vont dans différentes places lorsque la vie est rendue là, il s'en vont en groupe. Alors, ils sont arrivés ici

C

C

C

en dix-huit cent quarante-deux (1842) et le moulin à scie qui avait été construit... bien, Coquart en parle en dix-sept cent cinquante (1750), ça veut donc dire qu'il existait avant, mais la première mention qu'on a historique c'est en dix-sept cent cinquante (1750), ça veut donc dire qu'il y avait déjà une utilisation du territoire faite par les Autochtones qui était complètement différente du modèle qu'on reconnaît à la traite des fourrures, à l'exclusivité de la traite des fourrures. C'est ça que ça veut dire.

Q Fait que selon vous, qui opérait le moulin, qui travaillait au moulin ?

R Bien, ça ne pouvait pas être autres que les Métis.

Q Pourquoi vous dites ça ?

R Parce que les Indiens ne pouvaient pas travailler dans un moulin. D'abord, ils n'avaient pas les apprentissages pour ça, ils n'avaient pas le goût de ça et regardez tous les rapports sur les Indiens, vous n'êtes pas capable de les arrêter de bouger, ... »
(Transcription du 12 mars 2014, p. 43, ligne 15 à p. 46, ligne 15)

Aussi, bien que le nom de Peter McLeod fait surface à de nombreuses reprises, l'étude de Bouchard n'établit pas l'existence de dirigeants métis charismatiques ou formellement reconnus. D'ailleurs, dans la cause Powley, l'obligation d'un tel personnage à la tête d'une communauté n'est pas un critère essentiel ou reconnu. Il ne s'agit pas d'identifier une communauté politique mais plutôt une communauté culturelle dont les préoccupations sont liées à la survie économique plutôt qu'à l'affirmation ethnique et politique. Dans ce contexte, se doter d'un ou de plusieurs porte-parole n'était pas un objectif nécessaire.

À l'instar de l'arrêt Powley, il faut rechercher ici une communauté historique plutôt culturelle qu'ethnique. Dans Powley, l'ethnicité est nécessaire mais ne représente pas le critère majeur comme l'est la culture. Reprenant les travaux de Peterson, les experts du PGQ vont soutenir qu'il ne s'est jamais formé de communauté historique de «Métis» au Saguenay-Lac-Saint-Jean. Madame Peterson, en 2001, reconnaissait l'existence d'une communauté dispersée et diffuse dans les Grands Lacs donnant à la notion de communauté un caractère plus large qui ne correspond pas à l'idée plus stricte de communauté que se font Claude Gélinas (**Pièce PC-25, rapport 4.1**) et Louis-Pascal Rousseau qui, comme nous l'avons lu et entendu, se basent sur les critères établis en ethnogenèse métisse à partir du modèle des Métis de l'Ouest (**Pièce PC-29 et PC-30, rapports 5.1 et 5.2**). Peterson établit cependant que cette communauté dispersée n'a pas résisté à l'arrivée massive des colons, puisqu'elle n'a pu

C

C

C

s'organiser socialement et politiquement. En tant que communauté culturelle et ethnique diffuse, elle n'a pu se muer en communauté politique, en « nation », contrairement à ce qui s'est passé dans la vallée de la rivière Rouge.

Pourtant, cette communauté culturelle et ethnique s'est maintenue, du moins en certains endroits des Grands Lacs, comme en attestent les conclusions de l'Arrêt Powley. Comme l'affirme l'expert Emmanuel Michaux :

L'aspect le plus critiquable concernant les expertises des chercheurs du PGQ, en regard de l'Arrêt Powley, est sans doute qu'ils se sont lancés à la recherche d'une communauté historique ethnique particulièrement revendicatrice, d'une communauté politique de « Métis » représentant une « nation ». Cela exclut d'emblée de s'intéresser à l'existence de communautés qui, comme dans les Grands Lacs, auraient été plus diffuses et dispersées, et qui seraient composées de personnes d'ascendance mixte identifiées non uniquement comme des « Métis » mais aussi comme des « voyageurs », comme des « gens libres » ou encore comme des Canadiens « ayant du sauvage ».

C'est d'ailleurs ce type de communauté diffuse qui, selon Peterson, est le mieux adapté à la réalité du commerce des fourrures. Comme le mentionne Bouchard, les « Métis » de la Boréale étaient entièrement liés à ce monopole. Ils formaient une communauté élargie qui s'organisaient en clans sur un immense territoire (Bouchard I-14, 10 et I-11, 129). (Rapport d'Emmanuel Michaux, pièce I-36, 161-162)

De plus toujours selon Emmanuel Michaux, pour identifier une « communauté culturelle » à partir de l'approche « d'ethnogenèse » la science impose non seulement de regarder des documents mais aussi d'entreprendre des recherches sur le terrain en faisant des entrevues avec les intéressés.

L'absence d'analyse de sources orales est une lacune importante que souligne également Gélinas (2011 : 10). C'est également une erreur méthodologique qui réduit la portée des conclusions des experts, d'autant plus que les données disponibles concernant les « Métis » provenant des sources écrites sont rares et peu diversifiées (Gélinas et al. 2009 (4.1) : 4). Pourtant, les experts anthropologues (Gélinas et al. 2009 : 4.1) n'utilisent aucune donnée de source orale, alors que la plus grande partie de leur travail porte sur l'histoire récente (du XIXe siècle au XXe siècle) et que plusieurs corpus sont directement disponibles : 1) la collection « Mémoires de vieillards » des archives de la Société Historique du Saguenay qui regroupe 850 entrevues menées dans les années 1930 et 1960 principalement auprès de personnes âgées; 2) les témoignages des intimes « Métis » recueillis durant l'hiver 2008-2009; 3) les entrevues réalisées par Jessy Baron en 2007 et analysées dans le cadre des travaux de la CRCIM (Michaux et Baron 2010). (Rapport E. Michaux, pièce I-36, p. 79)

L'expert du PGQ, Louis-Pascal Rousseau, est d'accord avec la nécessité de la recherche sur le terrain :

« Le mouvement de recherche en matière d'ethnogenèse intra-amérindienne a comme précurseur l'une des figures les plus connues dans le monde de la recherche sur les Indiens: l'historien français Nathan Wachtel. Ce dernier s'est surtout fait connaître à partir de 1971 avec la parution de son ouvrage

C

C

C

La vision des vaincus : Les Indiens du Pérou devant la conquête espagnole. À l'époque de sa première publication, cette étude revêt un caractère particulier : elle se voulait une nouvelle approche de recherche sur l'histoire coloniale des Amériques qui remettait en cause l'ethnocentrisme européen prévalant alors en recherche. De plus, elle était basée non seulement sur une étude de documents historiques, mais aussi sur des séjours d'observation directe des Indiens. » (Rapport L-P Rousseau (3.1) PC-20, p. 6)

Critère A-4 : Un territoire déterminé

« Une communauté métisse peut être définie comme étant un groupe de Métis ayant une identité collective distinctive, vivant ensemble dans la même région et partageant un mode de vie commun. En l'espèce, les intimés disent appartenir à la communauté métisse de Sault Ste. Marie et des environs de cette ville. Notre Cour, qui n'a d'ailleurs pas reçu d'observations à ce sujet, n'a pas à décider si cette communauté métisse constitue également un « peuple » métis ou si elle fait partie d'un peuple métis habitant une région plus vaste, par exemple le secteur supérieur des Grands Lacs. » (R. c. Powley, para. 12)

« L'article 35 commande que nous reconnaissons et protégeons les coutumes et traditions qui, historiquement, constituaient des caractéristiques importantes des communautés métisses avant le moment de la mainmise effective des Européens sur le territoire, et qui le sont toujours aujourd'hui. » ... (R. c. Powley, para. 18)

...« Les intimés ont abattu un orignal mâle près du chemin Old Goulais Bay, dans les environs de Sault Ste. Marie, dans les territoires de chasse traditionnels de cette communauté métisse. » (R. c. Powley, para. 19)

L'arrêt Powley marque la nécessité de localiser sur un territoire déterminé le droit revendiqué. Un Métis ne pourra ainsi utiliser, par exemple, son droit de chasse sur un territoire extérieur à celui jadis utilisé par les membres de la communauté historique tel que déterminé à la suite d'un jugement de la cour. Pour Russel-A. Bouchard, le territoire de la communauté métisse du Domaine du Roi, qu'il désigne le plus souvent sous le vocable de Boréale, est celui de ce territoire dévolu à la traite des fourrures formé en 1652 et auquel viendra se greffer celui de la Seigneurie de Mingan.

Un espace écologique : la Boréale

L'historienne Russel-A. Bouchard utilise presque d'exclusivement l'expression Boréale afin de nommer le territoire du Domaine du Roi et de la Seigneurie de Mingan. Une expression sans doute moins longue et qui se réfère avant tout à un écosystème :

« la Boréale est cet espace écologique formé de la partie sud-est du bouclier canadien. Sur le plan hydrologique, elle est baignée, d'ouest en est, par les bassins versants du lac Mistassini, du lac Saint-Jean, du Saguenay et de la rive nord du Saint-Laurent, de l'île aux Coudres jusqu'au détroit de Belle Isle. Sur le plan végétal, elle est formée, au nord,

C

C

C

par la forêt coniférienne boréale, et au sud par la forêt mixte laurentienne. » (R-A. Bouchard, pièce I-15, 12)

Un territoire bien précis

Boréale ou Domaine du Roi, l'historienne Bouchard traite malgré tout de la même réalité. En 1652, c'est la création de la Traite de Tadoussac qui met fin au monopole montagnais sur le vaste territoire connu par la suite sous le vocable de Domaine du Roi. La population autochtone pourra y vaquer à ses activités de subsistance mais des locataires pourront y pratiquer la traite des fourrures contre un droit payé à la Couronne. Le 23 mai 1733, l'intendant Gilles Hocquart fixe définitivement les limites territoriales de la Traite de Tadoussac : sur le fleuve, de la Seigneurie des Éboulements au Cap des Cormorans, sur la façade Ouest, des Éboulements à la tête de la rivière Métabetchouan vers le Nord en suivant la ligne du partage des eaux entre le St-Maurice et le lac St-Jean pour ensuite en décrivant un arc de cercle jusqu'à la Baie d'Hudson pour revenir ensuite sur la Côte-Nord. (R-A. Bouchard, pièce I-11, 100)

La Traite acquiert donc définitivement les secteurs de Moisie et de la Malbaie. Entre 1733 et 1789 la Seigneurie de Mingan se greffera graduellement au Domaine.

Qui peut y habiter? Indiens, blancs conjoints d'autochtones, enfants des bois, engagés. Nulle autre personne. (R-A. Bouchard, pièce I-11, 102) Il faut se rappeler que le roi d'Angleterre, George III, dans la Proclamation royale de 1763, demandait à toute autre personne de quitter le territoire de la traite parce que réservé aux Sauvages. (Pièce I-12)

Après Tadoussac, de 1650 à 1694, s'ajouteront 13 Postes de Traite sur la Côte-Nord et à l'intérieur des terres soit, Sept-Îles (1650), Mingan et Cormoran (1661), Godbout (1670), Chicoutimi (1671), Métabetchouan (1676), Mistassini (1673), Maison Jolliet (1679), Nicabeau (1684), Papinachois (1694) et Moisie (1694). (R-A. Bouchard, pièce I-11, 102-103) Ce sont des Cités des bois qui serviront de points d'ancrages aux nouvelles communautés indiennes et métisses. Il y avait en tout 26 postes de traite dont la liste apparaît à la pièce I-11, page 101.

À l'annexe F de la pièce I-7, le récit reproduit de Romuald Corneau (fils) démontre que le Saguenay et la Côte-Nord formaient un seul territoire. (R-A. Bouchard, pièce I-7, p. 129, note 127)

Critère A-5 : Constitution de la communauté métisse postérieure aux premiers contacts avec les Européens et antérieure à la mainmise de « sa Majesté » sur le territoire

« Les communautés métisses ont vu le jour et se sont épanouies avant que les Européens ne consolident leur emprise sur le territoire et que l'influence

C

C

C

des colons et des institutions politiques du vieux continent ne devienne prédominante. » (R. c. Powley, para. 10)

« Le trait important qui caractérise les Métis du point de vue constitutionnel est leur statut spécial en tant que peuples ayant vu le jour entre le premier contact des Indiens avec les Européens et la mainmise effective de ces derniers sur le territoire. » (R. c. Powley, para. 17)

Par rapport au jugement Van Der Peet (1996), concernant plus spécifiquement les droits des Indiens, l'arrêt Powley apporte une précision majeure : les droits ancestraux de la communauté métisse ne peuvent logiquement découler de l'occupation du territoire avant l'arrivée des Européens car, par sa nature même, la formation d'un groupe métis nécessite cette présence. De même, la naissance de la communauté métisse doit s'être produite avant la mainmise effective de l'État moderne sur le territoire visé.

Aussi, l'identification de cette période servira à déterminer les activités exercées par les membres de la communauté qui ont un caractère ancestral et distinctif pour être reconnues et protégées par la Constitution canadienne.

L'historienne Russel-A. Bouchard a particulièrement analysé ce processus de la mainmise de l'État sur le Domaine du Roi et de la Seigneurie de Mingan. Pour cette dernière, il existe une communauté métisse avant la mainmise de l'État moderne sur le territoire qui correspond à l'occupation progressive du territoire par une immigration venue de la vallée du Saint-Laurent et à la mise en place des institutions autour de 1850.

La communauté métisse historique face à un dilemme

Fidèle à l'historiographie saguenéenne, Russel-A. Bouchard considère la fin du monopole de la Baie d'Hudson en 1842 comme le véritable début de la colonisation eurocanadienne de la région du Saguenay – Lac-Saint-Jean. La mise en place progressive des institutions de l'État moderne correspond à la mainmise devenue effective sur l'ancien territoire du Domaine du Roi autour de 1850.

Cette première forme visible se manifeste par l'arpentage primitif des cantons sur le territoire. Le 10 mai 1843, un premier mandat est donné à Jules Tremblay afin d'aller arpenter le canton Tadoussac qui sera finalement proclamé en 1855. Le 18 juin 1845, on assiste à la proclamation du canton Chicoutimi. (R-A Bouchard, pièce I-8, 68-69) Le processus s'étend par la suite autour de Chicoutimi et au Lac St-Jean entre 1850 et 1860. É. Rivard, pièce I-35, p. 71

Ce sera ensuite l'instauration du régime municipal et celui de la justice pour contrer le régime des fiers-à-bras de Peter McLeod Jr (R-A Bouchard, pièce I-8, 74) Les premiers cas impliquent Jean Dechêne c. Jean Marié et Peter McLeod jr c.

C

C

C

Jean-Baptiste Toubouthot pour assaut et blessures. Ce sera encore McLeod, raconte Philius Lavoie, qui quelques mois plus tôt se rendra avec ses hommes de mains à St-Fulgence pour tenter d'y déloger Michel Simard qui veut entreprendre de cultiver la terre à cet endroit. (Rapport E. Michaux, I-36, note 41) (ONGLET 1)

Dans son ouvrage « *L'histoire du Saguenay, depuis l'origine jusqu'à 1870* » publié en 1938, (Pièce I-52) l'historien Victor Tremblay mentionnera que :

– « *La population du Saguenay connut à l'origine le régime des fiers-à-bras. Ce régime n'apparaît pas avoir sévi dans les premiers chantiers et les établissements des Vingt-et-Un, où se trouvaient les même gens que la vie paroissiale avait disciplinés et habitués à vivre ensemble. Il s'introduit avec les équipes de McLeod et l'immigration un peu cosmopolite occasionnée par les grands chantiers.* » (I-52, p. 281)

Selon Victor Tremblay ces fiers-à-bras étaient d'anciens garde-côtes de la compagnie de la Baie-d'Hudson qui faisant régner l'ordre et gardait le pays avant la colonisation. Il y avait en autres Michel Tremblay (gros-Micho), Jean Deschênes et Peter McLeod lui-même, (I-52, p. 281) tous conjoints d'indiennes.

Le « *Rapport spécial sur le Saguenay* » dressé en 1850 par Jacques Crémazie (Pièce I-56) fait mention des nombreuses difficultés qu'ont les colons pour s'établir. Absence de chemin, présence de voisins querelleurs et incommodes qui les dépossèdent, sujets aux réclamations malhonnêtes, absence de lois qui les protègent, exercice de la loi du plus fort. (I-56, p. 28)

C'est à cette époque que la loi du pays sera donc subrogée par la loi de l'occupant.

Face à cette occupation du territoire, un choix difficile se pose pour la population métisse du secteur :

« Refoulées à l'intérieur du territoire par l'urbanisation rapide de cette inéluctable marche du peuplement, la communauté indienne dans son ensemble et une partie de la communauté métisse trouvèrent leur salut au Lac-Saint-Jean, dans une réserve créée à cet effet par l'État canadien (en 1853, aux embouchures des rivières Métabetchouan et Péribonka, réserve qui transportée en 1856 à la Pointe-Bleue); et l'autre portion de la communauté métisse, ayant des racines plus profondément ancrées dans ce périmètre en voie d'urbanisation, ayant des goûts, des aptitudes, et des industries bien à elles (dont le commerce et l'exploitation forestière), n'eurent d'autres choix que d'accepter l'envahisseur qui se déploya sur ses terres, à partir du giron de l'ancien poste de traite de Chicoutimi, un peu comme l'onde de choc d'une pierre lancée dans l'eau d'un marais. » (R-A Bouchard, pièce I-8, 70-71)

Sur la Côte-Nord, la réserve de Bersimis (aujourd'hui Pessamit) fut créée en 1862 et celle des Escoumins (aujourd'hui Essipit) fut créée plus tard en 1892.

C

C

C

Étienne Rivard confirme l'arrivée de changements sociaux qui n'ont toutefois pas fait disparaître les Métis du territoire :

« Bref, en dépit de l'effacement graduel des géographies métisses suggéré par la cartographie officielle sous le Régime anglais – et à plus forte raison avec la production des plans d'arpentage, « sceau géographique » devant marquer l'appropriation gouvernementale et non autochtone de l'espace –, l'élément métis, dans les faits, loin de s'effacer, profite des changements sociaux, économiques et culturels que portent les fronts pionniers dans leur avancée. Bien qu'il ne soit pas l'unique composante de la société qui prend forme sous l'égide de ces profonds changements (Bouchard, 2005, p. 59), le fait métis s'affirme tout de même comme une réalité organisée. Fruit des liens sociaux et géographiques anciens émanant de la traite des fourrures, les réalités métisses s'imposent comme un élément structurel de cette géographie émergente, intégrant même au passage des composants « nouveaux » venus de la région de Charlevoix. La capacité d'adaptation montrée par la communauté métisse et sa réponse collective, organisée et volontaire, pour assurer le maintien de sa présence sur le territoire viennent en fait suggérer plus fortement encore son existence que ne le permettaient les sources documentaires jusque-là disponibles... (Rapport É. Rivard, pièce I-35, 70-71)

...À l'aube du mouvement pionnier, la présence métisse est manifeste partout dans la région saguenéenne et jeannoise. Prenant appui sur l'héritage des fourrures, les familles unies sous le signe de l'interethnicité s'inscrivent dans quelques lieux bien déterminés, depuis longtemps piliers de la géographie de la traite des fourrures, formant ainsi de petits noyaux de peuplement. Le canton de Roberval, visité en 1857 par l'arpenteur Wallace en offre un bel exemple (Figure 6-13). On y retrouve sur les lots 36 et 37 du premier rang, le clan Verrault-Robertson. Marié à Véronique Verrault, James Robertson se trouve ainsi à être le gendre de Prisque Verrault. Les deux sont d'anciens employés de la traite des fourrures, le premier y ayant travaillé une dizaine d'années alors que le second y passa presque que le double ; ils sont tous les deux au poste de l'Ashuapmouchuan en 1840 dernière année d'activité de Prisque. On retrouve aussi, sur le lot 24 du même rang, Joseph Hutchenbuck. Celui-ci, accompagné de son épouse Marie, a déjà voisiné la famille de Prisque Verrault dans le canton de Métabetchouan où ils se trouvent selon le recensement de 1851; ils ont travaillé ensemble pour la traite des fourrures dans les années 1840 alors que le premier était subordonné au deuxième au poste de l'Ashuapmouchuan entre 1841 et 1844 (Archives of Manitoba, Hudson's Bay Company). Enfin, le canton abrite également Jacob Duchesne, homme libre et informateur privilégié de Nixon dans la région de Métabetchouan (Nixon, 1829, p. 72). Duchesne installe ses fils, Simon et Joseph, dans le lot 22 du premier rang du canton de Roberval où ils sont enregistrés, en 1857, comme squatters par Wallace (Vien, 2002, p. 23). » (Rapport É. Rivard, pièce I-35, 71-72)

Aussi, rappelons-nous que lors de son témoignage, Paul Charest, anthropologue et expert des Innus, a confirmé que les Métis n'étaient pas tous entrés dans les réserves indiennes.

Dans un article paru dans la revue « Recherches amérindiennes au Québec » Me Geneviève Motard, professeure à la faculté de droit de l'Université Laval, a

C

3

C

C

passé en revue la jurisprudence autochtone en cette matière et conclu que « pour rencontrer la condition de l'effectivité de la mainmise, le nœud gordien restera l'intensité de la possession » du territoire en cause par l'État. Les tribunaux ont retenu différents critères pour l'identifier soit, l'imposition d'actes d'autorité publique démontrant l'intention et la capacité de contrôler le territoire, (politique favorisant la colonisation, installation d'institutions gouvernementales) la survenance de changements démographiques (arrivée de colons, déplacement de la population autochtone) et l'arrivée de changements économiques et culturels sur la région en question. (passage d'une économie basée sur la traite des fourrures à une économie agricole, forestière)

(« Les droits ancestraux des Métis et la mainmise effective des Européens sur le territoire québécois » (2007) 37 Recherches amérindiennes au Québec p. 89-95) (ONGLET 7)

La mainmise vue par l'historien Michel Lavoie

Afin de couper au plus court, l'expert du Procureur général du Québec Michel Lavoie tente de fixer la mainmise lors de la création de la traite de Tadoussac, soit vers 1652, affirmant que le Domaine du Roi-Mingan est une seigneurie d'exploitation dont le Seigneur est le Roi de France, lui-même, et dont les Vassaux ou les Serfs sont les Indiens soumis et asservis. Il renommera donc le Domaine du Roi, le « **Domaine seigneurial du Roi** ». Évidemment, en tentant de faire remonter la mainmise de l'État aux environs de 1652, il est très facile d'affirmer qu'aucune communauté métisse n'a pu voir le jour antérieurement à cette date puisque l'on sait que les communautés métisses se sont développées au Canada grâce à la traite des fourrures.

En 2010 Monsieur Lavoie a publié chez l'éditeur Septentrion cette théorie de la mainmise soulevée dans son rapport 2.1 (pièce PC-18) sous le titre « *Le Domaine du roi, 1652 – 1859 : Souveraineté, contrôle, mainmise, propriété, possession, exploitation* ». La surprise étant de taille dans le milieu, l'historien Sigfrid Tremblay n'a pu se retenir pour y répondre. L'auteur qualifiera la théorie d'autosuffisante, de non documentée et injustifiée sur le plan historique. (Recherches amérindiennes au Québec, (2010) Vol. 40 No 1-2 p. 168-170) (ONGLET 2)

À la page 170, l'historien Tremblay affirme :

« À la lecture de l'ouvrage, on ne parvient pas à s'émanciper de l'impression d'une grossière exagération d'aspects favorables à la défense du gouvernement du Québec dans ses litiges territoriaux qui l'oppose au Métis et aux Innus du Québec... »

Il s'avère fort difficile de faire abstraction du contexte de production de cette étude pour expliquer la thèse bipolarisée qu'on y défend à tout prix.

Dans ce cas, l'argumentation est transfigurée en plaidoirie qui réduit la manifestation historique à une interprétation juridique prédéterminée. Il en résulte un ouvrage immature... »

C

C

C

L'expert des intimés, l'historien Jacques Lacoursière, qui endosse entièrement la réponse de son collègue Tremblay, qualifiera cette théorie d'erreur et de trouvaille propre à Monsieur Lavoie.

« Lavoie considère que le Domaine du Roy est une seigneurie, ce qui est une erreur. Le but premier d'une seigneurie, c'est le peuplement. Les Arrêts de Marly, en 1711, sont clairs à ce sujet; les seigneurs qui n'ont pas rempli leur tâche de peupler le territoire qui leur avait été concédé se voient enlever leur seigneurie. (p. 4) Le Domaine du Roy deviendrait une seigneurie d'exploitation, une trouvaille qui est propre à cet historien. » (Rapport J. Lacoursière, pièce I-37, partie 2, p. 11)

La disparition administrative des Métis

L'apport le plus original de l'historienne Russel-A. Bouchard constitue sans aucun doute son analyse d'une dimension souvent oubliée de la mainmise de l'État soit celui de la disparition administrative des Métis. D'une réalité tangible, la communauté métisse historique du Domaine du Roi et de la Seigneurie de Mingan disparaît particulièrement entre 1850 et 1851. Ce processus « en trois étapes » consiste :

« dans un premier temps, en dénaturant la signification des mots porteurs de sens, dont le terme "sauvage" qui, jusqu'alors pour le Bas-Canada, inclut tacitement les Métis et les Indiens; dans un deuxième temps, en dépouillant de leur statut les femmes "sauvages" mariés à des blancs; et, dans un troisième temps, en faussant tout simplement les données de recensement (...) en épingleant mensongèrement le titre de "sauvage pur sang" (sic) sur le front de ceux qu'il ne peut éliminer dans le premier exercice de fauchage des titres autochtones (...) ». (R-A Bouchard, pièce I-15,46)

Selon Bouchard, la *Loi des Indiens* du Bas-Canada de 1850, contrairement au Haut-Canada, utilise le terme « sauvage » à la fois pour désigner les Métis et les Indiens. Toutefois, la nouvelle loi de 1851 fait disparaître cet élément. De même, les femmes mariées avec des non-Indiens perdent leurs droits à titre de Sauvages. Seuls les « sauvages purs sangs » gardent leurs droits. Finalement, les opérations des recensements font le dernier travail. Ainsi, en 1861, on assiste à une disparition complète de la réalité métisse dans l'ancien Domaine du Roi et dans tout l'Est du Canada. (R-A Bouchard, pièce I-15, 53)

POINT B : COMMUNAUTÉ MÉTISSE CONTEMPORAINE TITULAIRE DES DROITS REVENDIQUÉS

Critère B-1 : Un certain degré de continuité et de stabilité jusqu'à aujourd'hui

« Nous reconnaissons que, souvent, des groupes de Métis sont sans structures politiques et que leurs membres ne s'identifient pas constamment

C

C

C

comme Métis. Toutefois, pour étayer la revendication de droits ancestraux se rattachant à un lieu précis, il faut établir l'existence d'une communauté métisse identifiable, caractérisée par un certain degré de continuité et de stabilité. » (R. c. Powley, para. 23)

« Nous concluons que la preuve appuie la constatation du juge du procès selon laquelle l'absence de visibilité de la communauté a été expliquée et ne fait pas obstacle à l'existence de la communauté actuelle. Il n'y a jamais eu de rupture dans la continuité; la communauté métisse s'est, si l'on peut dire, faite discrète, mais elle a néanmoins continué d'exister. Qui plus est, comme on l'indique plus loin, la condition de « continuité » s'attache au maintien des pratiques des membres de la communauté, plutôt qu'à la communauté elle-même de façon plus générale. » (R. c. Powley, para. 27)

Entre la communauté métisse historique et la contemporaine il doit exister « un certain degré de continuité et de stabilité jusqu'à aujourd'hui ». Ce critère vise évidemment la communauté dans son ensemble mais surtout la continuité de la pratique du droit revendiqué qui, dans le cas de la cause Corneau, est celui de « chasser pour se nourrir » et de « maintenir des camps pour assurer cette pratique ». Russel-A. Bouchard analyse de plus près le cas des Terres-Rompues, plus particulièrement après l'arrivée de Peter McLeod, vers 1842, jusqu'à l'époque contemporaine. Ne pouvant faire l'étude des nombreux villages de la région, elle dira qu'il s'agit d'un microcosme ou un cas d'espèce lui permettant de mesurer cette continuité et cette stabilité. Les Terres-Rompues semble être l'endroit tout indiqué pour cette recherche, le lieu étant habité au moins depuis 1775 par François Verreault, selon le journal de Neil McLaren (pièce I-6). ((R-A. Bouchard, pièce I-7, 12)

Le cas de Terres-Rompues

Comme nous l'avons mentionné dans la section précédente, les membres de la communauté métisse historique du Domaine du Roi et de la Seigneurie de Mingan, celle formée avant la mainmise de l'État moderne autour de 1850, suit deux routes distinctes : celle des réserves comme Métabetchouan, Bersimis ou des Escoumins et celle d'une intégration progressive dans la société euro-canadienne. Comment ce processus s'est-il réalisé dans ce deuxième cas sans faire disparaître sa culture et ses pratiques distinctives? Russel-A. Bouchard répond à cette question par l'étude plus spécifique de trois familles des Terres-Rompues, un secteur clé de l'histoire métisse :

« Alex Gagnon, Joseph Tremblay-Kessy et John Murdock, voilà donc, en ce qui nous concerne en propre, trois familles métisses montagnaises tirées des oubliettes de l'histoire nationale. Trois familles-souches du Haut Saguenay, unies par la mémoire, l'histoire et la culture, trois familles associées à l'épopée des fourrures plus ou moins lointaine dans les Postes du Roi, trois familles qui ont uni leur destinée dans l'exploitation forestière après l'ouverture du Saguenay, en 1842, et qui ont transité par les Terres-Rompues via Chicoutimi et Sainte-Anne ». (R-A. Bouchard, pièce I-7, 86)

C

C

C

Une place dans l'industrie forestière

D'une participation active dans le réseau des postes de traite, particulièrement celui de Chicoutimi, ces familles métisses de la communauté métisse historique, autour desquelles viennent se greffer de nouveaux éléments, prend progressivement une place importante dans l'industrie forestière :

« Nous avons là, effectivement, un noyau entrepreneurial formé autour d'un même terreau ethnoculturel transitant par les Terres-Rompues. Entendons plus précisément une association de cinq clans Métis qui, par le fait même d'histoire et des descendances ethnoculturelles, bâtit un partenariat d'affaires et développe un esprit communautaire tout à fait authentique. À la manière du pays, ces gens réussissent à construire le plus solide réseau d'entrepreneurs forestiers (des grands jobbers) autochtones de la période 1890-1920 et finissent par compter parmi les plus riches familles d'affaires du Saguenay après le Price, Scott et Beemer. » (R-A. Bouchard, pièce I-7, 87)

Tout ce groupe comprend « cinq feux qui vont donner exactement 50 enfants, dont 32 vont s'unir à d'autres destinés pour fortifier à leur manière, en mettant en commun leurs traits culturels, leurs travers et leurs forces, le caractère de ce Peuple Métis encore en gestation. » (R-A. Bouchard, pièce I-7, 89)

Ces cinq (5) familles proviennent du territoire des Postes du Roi, elles sont métisses, elles connaissent le pays et elles forment un noyau communautaire d'affaires axées sur la forêt. Les membres de ces familles sont les descendants des « Sauvagesse », nées dans les Postes du Roi avant 1842, Marie-Magdeleine, Madeleine Fontaine, Marguerite Matshiishkuesh, Adélaïde Matchiragan, Geneviève Gagnon dite Javotte (fille de Cécile Kaorate) et forment le noyau initiale d'un simple cas d'espèce. (R-A. Bouchard, pièce I-7, 89)

Elles traitent avec quelques familles de Sauvages qui vivent au lac Clair, à St-Fulgence, aux Terres-Rompues et à Ste-Anne.

Pour la plupart, ils viennent de Charlevoix, le segment Laurentien de l'ancien Domaine du Roi, lequel avec le Saguenay et la Côte-Nord formaient un seul et même territoire, un pays dans la colonie avant la conquête anglaise. (R-A. Bouchard, pièce I-7, 91)

En effet, lors de son témoignage, l'ethno-historien Serge Gauthier a mentionné qu'on ne peut pas faire l'histoire du Saguenay-Lac St-Jean sans y joindre celle de la région de Charlevoix.

Les Charlevoisiens qui ont participé au mouvement de colonisation ont rencontré dans le triangle Chicoutimi – Terres-Rompues – Ste-Anne, la parenté déjà en place soit les Verreault, McLeod, Guimond, St-Onge, Villeneuve, Maltais, Murdock, Tremblay, Deschênes et Ross, et ils se sont mariés entre eux. (R-A. Bouchard, pièce I-7, 94-95)

L'anthropologue Emmanuel Michaux est entièrement d'accord avec la vision de Bouchard relativement aux Terres-Rompues :

C

C

C

« La colonisation a eu un impact direct sur la communauté métisse. Cette obligation d'adaptation socioculturelle a été vécue par exemple par les « Métis » des Terres-Rompues. L'histoire de ce village de « Métis » représente un exemple de cette continuité historique. François Verreault, marié à une indienne, y est présent dès 1775, c'est-à-dire avant la mainmise européenne sur le territoire. Par la suite, Peter McLeod père s'y installe en permanence. Comme d'autres villages métis du Saguenay, le village des Terres-Rompues fut fondé par les descendants des gens libres, dans le sillon des anciens postes de traite du Domaine du Roy (Bouchard 2007 (I-15) : 56). Bouchard identifie cinq clans vivant aux Terres-Rompues qui formeront une communauté ethnoculturelle distincte et dont la formation précède la période de la mainmise eurocanadienne sur le territoire... (Bouchard 2008 (I-7) : 12-13, 52 et 90). » (Rapport E. Michaux, pièce I-36, 126)

Clan A) Formation du clan métis Alexandre Gagnon et Louise Tremblay-McLeod

Alexandre est entrepreneur forestier et métis par son mariage avec Louise Tremblay qui est la petite fille de Peter McLeod Sr. et de Marie-Magdeleine, Deux des enfants du couple, par leur mariage, ajouteront de nouvelles souches indiennes à leurs descendants, soit celles de Michel Tremblay et Christine St-Onge, ainsi que John Murdock et Magdeleine Fontaine. (R-A. Bouchard, pièce I-7, 29)

Clan B) Formation du clan métis John Murdock et Blanche Gagnon

Blanche est la fille d'Alexandre Gagnon et de Louise Tremblay (McLeod). John est aussi un Métis fils d'Alexandre Murdock III et de Josephite Tremblay-Cornet. Né à Shipshaw, sans scolarité et après quelques emplois en forêt, il est devenu un entrepreneur forestier et un entrepreneur en construction d'envergure. Ses ancêtres ont été commis à différents postes de traite (Mingan, Métabetchouan et à la maison Price de Chicoutimi) (R-A. Bouchard, pièce I-7, 38-39)

Trois des enfants du couple Alex Murdock et Josephite Tremblay, par leur mariage, ajouteront de nouvelles souches indiennes à leurs descendants, soit celles de Michel Tremblay et Christine St-Onge, Geneviève Gagnon (Javotte), Hugh Blackburn et Marie-Magdeleine et Peter McLeod Sr. (R-A. Bouchard, pièce I-7, 42-44)

Le métissage ethnoculturel se produit entre Canadien français, Écossais et Indiens pour des raisons d'affaires depuis le 18^e siècle. (R-A. Bouchard, pièce I-7, 48)

Clan C) Formation du clan métis Alexis Tremblay et Marie Tremblay-St-Onge

La formation du clan Tremblay-Kessy remonte en juillet 1840 avec l'union de Michel Tremblay (Gros-Micho) et Christine St-Onge, fille de Jérôme et de Marguerite Matshiishkuesh.

C

C

C

Leur fille Marie épousa, en septembre 1854, Alexis Tremblay-Kessy lesquels eurent 12 enfants qui vont se lier aux branches autochtones McKenzie, McLeod et Blackburn. (R-A. Bouchard, pièce I-7, 53)

Marie est née en 1838 et fut baptisée dans les Postes du Roi.

Vers 1860, Alexis déménage aux Terres-Rompues, ouvre un magasin général et prend des « jobbes de bois » pour la maison Price. En 1879 il déménage son négoce à Ste-Anne. (R-A. Bouchard, pièce I-7, 54)

Clan D) Formation du clan métis Joseph Tremblay-Kessy et Marie-Louise Desbiens

C'est le plus prospère des fils d'Alexis Tremblay. Actionnaire de la Compagnie Massicote et Tremblay (gros et détail). En affaires, il s'associe en 1917 avec son cousin Alex Gagnon (Clan A). Il obtiendra des contrats de billots les plus importants pour l'époque. (R-A. Bouchard, pièce I-7, 67)

Marie-Louise est une descendante de Cécile Kaorate et de l'agent des Indiens Georges Skeene. (R-A. Bouchard, pièce I-7, 69)



Note : Les récits cités aux pages 70, 71 et 72 de la pièce I-7 démontrent qu'à l'époque on faisait la différence entre Métis et Sauvage.

Clan E) Formation du clan métis Jimmy Tremblay-Kessy et Kate Maltais-McKenzie

Jimmy est un descendant de Jérôme et de Marguerite Matshiishkuesh et Kate Maltais est une descendante de James McKenzie et d'Adélaïde Matchiragan. Jimmy possédait un patrimoine foncier et agricole assez important aux Terres-Rompues. Il œuvra comme entrepreneur forestier avec son frère Joseph. (R-A. Bouchard, pièce I-7, 80)

Le couple a eu 9 enfants. Leur fils James maria Alphéda McLeod (clans McLeod et Blackburn). (R-A. Bouchard, pièce I-7, 80)

Une communauté métisse qui maintient des traits culturels

Une communauté métisse s'est donc maintenue et même développée aux Terres-Rompues aux 19^e et 20^e siècles grâce à cette présence continue avec le cadre forestier, celui qui a formé sa culture et ses pratiques culturelles distinctives :

« Ces unions métisses ont permis de mettre en commun les connaissances des uns et des autres, les aptitudes à se déplacer à leur gré dans ces forêts impitoyables et de vivre à la mode du pays qu'ils ont redéfinie à leur façon. Par conséquent, ils ont tous un contact inné avec la forêt. Ils sont habitués à la solitude des bois, ont l'esprit du « voyageur », savent construire un camp de bois rond et en pièces équarries, quand ce n'est pas un canot. Ils sont chasseurs, pêcheurs et cueilleurs. » (R-A. Bouchard, pièce I-7, 90)

C

C

C

Des Métis observés par des visiteurs

Nous avons déposé en preuve différents articles écrits par des observateurs étrangers qui ont su reconnaître à la fin du 19^e siècle trois (3) groupes culturels présents dans le Domaine du Roi-Mingan, les Euro-canadiens, les Indiens et les Métis.

Charles H. Farnham publie dans le périodique « Harper's New Montley Magazine », en août 1883 un texte intitulé « *The Canadian Habitant* ». Il s'agit d'une description de la vie quotidienne des résidents de la localité de Baie-Saint-Paul (Charlevoix) au tournant de la décennie 1880. Le texte comprend deux extraits relatifs à la présence métisse dans la région. Tout d'abord Farnham parle d'un groupe bien identifiable et dont l'importance est significative :

« There also was the Canadian with Indian blood, he is by no means a feeble element in the population, in either numbers or influence. »

[Traduction : Il y avait aussi les Canadiens ayant du sang indien qui ne sont pas un élément rare dans la population, tant en nombre qu'en influence.]

Puis il identifie le groupe half-breeds (métis) de manière précise et relève l'expression française « petits brûlés » identifiant ce même groupe :

« The most characteristic specimens are called « petits brûlés » like burned stumps black, gnarly, and angular. But now and then you meet large, fine-looking half-breeds, with a swarthy complexion warmed with a Saxon blood. »

[Traduction : Les individus les plus caractéristiques sont appelés "petits brûlés" en référence à des souches brûlées noires, noueuses et anguleuses. Mais de temps en temps vous rencontrez de grands, beaux métis, avec un teint basané réchauffé avec un sang Saxon.]

Il faut donc retenir de ces extraits que la communauté métisse est identifiée par cet observateur et de manière distincte de celle des Eurocanadiens et des Indiens. Il est à remarquer que Farnham parle d'un groupe significatif et plus encore facilement identifiable.

Notre observation nous amène à considérer d'autres textes de langue anglaise antérieurs ou subséquents à celui de Farnham qui retiennent la même observation ou la même occurrence « half-breeds ». Nous voulons ainsi signaler les textes suivants. (Pièce I-53)

Aussi, en 1890 dans « *Bulletin of the Torrey Botanical Club* » de New York, John I. Northrop et Alice B. Northrop ont publié un article décrivant Tadoussac et certains de ses habitants en distinguant les Métis.

« The little village of Tadoussac is beautifully situated at the junction of the Saguenay and the St. Lawrence. The latter river here forms quite a deep bay,

C

C

C

on the curving shores of which stands the main part of the village, while on the jutting rocky point that separates the bay from the mouth of the Saguenay, are the picturesque cottages of the French fishermen and (half-breeds.)

[Traduction : Le petit village de Tadoussac est admirablement situé à la jonction du Saguenay et du Saint-Laurent. Ce dernier forme ici une baie profonde, sur les rivages courbes où se situe la partie principale du village, tandis que la pointe rocheuse sépare la baie de la bouche du Saguenay, où se trouvent des maisons pittoresques appartenant à des pêcheurs français et à des Métis.] (Pièce I-54)

En 1931 dans un ouvrage intitulé « *L'Est du Canada français, province de Québec* », Raoul Blanchard écrit au sujet des habitants du Saguenay-Lac St-Jean :

« En tout 738 Sauvages et métis, catholiques, sans compter une dizaine de familles de Mistassiniens protestants qui viennent passer trois semaines sous la tente pour recevoir la bonne parole d'un pasteur.

Il y a aussi des Blancs qui vivent du produit de la chasse; mais ceux qui en font leur exclusive occupation sont rares. J'en ai dénombré une dizaine à Saint-Cœur, qui vont à plus de 185 milles (300 kilomètres) dans l'intérieur, d'août à juin, avec une visite chez eux en janvier, et qui ont gagné jusqu'à 7,000 dollars l'un, une fortune; 4 à 5 à Saint-Fulgence, qui sont d'ailleurs en partie des métis de Montagnais; 2 à Normandin; 2 à Taillon; ceux-là sont complètement en dehors de la culture. Le plus communément, les chasseurs sont des paysans ou des journaliers qui l'été cultivent pour leur compte ou s'emploient à gages, souvent comme gardes-chasse et guides pour les clubs américains de chasse et pêche. La plupart des paroisses du Nord en ont : Girardville, Mistassini, Jeanne-d'Arc, Péribonca, Saint-Jean l'Évangéliste, Saint-Honoré, ou au Sud Saint-Félicien, Saint-Jérôme, Hébertville, Lac Bouchette, Anse Saint-Jean, Grande Baie. Leurs expéditions sont courtes, quelques semaines, mais se répètent plusieurs fois par hiver. Dans ce cas, qui est le plus fréquent, la chasse est une occupation accessoire, mais qui peut tenir une grande place : à Saint-Félix d'Otis, tous les gens qui ne vont pas aux chantiers partent traquer les animaux à fourrure ou chasser l'original¹⁶⁵. » (J.-P Warren (5.7), PC-32, note 155, p. 133-134)

Clermont Maltais est venu témoigner de la présence de Métis à St-Fulgence dans les années 1940-1950 et affirme que son oncle, Ulysse Maltais, le frère de son grand-père, était intermédiaire dans le commerce des fourrures. Il approvisionnait les chasseurs Indiens et Métis en utilisant des traîneaux à chiens sur les monts Valin. Ulysse logeait et achetait les fourrures de ces chasseurs. Parmi ses voisins, il y avait les Métis Julie Bacon et son mari qui vivaient dans un campe 12x12 avec leurs enfants. Plusieurs Métis vivaient à cette époque dans le rang St-Louis à St-Fulgence. Clermont Maltais qui s'identifie Métis depuis de nombreuses années, a commencé lui-même à trapper et vendre ses peaux de fourrures dès l'âge de 17 ans. Il trappait et vendait 500 lièvres par semaine. Il a été pilote de brousse de nombreuses années et il a parcouru tout le Domaine du Roy.

C

C

C

À cette époque le curé Georges Gagnon de St-Fulgence s'était plaint à un dénommé Monsieur Tessier, agent des « Sauvages », de la présence de ces derniers dans le rang Ste-Marie et que les « Canadiens » exploitaient. (**Pièce I-44**) L'ethno-historien, Serge Gauthier, s'est penché sur ce cas et en a discuté avec le témoin Clermont Maltais. Voici sa réflexion relative à la lettre du curé Gagnon dont parle Michel Lavoie :

« L'extrait relatif à l'agent Tessier qui parle de « six familles de sauvages (qui) passent l'été à cet endroit (Saint-Fulgence) et viennent y passer quelques jours dans le temps des fêtes » (Michel Lavoie (3.7) pièce PC-24 p. 306, note 844 ou I-44) (ONGLET 3) pourrait démontrer l'existence d'une communauté métisse dans le Domaine du roi dont les traditions et les habitudes, biens identifiables, se sont maintenues avec une certaine stabilité de la mainmise de l'État sur le territoire, autour de 1850, jusqu'en 1921. Le caractère vu comme « gênant » de ces familles est plus attribuable à une méconnaissance et à un jugement de valeur et pourrait faire l'objet de considérations différentes selon un autre regard. Michel Lavoie manque à sa responsabilité de chercheur en ne creusant pas davantage cette possible existence d'une communauté métisse et en n'analysant pas la lettre du curé Gagnon de Saint-Fulgence qui est à l'origine de l'enquête et celle de l'agent Tessier.

Un membre de la CMDRSM, Clermont Maltais, connaît très bien le rang Saint-Louis de Saint-Fulgence et ses habitants du début des années 1900. Ulysse Maltais, nommé dans la lettre (note 845) par l'Agent Tessier, est le frère de son grand-père. C'est un Métis (nommé Canadien par le curé Gagnon) qui était un intermédiaire dans le commerce des fourrures avec lesdits Sauvages. Il leur livrait des provisions dans le secteur du mont Valin et aidait à les héberger pendant l'été. C'est aussi le frère de la grand-mère de Jacinthe Ratté, un autre membre de la CMDRSM. Ces Maltais en question sont descendants de la famille souche de Christine Kishara-Lavallrie apparaissant dans la Nomenclature des Métis du Domaine du Roy – Mingan d'Alexandre Alemann.

Henri Tremblay est aussi connu de Clermont Maltais et il apparaît également dans la Nomenclature d'Alemann. Il contribuait lui aussi à héberger les Sauvages. Clermont Maltais connaît également ledit M. Harvey cité par l'agent Tessier et il affirme qu'il est Métis. Toujours selon le même témoin, les Sauvages du rang Saint-Louis, entre autres les Bacon et les Tomashish, sont aussi des familles métisses. Elles apparaissent dans la Nomenclature. Paul Bacon restait encore dans le rang Saint-Louis dans les années 1960, chez la métisse Rose-Anna Tremblay.

Aveuglé par son mandat, Michel Lavoie a complètement échappé le Clan Métis de Saint-Fulgence soit les Canadiens qui selon le curé Gagnon exploitaient les Sauvages et leur chargeaient le gros prix pour leurs promenades et leurs voyages. » (Rapport Serge Gauthier, pièce I-37, partie 1, p. 43-44)

La Communauté Métisse actuelle (CMDRSM)

« Étant donné que les communautés métisses continuent de s'organiser plus formellement et de revendiquer leurs droits constitutionnels, il est essentiel que les conditions d'appartenance aux communautés deviennent plus uniformes, de façon à permettre l'identification des titulaires de droits. » (R. c. Powley, para. 29)

C

C

C

Comme cela fut démontré devant la Cour, avant l'arrêt Powley de 2003, plusieurs intimés ont rejoint diverses organisations à caractère autochtone pour tenter d'obtenir la reconnaissance de leurs droits : l'Alliance Autochtone du Québec (créée en 1972), la Communauté métisse de l'Est du Canada, l'Association des Métis et des Indiens sans statut du Saguenay-Lac-St-Jean, la Corporation métisse du Québec. Suite au jugement Powley qui précisait la signification de « *Métis du Canada* » de l'article 35 et confirmait l'existence possible de communautés métisses dans l'Est du pays, plusieurs membres ont décidé de s'organiser politiquement pour assurer la défense de leurs droits culturels.

Selon les témoignages de Jean-René Tremblay et René Tremblay, l'organisation corporative de la CMDRSM s'amorce dès 2004 et la première action du comité organisateur est de susciter des recherches historiques et généalogiques entreprises par Russel-A. Bouchard et Alexandre Alemann. La CMDRSM obtient une charte fédérale en 2005 et vote des règlements.

Comme la *Commission royale sur les Peuples autochtones*, dont le rapport fut déposé en octobre 1996, reconnaissait l'existence des Métis au Québec et le fait qu'ils aient besoin d'aide de l'État pour s'organiser politiquement, la CMDRSM a entrepris des démarches auprès des gouvernements sans obtenir de résultat. Pourtant, à l'époque, suite au jugement Powley, le gouvernement fédéral avait voté un budget de 55 millions de dollars pour rejoindre et informer les Métis de leurs droits. Sans argent de l'État, certains membres bénévoles rencontrent et informent tout de même les Métis dans des réunions tenues dans plusieurs villes et villages du Saguenay-Lac St-Jean, de Charlevoix et de la Côte-Nord.

La CMDRSM met sur pieds des clans pour rejoindre les membres, divers comités dont ceux de l'appartenance et de la culture et crée un fonds de défense;

Selon René Tremblay, le gouvernement a cependant donné mandat au Celat d'identifier des communautés métisses historiques au Saguenay- Lac St-Jean et en Abitibi mais, la CMDRSM ne veut pas participer à l'exercice car on lui a refusé la possibilité que les Métis aient des représentants comme chercheurs ou aviseurs dans le groupe pour prendre part à ce programme de réflexion et d'écriture.

La CMDRSM émet des cartes de membre, tient des assemblées générales annuelles des membres, organise des rencontres multiples et a instauré un système d'identification (pancarte) et un répertoire des camps.

Actuellement la CMDRSM regroupe plus de 5 400 membres.

C

C

C

Reconnaissance par autrui

Le 5 décembre 2005, Ville de Saguenay reconnaissait l'existence et la présence sur son territoire de la Communauté métisse du Domaine du Roi et de la Seigneurie de Mingan, geste de reconnaissance suivi en 2008 par les municipalités de Sacré-Cœur, de Forestville, de Grande-Bergeronne, de Longue-Rive et de la MRC de la Haute-Côte-Nord, en 2009 par les municipalités de St-Charles-de-Bourget, Port-Cartier, St-David-de-Falardeau, St-Honoré, Rivière-Éternité, Larouche, Godbout, Ste-Rose-du-Nord, St-Bruno, Hébertville, Ste-Thérèse de Colombier, Lamarche, St-Fulgence, St-François-de-Sales, St-Augustin, Ste-Jeanne-d'Arc, en 2010 par les municipalités de Hébertville-Station, L'Anse-St-Jean, St-Ludger-de-Milot, Longue Pointe de Mingan, Bégin, Girardville, St-Edmond-des-Plaines, Dolbeau-Mistassini, Ferland-Boileau, Rivière-au-Tonnerre, Portneuf-sur-Mer, Ste-Élisabeth-de-Proulx, Rivière St-Jean, et St-Stanislas, en tout 36 municipalités qui représentent plus de 50% de la population du Saguenay-Lac St-Jean et de la Côte-Nord. **(Pièce I-9)**

En mai 2009, à Sherbrooke, les Communautés métisses historiques, dont l'intervenante CMDRSM, ont signé un traité de reconnaissance réciproque lequel traité fut confié à la garde de *L'Union nationale métisse Saint-Joseph du Manitoba*. Une lettre signée par Gabriel Dufault, président de l'UNMSJM, souligne la fierté pour cet organisme, dont la mission principale est d'assurer la défense et le maintien de la culture des **Métis canadien-français**, de conserver ce traité. **(Pièce I-34)**

La Commission royale sur les peuples autochtones, dont le rapport fut déposé en 1996, a reconnu sans hésitation la présence des Métis au Québec.

« Collectivement, les Métis constituent au Québec une présence qu'on ne peut ignorer. La province de Québec compte actuellement 8690 personnes qui se sont déclarées métisses dans l'Enquête auprès des peuples autochtones de 1991 de Statistique Canada⁵⁸. La Commission a reçu plusieurs mémoires convaincants et éclairants au nom des Métis du Québec, certains provenant d'organisations comme l'Association des Métis et des Indiens hors réserve du Québec et la Nation Métis au Québec. Certaines personnes venues témoigner ont parlé des Métis du Québec comme de « la douzième nation autochtone distincte dans la province de Québec et [...] la cinquante-cinquième nation autochtone au Canada⁵⁹ » et, faisant valoir leur caractère distinct en tant que nation, ont souligné qu'elles ne devraient pas plus être considérées comme des Indiens vivant hors réserve que les Québécois ne devraient être considérés comme des francophones vivant à l'extérieur de France⁶⁰. Ces personnes ont souligné leur origine ancienne, le nombre de collectivités métisses au Québec et leur permanence:

C

C

C

La Commission rapporte les paroles du témoin Sylvie Plouffe, une Métisse de Montréal, entendue le 28 mai 1993 :

« ...Notre population a développé au cours des siècles ses propres communautés physiques avec une structure communautaire sociale, politique et culturelle qui nous est propre et que nous désirons préserver tout comme les autres nations autochtones. L'île du Grand-Calumet, Fort-Coulonge, Saint-Épiphanie, Otter Lake, Quyon, Mont-Laurier, Chicoutimi, Trois-Rivières, Les Escoumins en sont des exemples. » (RCRPA, chap. 5, section Le Québec)

La continuité de la pratique par les membres de la communauté

« Il n'y a jamais eu de rupture dans la continuité; la communauté métisse s'est, si l'on peut dire, faite discrète, mais elle a néanmoins continué d'exister. Qui plus est, comme on l'indique plus loin, la condition de « continuité » s'attache au maintien des pratiques des membres de la communauté, plutôt qu'à la communauté elle-même de façon plus générale. » (Nous soulignons) (R. c. Powley, para. 27)

« De plus, les critères de détermination de l'identité métisse pour l'application de l'art. 35 doivent refléter l'objet de la garantie constitutionnelle prévue par cette disposition : reconnaître et confirmer les droits que détiennent les Métis du fait qu'ils sont des descendants directs des premiers habitants du pays et du fait de la continuité entre leurs coutumes et traditions et celles de leurs ancêtres métis. » (Nous soulignons) (R. c. Powley, para. 29)

À la lecture de ces paragraphes, Emmanuel Michaux y voit l'affirmation par la Cour suprême du Canada à l'effet qu'une communauté métisse est d'abord culturelle plutôt qu'ethnique ou politique :

« Pour la Cour suprême du Canada, les communautés métisses sont avant tout des communautés culturelles, puisque « la condition de 'continuité' s'attache au maintien des pratiques des membres de la communauté, plutôt qu'à la communauté elle-même de façon plus générale » (paragraphes 27 et 41-44). » (Rapport E. Michaux, pièce I-36, 185)

Voici comment Rivard s'exprime sur la continuité de la pratique des membres de la CMDRSM :

« ... notre étude suggère deux conclusions importantes : d'une part, les activités de subsistance (chasse, trappe ou pêche) sont au cœur des noyaux familiaux qui, au moment de l'avancée des fronts pionniers, composent la communauté métisse saguenéenne ; d'autre part, au XXe siècle, les camps sont centraux à ces pratiques de subsistance et à l'expression d'une occupation ancienne et culturellement distinctive et métisse du territoire. En somme, l'usage de camps, en supposant qu'il soit relativement récent – ce qui n'est pas certain non plus si on se fie aux habitations d'un Jérôme St-Onge ou d'un Cyriac Buckell décrites dans le chapitre précédent – serait surtout la démonstration du caractère évolutif des pratiques de subsistance métisses et, le cas échéant, une manifestation évidente du lien entre les pratiques historiques et contemporaines. La fonction ouvertement communautaire de certains anciens camps ne fait que confirmer leur importance dans l'univers collectif métis. » (Rapport É. Rivard, pièce I-35, 90)

C

C

C

Nous pourrions ajouter aussi que le camp était également l'habitation de Nicolas Peltier, tant à l'Anse-à-Peltier qu'au lac Nicabeau, selon le journal de l'arpenteur J.-L. Normandin de 1733, et celle de François Verreault aux Terres-Rompues.

Lors de son témoignage, Russel-A. Bouchard fera référence justement au camp de Peltier :

« Dans Neil McLaren, et là nous sommes très loin nous sommes presque dans la limite de la sphère d'influence de Tadoussac comme poste de traite, les métis qui restent à Chicoutimi il en restait deux, trois, alors on leur donner le mandat d'aller faire la trappe dans l'Anse à Peltier où il doit y avoir un camp là. Alors ça c'est l'univers de Nicolas Peltier. Donc c'est un univers qui est resté métis particulièrement parce que vu que c'est des métis qui continuent d'aller là. » (Transcription du 11 mars 2014, p. 66, ligne 6 à 16)

Le chapitre sept (7) du rapport du géographe Rivard est consacré à la continuité dans l'occupation métisse du territoire.

« Ce dernier chapitre sert à démontrer la durabilité et la continuité de l'occupation territoriale métisse au Saguenay. Plus spécifiquement, il s'agit de mettre en évidence le caractère distinctif, dynamique et transactionnel de la territorialité des Métis en mettant l'accent sur une forme particulière d'occupation du territoire et d'appropriation (matérielle, politique et culturelle) de l'espace saguenéen : l'usage de camps en forêt. Nous utiliserons les enquêtes de terrain conduites par Jessy Baron sous la gouverne de la Chaire de recherche du Canada sur l'identité métisse de l'Université de Saint-Boniface au Manitoba à l'été 2007, lesquelles documentent en partie la pratique et l'usage ancien de camps. Ce corpus empirique sera couplé à deux autres séries d'enquêtes : celle menée en 2000 par les historiens Camil Girard et Édith Gagné, laquelle porte sur le principal intimé dans la cause qui oppose la CMDRSM et le Gouvernement du Québec au Saguenay ; celles exécutées par Jean-René Tremblay de la CMDRSM et dont nous avons assuré la supervision de sorte d'offrir un éclairage spécifique sur l'existence ancienne de camps aujourd'hui disparus et sur les modalités d'usages qu'en faisaient les Métis (20).

Globalement, ce qui ressort de ces trois séries d'enquêtes, c'est que, plus qu'une expression spécifique de la territorialité, l'usage de camps est d'abord une pratique fonctionnelle qui sert à l'expression d'autres activités territoriales centrales à la distinction métisse. Les camps métis servent d'ancrage à la pratique d'activités traditionnelles telles que la pêche, la chasse ou la trappe ; ils représentent aussi des lieux d'expression de la relation des Métis avec la forêt et des symboles de mobilisation communautaire. Les camps sont donc des balises territoriales – une manière d'arpenter le territoire et des marqueurs visuels d'une relation spécifiquement métisse avec le territoire – et des vecteurs essentiels au sentiment d'appartenance territoriale, au sens communautaire et à l'identité métisse. » (Rapport É. Rivard, pièce I-35, 79-80)

C

C

C

Analysant les réponses données lors de ces trois (3) enquêtes, Rivard tirera la conclusion suivante sur la fonction du « campe » qui se veut rudimentaire mais essentiel aux pratiques culturelles de chasse et de pêche :

« Cette facture rudimentaire se veut donc surtout fonctionnelle ; avant d'être une fin en soi, le camp métis est d'abord et avant tout un moyen. Il est une structure qui participe à une pratique beaucoup plus large du territoire, soit l'exploitation des ressources fauniques pour la subsistance, et se trouve au cœur des activités de chasse, de pêche ou de trappe. » (Rapport É. Rivard, pièce I-35, 80)

Le « campe » est en effet rudimentaire. Les photographies produites démontrent qu'il ne s'agit pas de la grande villégiature. (Pièces I-16, I-17, I-18 et I-42)

L'intimé Ghislain Corneau, interrogé à ce sujet par Jessy Baron en 2007, affirmera :

« Vous savez, j'ai toujours été attaché à la terre pis à la chasse, ça c'était, ben moi d'ailleurs depuis que je suis tout petit, je le savais que j'étais Autochtone, mes parents me l'ont dit puis j'ai commencé moi à chasser à 13 ans avec mon père, on chassait l'original l'hiver, tous les hivers on chassait pour se nourrir... quand on était petit, on avait tout le temps des camps dans le bois, on se faisait des camps pis euh on a toujours été attaché à la forêt tsé » (Rapport É. Rivard, pièce I-35, 80)

Certains camps étaient même formés en réseau d'accès au territoire de chasse comme le démontre la carte du territoire ancestral de la famille Corneau. (Pièce I-3)

« ...on avait des camps partout comme je te dis là, on avait cinq ou six, cinq camps pis là... » (Rapport É. Rivard, pièce I-35, 81)

Rivard s'interroge sur l'existence de ces réseaux :

« Dans ces cas, comment les Métis ont-ils pu mettre en place un tel réseau de camps ? Comment ont-ils pu accéder, et de manière régulière, aux sites sur lesquels ces établissements ont été érigés il y a de cela parfois près de 100 ans ? L'usage saisonnier de ces camps répond en partie à ces questions. L'hiver représente une saison importante pour les activités en forêt à l'époque. Or, les conditions hivernales favorisent grandement les déplacements. Le couvert végétal est moins dense que durant la période estivale et, couplé à l'usage de raquettes ou de traîneaux à chiens, permettait de rejoindre plus aisément les camps les plus reculés. » (Nous soulignons) (Rapport É. Rivard, pièce I-35, 84)

« Au-delà du nombre de camps anciens et de leur localisation, ce qu'on remarque surtout c'est la durabilité de ces installations. Bien que ces camps n'existent plus aujourd'hui, ils ont été des structures permanentes ayant été en usage pour plusieurs décennies, sinon pour plusieurs générations de Métis. » (Rapport É. Rivard, pièce I-35, 85)

C

C

C

Aussi, le camp est si essentiel à la pratique de la chasse, particulièrement à l'original, qu'il pourra être appelé à être déplacé sur le territoire.

« En tant que pratique marquée notamment par la chasse, l'usage de camp est forcément dynamique dans le temps comme dans l'espace, dépendant en particulier de la ressource. Il est évident que des camps seront tôt ou tard abandonnés ou déplacés pour tenir compte des variations spatio-temporelles des ressources fauniques d'une région. Plusieurs informateurs confirment cette réalité (M06_2007 ; M07_2012). D'autres facteurs, exogènes eux (exploitation forestière, défrichement progressif, pressions des villégiateurs et ainsi de suite), peuvent également entraîner des modifications dans la pratique métisse du territoire : en affectant la faune ou en favorisant l'accès à des territoires plus éloignés par la création de routes forestières par exemple. Cela dit, les facteurs exogènes ne sauraient expliquer à eux seuls l'évolution spatiale des camps métis anciens. » (Rapport É. Rivard, pièce I-35, 82)

Dans son expertise I-11, à la page 197, Russel-A. Bouchard reproduit une photographie d'un camp en bois rond qu'elle commente comme étant la « cabane du Métis ». Interrogée à ce sujet elle dira que le camp de bois rond fait partie de la culture du Métis :

Q « Oui. À la page 197, on voit qu'il y a un camp en bois rond, une photo d'un camp en bois rond, vous appelez ça la cabane du Métis. O.K. ?

R Oui.

Q Alors, vous dites que c'est la demeure du Métis, alors pourquoi vous dites que c'est la cabane du Métis ça, pouvez vous expliquer... (Transcription du 12 mars 2014, p. 102, ligne 6 à 12)

...Alors, vous voyez une cabane typique des Métis depuis des temps immémoriaux, mais ça ne veut pas dire que les Indiens ne l'ont pas, mais c'est véritablement eux qui ont créé ce style de maison-là. Ce n'est pas les Indiens qui ont créé cette cabane-là, les Indiens vivaient dans des tentes, et plus ils étaient vers le Nord, la tente prenait des formes différentes avec des éléments différents. » (Transcription du 12 mars 2014, p. 104, ligne 12 à 19)

Aussi, dans la même expertise I-11, à la page 195, Russel-A. Bouchard mentionnera que la chasse annuelle à l'original est pour les Métis une rencontre privilégiée avec leurs racines profondes, un trait culturel typique.

Les témoignages des intimés nous démontrent hors de tout doute toute l'importance qu'ont ces activités culturelles dans leur mode de vie qui leur a été transmis par leurs pères et leurs grands-pères.

Ils chassent, pêchent et cueillent (bleuets, gomme de sapin) de père en fils depuis leur tout jeune âge. Ces pratiques et leurs préparations se font à l'année longue. Ils coupent du bois de poêle, la plupart pour les besoins du camp. Ils

C

C

C

mangent et partagent les produits de leurs chasses et pêches. Les pratiques culturelles sont familiales : partage, fêtes, réunions au camp, débitage... Plusieurs d'entre eux trappent les animaux à fourrure; c'est le cas notamment des Corneau, des Lalancette, de Richard Riverin et de Martin Pelletier. Ils sont toujours dans le bois au moindre congé et leur habilité à la chasse est indéniable, ils ont tous du succès à l'original presque à chaque année.

Ils aiment photographier leurs activités culturelles (Voir les photos I-43 de la famille Corneau et des autres intimés qui ont été produites à l'audition);

On peut donc conclure que le camp (incluant les caches) est essentiel à toutes ces activités mais d'abord pour la chasse de l'original dont il constitue un atout majeur pour son succès. L'intimé, Marc Simard, a témoigné qu'il ne va pas chez lui durant la chasse à l'original mais demeure à son camp qui est situé seulement à 5 Km de sa résidence. (Transcription du 15 mars 2014, p. 146-147) Le maintien du camp pour la chasse est si important pour les intimés qu'il est entretenu à l'année longue. La fréquentation du camp est un mode de vie pour les intimés.

Les intimés partagent les mêmes connaissances : méthodes de chasse (à l'affut, fine), aménagement de salines, débitage, transport du gibier. Ils possèdent tous des biens et équipements en fonction de leurs activités : camionnette (Pick-up), VTT, motoneige, carabine, canot, scie mécanique...

La Cour suprême du Canada a reconnu que les activités essentielles à la survie des membres d'un peuple autochtone et qui faisaient partie intégrante de leur culture distinctive, qui étaient pratiquées avant les contacts avec les Européens (lire avant la mainmise pour les Métis), doivent être considérées comme des droits ancestraux protégés par la Constitution. Il s'agit de la chasse et la pêche pour se nourrir, le besoin de maintenir un abri pour se protéger des intempéries et le prélèvement de bois à des fins personnelles, pour se chauffer entre autres.

En effet, dans l'affaire ***La Reine c. Sappier, Polchies et Gray (2006) 2 R.C.S. 686, (ONGLET 8)*** la Cour soutient les motifs émis par le juge Robertson de la Cour d'appel:

« Appliquant l'arrêt Sappier et Polchies, je fais mienne la conclusion du juge du procès selon laquelle la récolte d'arbres à des fins personnelles faisait partie intégrante de la culture distinctive des Mi'kmaq. Tout comme la chasse et la pêche pour se nourrir sont essentielles à la survie, il en était de même du besoin de disposer d'un abri pour se protéger contre les éléments naturels et de combustible pour produire une chaleur suffisante. De surcroît, l'utilisation d'artefacts fabriqués à l'aide du bois pour assurer le maintien d'un mode de vie autochtone est bien documentée. Il suffit de considérer l'utilisation du canot dans les sociétés autochtones au Nouveau-Brunswick pour se convaincre de la signification et de l'importance des arbres. » (Page 722, paragraphe 67)

C

C

C

Antérieurement, dans l'affaire *La Reine c. Sundown* (1999) R.C.S. 393, (ONGLET 9) la Cour suprême du Canada avait statué que le droit de maintenir des abris aux fins de pratiques ancestrales de chasse ou de pêche pour se nourrir constitue un droit accessoire raisonnable pour l'exercice desdits droits ancestraux et qui doit être protégé.

« Comment devrait-on définir et appliquer l'expression «raisonnablement accessoire»? À mon avis, il faut répondre à la question suivante. Est-ce qu'une personne raisonnable, bien informée des méthodes de chasse ou de pêche pertinentes, jugerait l'activité en question raisonnablement liée à l'acte de chasser ou de pêcher? Le critère de la personne raisonnable peut peut-être sembler dépassé, mais je crois qu'il est à la fois utile et approprié.

La personne raisonnable doit être une personne impartiale et bien informée de la situation du titulaire des droits issus du traité. Cette personne raisonnable doit également être au fait de la manière dont la première nation concernée chassait et pêchait à l'époque de la signature du traité. Évidemment, ces méthodes doivent dans une certaine mesure être considérées sous l'éclairage du contexte moderne. Par exemple, dans le passé, porter un carquois rempli de flèches était une activité raisonnablement accessoire à l'exercice des droits de chasse, alors qu'aujourd'hui il est raisonnablement accessoire de transporter une boîte contenant des cartouches de fusil de chasse ou de carabine appropriées. La première nation de Joseph Bighead a toujours eu besoin d'utiliser des abris d'une forme ou d'une autre dans le cadre de ses expéditions de chasse. À l'époque de la signature du traité, il est possible qu'on ait utilisé des abris en appentis soigneusement construits. Naturellement, cette forme d'abri a ultérieurement fait place à la tente d'abord puis à une petite cabane. En conséquence, la personne raisonnable, informée de la manière dont la chasse était pratiquée à l'époque de la signature du traité peut l'apprécier sous l'éclairage des méthodes de chasse modernes et ainsi déterminer si l'activité en question -- l'utilisation d'un abri -- est raisonnablement accessoire à l'exercice du droit de chasse. » (Page 409, paragraphes 28 – 29)

« ... Il n'est pas contesté que la première nation de Joseph Bighead s'est traditionnellement adonnée à ce qu'on a appelé des expéditions de chasse. Tout comme les rayons d'une roue, les chasseurs partent chaque jour de cette base à la recherche de gibier. La chasse peut durer deux semaines. La base d'opérations sert de lieu où l'on peut dépecer le gibier et fumer le poisson. De plus, elle sert d'abri aux chasseurs pendant la durée de la chasse. Sans abri, les expéditions de chasse -- méthode traditionnelle employée par cette première nation -- seraient impossibles. Dans le contexte du traité en cause et de la première nation concernée, il ne fait aucun doute que l'utilisation d'une certaine forme d'abri est dans les faits un élément nécessaire des expéditions de chasse. En conséquence, l'utilisation d'un abri est également raisonnablement accessoire à cette méthode de chasse. » (Page 410, paragraphe 31)

C

C

C

Critère B-2 : Non extinction du droit ancestral revendiqué

« La doctrine de l'extinction des droits s'applique tout autant aux revendications des Métis qu'à celles des Premières Nations. Comme a conclu le juge du procès, il n'y a aucune preuve d'extinction en l'espèce. L'argument de la Couronne selon lequel il y aurait eu extinction se fonde en grande partie sur le Traité Robinson-Huron de 1850, dont les Métis, en tant que groupe, ont été explicitement exclus. » (R. c. Powley, para. 46)

C'est le seul paragraphe du jugement Powley de la Cour suprême du Canada qui réfère au critère de l'extinction d'un droit ancestral. Il nous semble à la lecture de ce paragraphe que cette preuve d'extinction est à la charge de la Couronne.

Quoiqu'il en soit, l'historienne Russel-A. Bouchard traite de cette question d'une *non extinction du droit ancestral* plus particulièrement dans son ouvrage portant sur les « textes fondateurs ». Il s'agit de dix (10) textes officiels (légaux, administratifs ou politiques) qui, sur trois (3) siècles et demi, marquent les étapes importantes dans l'ethnogenèse des Métis de la Boréale et qui ont eu des conséquences à leur égard. (R-A Bouchard, pièce I-14)

Les textes analysés par l'historienne Bouchard sont les suivants :

- 1) La Traite de Tadoussac de 1652;
- 2) Le Traité de Ryswick du 20 septembre 1697;
- 3) Le Traité d'Utrecht du 11 avril 1713;
- 4) L'Ordonnance de l'Intendant Gilles Hocquart du 23 mai 1733;
- 5) La Capitulation de Montréal du 5 septembre 1760;
- 6) La Proclamation Royale du 7 octobre 1763;
- 7) L'Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des Sauvages dans le Bas-Canada du 10 août 1850;
- 8) L'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982;
- 9) Le rapport de la Commission Royale sur les Peuples autochtones de 1995 (Volume 4, chapitre 5, Les Métis);
- 10) Le jugement La Reine c. Powley de la Cour suprême du Canada, (2003) 2 R.C.S. 207;

Selon Bouchard, le territoire du Domaine du Roi et de la Seigneurie de Mingan n'a jamais fait l'objet d'une cession par traité ou autrement par les Métis ou les Indiens montagnais. À partir de 1760 jusqu'à la fin du bail de la Compagnie de la Baie d'Hudson, les autorités britanniques ont toujours respecté les frontières du Domaine. Si bien que les droits ancestraux revendiqués par les Métis, permettant la pratique de la pêche, de la chasse et de la cueillette des petits fruits pour se nourrir et de construire un « campe » pour cette pratique n'ont jamais été éteints.

C

C

C

La Proclamation Royale de 1763

Comme les autres spécialistes, Russel-A. Bouchard convient que les revendications autochtones au Québec reposent essentiellement sur la Proclamation Royale de 1763 :

« reconnaissant les droits inaliénables des « sauvages » et en leur réservant deux catégories de terres : dont leurs terres de chasse localisées au-delà des limites de la colonie de Québec (entendons entre les Terres de Rupert et la Laurentie) et celles autorisées à l'intérieur des limites (entendons les anciennes réductions jésuites, les villages indiens, les postes de traite où se sont implantées des communautés métisses et les futures réserves). » (R-A. Bouchard, pièce I-15, 37)

Situé hors des limites de la colonie de Québec, les autochtones du Domaine du Roi (les Indiens et les Métis) possèdent donc des droits ancestraux sur ce territoire, garantis par la *Loi constitutionnelle de 1982*. Selon Russel-A. Bouchard aucun traité n'est jamais venu mettre fin ou éteindre ceux-ci dans tous les documents analysés. (Pièce I-15) La seule menace à cet égard, fut le projet en 2000 de l'Approche commune qui, si adopté, pourrait retirer les droits ancestraux sur ce territoire pour les Métis (R-A Bouchard, pièce I-15, 7) à moins de pouvoir les partager.

Instauration de lois relatives à l'occupation des terres publiques

Lors la mainmise effective de l'État moderne, les pratiques traditionnelles de la communauté métisse, particulièrement celle visant la construction des « campes » pour la chasse, la pêche et la cueillette des petits fruits pour se nourrir, se sont en quelque sorte maintenues avec une forme de « tolérance » sur les terres publiques. Au fur et à mesure que la population augmentait sur le territoire, l'État est venu réglementer l'occupation des terres publiques en imposant au fur et à mesure de nombreuses conditions pour y accéder.

Les intimés sont venus témoigner à l'effet qu'ils avaient besoin d'avoir un « campe » à l'endroit où se trouve l'original afin d'obtenir le succès escompté et que la technique du tirage au sort instaurée par le ministère ne leur était pas utile parce que l'emplacement accordé n'est pas choisi par le requérant du bail.

En effet, selon chacun les intimés, c'est la présence de gros gibiers dans un secteur forestier qui détermine la place de chasse qu'il a retenue et ce, souvent depuis plusieurs années, les territoires en cause passant de génération en génération et, le camp, doit, pour des raisons pratiques et évidentes être situé sur le même territoire.

C

C

C

L'intimé André-Anne Lavoie affirma :

R Non. Mais, regarde, d'après les démarches-là, c'est ce qu'il m'a dit à ce moment-là. Peut-être j'en aurais un, moi sais-tu, puis ça va au tirage au sort. Il y en a des tirages au sort par chez nous, mais ben souvent c'est pour des chalets, mais moi c'est pas pour ça c'est pour un camp de chasse...

Q ...Puis vous pouviez pas avoir un bail par tirage au sort, à l'endroit où vous êtes là?

R Non.

Q Au Lac Delisle, c'est impossible?

R Non, ils en donnent pas dans ce secteur-là.

(Témoignage de André-Anne Lavoie du 12 novembre 2013, p. 313, lignes 5 à 10 et p. 314, lignes 1 à 5)

Contre-interrogé à ce sujet par Me Daniel Benghozi, Clément Lalancette dira qu'il ne veut pas un bail sur un autre territoire que le sien :

Q Vous avez dit qu'on vous a offert un bail, on vous a offert de prendre un bail. Le ministère des Ressources naturelles est venu vous voir, il vous a dit que vous aviez pas d'affaire sur cet emplacement là, mais vous nous avez dit qu'ils vous avaient offert de prendre un bail. Pourquoi avez-vous refusé?

R Je vais toujours refuser parce que où ce que je suis là, c'est mon camp de chasse, je le connais, c'est mon territoire de chasse que je tue mes orignaux. Si je poigne un autre territoire, je serai pu capable d'aller à la chasse, parce que les territoires dans ce coin-là sont pris à 100 %.

(Témoignage de Clément Lalancette du 18 novembre 2013, p. 169, lignes 14 à 24)

Quand l'État a dû déloger l'intimé Martin Pelletier qui détenait un bail sur un terrain situé à l'intérieur du nouveau Parc du Saguenay à Rivière-Éternité, on lui avait proposé un autre bail. Voici son commentaire :

R Ah, moi je l'ai débâti, ils me l'ont fait débâtir. Parce que moi, le premier camp j'avais eu, c'était sur le Parc. Puis quand que le parc a rentré là, ils m'ont dit... et je payais bail là.

Q O.K. Vous aviez un bail.

C

C

C

R Ils ont dit... là, ils m'ont sorti de là. Ils ont dit: «Choisis-toi un terrain, puis t'auras un bail». Mais ils m'ont jamais donné de bail.

(Témoignage de Martin Pelletier du 12 novembre 2013, p. 166, lignes 10 à 17)

Le droit ancestral des Métis d'installer sans autorisation et de maintenir un « campe » comme accessoire essentiel à la chasse à l'original n'a pas été éteint mais fut passablement diminué depuis l'instauration des lois et des règlements de l'État.

POINT C : APPARTENANCE DU DEMANDEUR À LA COMMUNAUTÉ ACTUELLE CONCERNÉE

Critère C-1 : Auto-identification métisse

« Nous reconnaissons que, souvent, des groupes de Métis sont sans structures politiques et que leurs membres ne s'identifient pas constamment comme Métis. » (R. c. Powley, para. 23)

« Premièrement, le demandeur doit s'identifier comme membre de la communauté métisse. Cette auto-identification ne doit pas être récente : en effet, bien qu'il ne soit pas nécessaire que l'auto-identification soit constante ou monolithique, les revendications présentées tardivement, dans le but de tirer avantage d'un droit visé à l'art. 35, ne seront pas considérées conformes à la condition relative à l'auto-identification. » (R. c. Powley, para. 31)

Les interrogatoires des intimés démontrent que dans leur jeunesse, on disait dans leur famille qu'ils avaient des ancêtres indiens. On ne le disait pas en dehors de la famille car c'était mal vu à l'époque. En effet, tous ont témoigné à l'effet que la réception de leur arbre généalogique ne les a pas surpris, cela ne faisait que confirmer ce qu'ils savaient déjà.

Certains ont témoigné qu'ils s'identifient Métis au grand jour depuis leur avis d'expulsion de leur camp ou depuis l'Approche commune. (Les 4500 membres n'ont pas tous des camps et la cause Powley en 2003 a défini les critères pour être Métis selon l'article 35)

Entrer membre de la CMDRSM est l'une des meilleures formes d'auto-identification.

Ils ne se gênent plus pour dire qu'ils sont Métis dans leur milieu de travail. Ils s'en font même une fierté.

Avant l'organisation politique de la CMDRSM plusieurs ont cherché à joindre d'autres organismes autochtones comme l'Alliance Autochtone du Québec

C

C

C

(créée en 1972), la Communauté métisse de l'Est du Canada, l'Association des Métis et des Indiens sans statut du Saguenay-Lac-St-Jean, la Corporation métisse du Québec. Ils cherchaient par là une organisation existante capable de les représenter, de promouvoir et de défendre leurs droits.

L'intimé, Martin Pelletier, dans un article du journaliste Yvon Bernier, paru dans le Progrès-Dimanche en novembre 2003, est décrit comme un « coureur des bois ». Monsieur Pelletier affirme ses origines métisses ou indiennes. (PGQ c. Martin Pelletier, pièce I-17)

Le Procureur général argumentera sur la tardivité de l'auto-identification

Il faut dire que c'était mal vu à l'époque de dire que l'on avait des ancêtres Indiens.

La création de l'Alliance Autochtone du Québec en 1972, dont le but était de réunir les Métis, les Indiens hors réserve et les C-31, correspond au réveil indien de 1969. L'identification jadis familiale commence à sortir au grand jour. À ce sujet, il faut voir la critique de l'ouvrage publié par Claude Gélinas, basé sur ses expertises (4.1) PC-25 et (4.2) PC-26, par l'anthropologue Yves Labrèche, professeur à l'Université de St-Boniface du Manitoba. (Pièce I-50)

« Une histoire qui s'arrête vers 1950?

Gélinas n'a pas examiné les dernières décennies du XXe siècle et, du coup, a ignoré l'existence de l'Association des Métis et Indiens hors réserve du Québec ainsi que celle de l'Alliance laurentienne des Métis et Indiens sans statut, Inc., aujourd'hui connue sous le nom de « Alliance autochtone du Québec ». Comment expliquer cette lacune? S'agit-il d'une erreur méthodologique sans lien avec la position de Gélinas quant à la problématique métisse? La question reste entière.

Dès la page 63, alors que les données du XXe siècle n'ont pas été examinées, l'auteur affirme qu'il faudra attendre le XXIe siècle pour voir apparaître une identité revendiquée. Cette assertion s'explique-t-elle, entre autres, par le fait que les données de recensement de 1941 ne distinguent pas les catégories ethniques fines? Même si c'était le cas, n'est-ce pas un peu tôt pour conclure? Ne serait-il pas important de replacer cette discussion dans le contexte du « réveil indien » de la fin des années 1960 et de prendre en compte la création des premières associations métisses qui remonte au début des années 1970? Bien que les distinctions de Gélinas en ce qui a trait à l'identité attribuée vs revendiquée soient intéressantes sur le plan théorique, ne devrait-on pas se demander pourquoi cette identité fut camouflée pendant des décennies plutôt que célébrée?

Bien sûr, la reconnaissance des Métis comme groupe autochtone à part entière depuis la loi constitutionnelle de 1982 a eu un effet d'entraînement sur les processus de revendication. Or cette reconnaissance découle justement de batailles menées au Québec durant la décennie précédente et sous la bannière de l'un ou l'autre des deux regroupements mentionnés ci-dessus (cf. Gendron 1982a et 1982b) et bien sûr ailleurs au Canada comme au Labrador et au Manitoba.

Avant d'aller plus loin, mentionnons que le Saguenay - Lac-Saint-Jean n'est pas la seule région où le réveil identitaire des Métis se produise tardivement. Cette situation s'explique en partie du fait que les Métis continuent d'être

C

C

C

stigmatisés dans toutes les régions du pays, même à la Rivière Rouge et en dépit de la réhabilitation de l'image de Louis Riel dans l'imaginaire collectif. » (Yves Labrèche, pièce I-50, p. 3-4) (ONGLET 4)

En 1996, le rapport de la Commission royale sur les Peuples autochtones mentionne au chapitre 5 l'existence indéniable des Métis au Québec. On demande même au Gouvernement de les aider monétairement pour les rejoindre et pour qu'ils puissent s'organiser. Un budget de 55 millions de dollars a été voté au fédéral pour cela mais peu d'argent a servi au Métis du Québec selon le témoignage de René Tremblay. Plusieurs membres de la CMDRSM, convaincus du fait métis, ont œuvré bénévolement et avec leurs moyens limités pour rejoindre et informer les Métis.

Ces raisons font en sorte que les intimés correspondent entièrement au critère C-1 de l'arrêt Powley.

Critère C-2 : Liens ancestraux avec les membres de la communauté métisse historique

« Deuxièmement, le demandeur doit faire la preuve de l'existence de liens ancestraux avec une communauté métisse historique. Cette exigence objective garantit que les bénéficiaires des droits protégés par l'art. 35 possèdent un lien réel avec la communauté historique dont les pratiques fondent le droit revendiqué. Nous n'exigerions pas la preuve de « liens du sang » minimums, mais plutôt la preuve que les ancêtres du demandeur appartenaient, par naissance, adoption ou autrement, à la communauté métisse historique. » (R. c. Powley, para. 32)

Tous les intimés ont produit, sous la cote I-1 dans chacun de leur dossier, leur arbre généalogique démontrant qu'ils ont comme ancêtres moins un couple formé d'un Eurocanadien et d'une Indienne et dont ces derniers ou leurs descendants formaient une communauté métisse sur le territoire avant la mainmise effective de l'État moderne sur le territoire du Domaine du Roy-Mingan.

En ce qui concerne chacun des intimés, le témoin Jean-René Tremblay a mentionné qu'un comité d'appartenance, comprenant Madame Lyne Brisson comme généalogiste, avait vérifié le tout et confirmé qu'ils avaient de tels ancêtres sur le territoire avant 1850. Certains sont les descendants de Christine Kitchéra-Lavaltrie, comme les Corneau, Marc Simard, Gabriel Jean, Jean-François Perron et Dany Piché, d'autres sont les descendants de Nicolas Peltier comme Richard Riverin et Marc Bouchard, d'autres sont les descendants de Martin Prévost (Olivier Sylvestre Ouchistaouichkoue) comme Martin Pelletier et André-Anne Lavoie, les frères Lalancette sont les descendants d'une Indienne du nom de Madokawando, Jean-Marie Gagné est un descendant de Nicolet et enfin, Gabrielle Simard, Carl Minier et Sylvain Duchesne sont les descendants de l'Indienne Catherine Lejeune.

C

C

C

Critère C-3 : Acceptation du demandeur par la communauté actuelle

Toujours selon le témoignage de Jean-René Tremblay, président/chef de la CMDRSM, tous les intimés ont obtenu du comité d'appartenance le statut de membre de catégorie « B » ce qui fait en sorte qu'ils sont reconnus et acceptés définitivement par la Communauté.

Par ailleurs, l'intervention conservatoire de la CMDRSM au présent dossier pour assister, appuyer et soutenir les intimés, nous semble la meilleure preuve de l'acceptation des intimés par la communauté actuelle.

QUALIFICATION DU DROIT

Les intimés revendiquent le droit de maintenir, sans autorisation ministérielle, les camps qu'ils utilisent comme accessoire raisonnable, avec les membres de leurs familles et d'autres compagnons métis, sur le territoire traditionnel de chasse de la Communauté pour chasser des gibiers tel l'orignal, l'ours, le lièvre et la perdrix, de trapper des animaux à fourrure tel l'ours, le renard, le castor, la martre, le vison, de pêcher du poissons tel la truite et le brochet et de cueillir des petits fruits sauvages pour se nourrir.

L'intimé Ghislain Corneau revendique plus spécialement, devant cette Cour, le droit de chasser l'orignal pour se nourrir dans les environs de la ville de Saguenay et ce sans être tenu de détenir de permis à cet effet. (Jugement de l'Honorable Maurice Abud du 9 juin 2008, 150-61-012015-066, pièce I-2)

CONCLUSION

Pour ces motifs, nous demandons à la Cour supérieure de rejeter toutes les requêtes en dépossession intentées contre les intimés par le Procureur général du Québec.

LE TOUT, avec dépens, y compris les frais d'experts.

SAGUENAY, le 5 septembre 2014

(S) AUBIN GIRARD CÔTÉ

COPIE CONFORME

AUBIN GIRARD CÔTÉ

AUBIN GIRARD CÔTÉ
Procureurs des intimés et de
l'intervenante CMDRSM

C

E

C

Les Price ont vendu leur ferme, qui portait Valin et qui allait à la Loutre, à Thimotée rvey et à Adolphe Boudreault. Ils leur avaient rendu ce terrain comme ayant cinq lots de profondeur sur onze de largeur. . . . Quand il a été et de bâtir une église, Boudreault disait: "Il ne faut pas répartir", mais le prêtre l'a actionné pour la partition. Quand il a vu ça il a eu peur et il a vendu ses terrains à David Price et par le fait même il les a perdus. (Les deux devaient encore 400 et 500 piastres à Price). S'il avait voulu ravoir son terrain il aurait dû aller voir M. Price avant qu'il meure, mais Price est mort à Québec et Boudreault n'est pas allé le voir. Il avait un moulin à scie, un moulin à farine, tout a passé à Price.

Après mon temps de travail en dehors, je me suis mis à aller voir mademoiselle Suzette Boune et au bout de quelques mois je l'ai mariée, 1858 (2), à Chicoutimi. J'avais 19 ans. La famille de ma femme venait de la Malbaie. Quand je suis marié, ses parents demeuraient à la Rivière-du-Moulin; ils étaient journaliers. Chicoutimi, n'y a que là qu'il y avait un prêtre dans le temps; n'y en avait pas à Sainte-Anne non plus. C'est Jean-Baptiste Gagnon qui a béni notre mariage. C'était le premier curé de Chicoutimi. C'était un beau gros prêtre et il était bien d'adon.

La noce fut bien paisible. Le mariage eut lieu huit heures. On partit après en cariole et on alla à Valin chez mon père. Le midi on invita les parents et les amis et on dina. On dansa toute l'après-midi et toute la soirée. On coucha chez nous la journée suivante se passa bien paisiblement chez nous. Le soir on alla chez le père de ma femme, on mit la table et on joua aux *trutes*, la boulette sur la table. A onze heures on s'en revint à la maison.

Le curé Gagnon, c'est lui qui avait administré ma mère avant qu'elle meure. En ce temps-là restait de l'autre bord de la rivière. Quand on est allé chercher M. Gagnon il faisait une tempe sur la mer et je vous assure qu'il a eu peur de traversant; mais on n'a pas eu de *badloque*. En traversant, le curé nous demandait: "Vous n'avez pas peur? . . . En tout cas, moi j'ai peur, et moi je suis mal. Je suis pesant c'est terrible, je fais caler le chaloupe". Il avait le bon Dieu; on parlait pa- mais pas fort.

Durant toute ma carrière, j'ai ouvert quatre terres prises du gouvernement; deux à Valin, une à Saint-Fulgence, l'autre dans le Six à Sainte-Anne.

La première, l'autre bord de la rivière: celle-ci est en arrière de celle qui appartenait à mon père. C'est maintenant Onésime Tremblay "Arsène" qui l'a. C'est moi qui ai bâti tous les bâtiments.

La deuxième dans le Petit-Six de Sainte-Anne. C'est là que j'ai mangé tout mon argent. J'ai resté là trois ans. La première année les récoltes

ont été assez bonnes. J'avais récolté de la belle orge. Mais les deux autres années les patates étaient grosses comme des noisettes; j'avais semé beaucoup et je n'ai absolument rien récolté, de sorte qu'il m'a fallu tout acheter ce qu'il me fallait pour m'hiverner avec ma famille. Je vous assure que j'en ai mangé de la misère cette année-là. Je vous dis que pour rester dans le Saguenay dans ce temps-là il fallait être décidé, parce qu'on ne pouvait pas gagner d'argent et on avait de la misère tant qu'on en voulait; ça n'était pas une question.

Après ça j'ai été m'établir à la Concession des Renards. J'avais changé ma terre avec David Blair; je ne pouvais plus rester dessus, parce que tout était en savane.

Ma quatrième terre que j'ai ouverte, c'est celle d'ici (où il se trouvait lors de notre visite).

Le reste (de ma carrière), je le conte pas. Je veux pas. J'ai bien connu McLeod; j'ai resté dans une de ses maisons. Il y avait rien que lui qui avait un *store*; tout le monde était obligé d'acheter chez lui. Ceux qui restaient au Bassin étaient obligés de faire le trajet à pieds, la rue Racine, dans ce temps-là, n'était pas une rue, c'était rien qu'un débarrassé. Tous les samedis le monde se rendait au *store* pour faire leurs achats pour la semaine. Il y avait rien que 20 ou 25 maisons à la Rivière-du-Moulin. Le moulin de la Rivière-du-Moulin est le premier qui fut construit; il a été bâti cinq ans avant celui du Bassin. J'ai vu la première chapelle; elle était faite en madriers; elle a servi pendant 10 ans. Elle était sur la terre où reste maintenant Isidore. Gauthier.

Les salaires, dans ce temps-là, étaient de une piastre par jour pour les maîtres-maçons et cinquante à soixante cents pour les employés ordinaires. Dans les chantiers on coupait seulement le vieux pin; on l'abbattait, ensuite on le charroyait avec des boeufs et des chevaux, mais les chevaux étaient rares.

A Saint-Fulgence, Michel Simard a été le premier à s'installer. Il s'est mis sur la pointe Lalonde. Le garçon à Hector Tremblay, et Johnny "Babiote" sont de ses descendants. (3) McLeod ne voulait pas que personne cultive la terre, et lorsqu'il apprit que Michel était parti il demandait à tout le monde si on l'avait vu. Un jour, deux hommes qui étaient allés travailler à la Pointe aperçurent des hommes et aussitôt ils avertirent McLeod et lui dirent où il était. Quand McLeod apprit ça il alla trouver un avocat de Québec et lui demanda de venir avec lui pour faire décamper Michel Simard, parce qu'il ne voulait pas de feu sur ses terrains. A la Rivière-du-Moulin il y avait une couple de cents cabanes de sauvages; il demanda cinquante sauvages et les mit deux par canot; lui il prit son grand canot et s'embarqua dedans avec une trentaine de ses hommes et

C

C

C



**Le Domaine du roi, 1652-1859 :
Souveraineté, contrôle,
mainmise, propriété,
possession, exploitation**
Michel Lavoie. Septentrion, Québec,
2010, 276 p.

L'EXPRESSION « DOMAINE DU ROI » est couramment employée par les historiens pour désigner cette délimitation administrative, créée durant le Régime français sous le nom de *Traite de Tadoussac* et maintenue sous la Couronne britannique sous celui des *King's Posts*, qui correspondait grossièrement aux bassins versants du Saguenay-Lac-Saint-Jean et de la Haute-Côte-Nord. Caractérisé d'une part par un monopole économique et d'autre part par un interdit de colonisation, ce territoire a fait l'objet de quelques études depuis une trentaine d'années, chacune avec ses propres limitations (temporelles ou géographiques); on attendait donc toujours un ouvrage exhaustif sur le problème historique du « domaine » durant toute sa période d'existence. À cet égard, la dernière publication de Michel Lavoie suscite certaines attentes. L'auteur annonce en introduction son intention de poser un regard (braudelien sans le nommer) de « longue durée [qui] concourt à mieux appréhender les mouvements des structures et des infrastructures historiques, imperceptibles sur une période réduite à quelques années, voire à quelques décennies » (p. 13). L'ouvrage, tiré d'un rapport d'expertise soumis au ministère de la Justice dans le cadre des litiges territoriaux qui l'opposent aux Métis du Saguenay-Lac-Saint-Jean et de la Côte-Nord, est donc

ambitieux. Son titre annonce à la fois la perspective de l'auteur et son plan de travail. C'est sous l'angle colonial, en effet, qu'il aborde le problème historique. Il cherche avant tout à discerner la manifestation coloniale dans son application au territoire du domaine du Roi. Chacune des notions apposées en titre servira à articuler la démonstration.

Dès l'introduction, l'auteur apporte sa propre définition de ce domaine du Roi : « Il s'agit en fait d'un domaine seigneurial que la monarchie française s'est taillé à même sa seigneurie de la Nouvelle-France dès 1652. » (p. 10) C'est avant tout par l'absence de concessions sur le territoire du domaine qu'il reconnaît ce statut particulier. En inscrivant le domaine dans le cadre du système seigneurial, Lavoie en déduit que cette portion non concédée de la seigneurie de la Nouvelle-France constitue nécessairement le domaine du seigneur – en l'occurrence celui du Roi. Après avoir établi cette identité domaniale, l'auteur cherche à démontrer comment la Couronne française a établi sa *souveraineté*. Par un acte symbolique de prise de possession, d'abord, qui atteste politiquement l'annexion du territoire par le souverain; par une *mainmise* et un *contrôle*, ensuite, qui servent à valider, selon le droit international de l'époque, cette prétention territoriale. D'après l'auteur, cette appropriation du territoire s'observe non seulement par le développement de l'agriculture et la présence de colons (dans la vallée du Saint-Laurent, par exemple) mais également par l'établissement de commerce et l'exploitation des ressources. Les postes de traite ne constituent donc pas de simples succursales économiques dispersées sur le territoire, mais bien des « marqueurs » de souveraineté (p. 95), un moyen de mise en œuvre de l'ambition coloniale. Cette ambition se concrétise sciemment et systématiquement par des concessions

C

C

C

que Lavoie appelle les « seigneuries d'exploitation », c'est-à-dire des seigneuries dont la principale vocation demeure l'exploitation des ressources naturelles, et non le développement agricole. L'auteur relève ainsi les nombreuses concessions de la Côte-Nord et du Labrador qui correspondent à ce modèle d'exploitation des ressources. Le « domaine seigneurial du Roi » s'inscrit de façon cohérente, selon lui, dans ce modèle.

Ce type de colonisation systématisé s'est avéré particulièrement efficace, selon l'auteur, qui reconnaît là le « génie colonial français » (p. 263). Tout en permettant une mainmise et un contrôle sur le territoire, le système colonial de l'exploitation des ressources n'a jamais menacé l'utilisation du territoire par les Montagnais. Toujours selon le modèle seigneurial, sur lequel repose l'essentiel de la démonstration, l'auteur soutient que les droits des Montagnais sur le territoire se limitaient au *domaine utile* (un *droit d'usage*), alors que le Roi conservait le *domaine direct*, c'est-à-dire la propriété légale. Il voit dans cet état de choses une inféodation, qui s'avère du reste parfaitement assimilée et acceptée par les populations autochtones du domaine puisqu'elle permettait la continuité de l'usage des territoires de chasse sous la protection royale; les Montagnais auraient ainsi reconnu la pleine et entière propriété du Roi sur le territoire qu'ils occupaient. Les administrateurs anglais apprécièrent immédiatement l'efficacité du colonialisme seigneurial français; ils s'assurèrent par conséquent, selon l'auteur, de préserver intégralement ce modèle permettant à la fois la prise de possession légitime du territoire et « l'assujettissement » des populations locales.

Il convient de s'interroger plus longuement sur l'argument central de la thèse de Lavoie : le territoire de la Traite de Tadoussac équivalait-il

réellement à un « domaine seigneurial du Roi » en Nouvelle-France, comme il l'affirme dès l'introduction? Cette interprétation se heurte à plusieurs difficultés. Nous ne relèverons que les plus évidentes. D'abord, les historiens modernistes remarquent à l'unanimité que, sous l'Ancien régime, le patrimoine individuel du souverain se confond avec la propriété de la Couronne. Ainsi, comme le soulignent Harouel et autres, « le Roi ne peut rien posséder en propre. L'idée d'un domaine privé du roi, qui existerait à côté d'un domaine public, est en complète opposition avec les principes constitutionnels de l'ancienne France » (Harouel *et al.* 2010 : 429). Il paraît difficile, dans cette perspective, d'endosser la distinction qu'apporte Lavoie entre « la propriété royale (domaine seigneurial) et le domaine du roi entendu, pour faire court, comme les terres de la Couronne » (p. 10).

Second problème majeur : cette interprétation s'élabore sur une logique autosuffisante, en aparté, pour ainsi dire, des sources. Ce statut « seigneurial » du territoire de la Traite de Tadoussac ne trouve, en effet, aucun écho explicite dans la documentation. Lavoie présente donc une hypothèse juridique comme une réalité historique attestée. Il s'avère pourtant que l'existence d'un « domaine seigneurial du Roi » ne se justifie ni sur le plan historique (elle n'est pas reconnue comme telle par les contemporains), ni sur le plan juridique (elle ne s'inscrit pas dans la logique du droit de l'époque). On s'étonne par conséquent de retrouver cette interprétation sous la forme d'un fait établi, au point où l'auteur se donne la liberté, dans ses résumés des sources, de substituer systématiquement les références à la « traite de Tadoussac » ou aux « King's Posts » par un « domaine seigneurial du Roi ».

L'interprétation par Lavoie de l'exercice du pouvoir colonial à l'intérieur des frontières du domaine pose

également de sérieux problèmes. Parce que les Montagnais occupent un « domaine seigneurial du Roi », nous dit-on, leurs relations avec le souverain sont nécessairement de nature féodale. Toutes les formes envisageables d'assujettissement s'insèrent ensuite dans le cadre de ce « pacte féodal » entre le souverain de France et des Montagnais « domiciliés », « inféodés », « dociles », « affidés », « dépendants », qui constituaient aussi une « main d'œuvre roturière » faisant preuve de « subordination et de domesticité » (voir entre autres les pages 120, 125, 149, 178). Lavoie prétend également que les Montagnais auraient parfaitement accepté cette subordination, reconnaissant du même coup les limites de leurs droits sur le territoire, réduits au simple « usage », et le Roi comme son véritable propriétaire.

Là comme sur bien d'autres questions, Lavoie prête à l'hyperbole et à la répétition une valeur démonstrative et c'est bien maladroitement qu'il cherche dans les sources des appuis à sa thèse. Ainsi, il apporte une précision sémantique surprenante entre les notions de « possession » et de « propriété ». Selon lui,

le concept de propriété englobe l'idée de la pleine possession en propre d'un bien, notamment des terres, dont le propriétaire peut user, jouir et disposer à son gré. La possession réfère à l'idée de jouir d'un bien, par exemple en se voyant accorder des droits personnels d'utilisation des ressources et de fréquentation du territoire, sans détenir le privilège du propriétaire d'en disposer librement. (p. 14)

Or, à moins de prêter aux acteurs des XVII^e et XVIII^e siècles une conscience juridique très aigüe, la notion de possession implique certainement une idée de propriété dans la très grande majorité de ses emplois (à l'époque comme aujourd'hui). Imposé encore une fois d'emblée comme une notion acquise, ce subterfuge remplit une fonction fort pratique pour l'auteur : celle de désamorcer à l'avance les références des acteurs coloniaux aux terres

C

C

C

« possédées » par les Montagnais. En pareille occasion, peut ainsi se permettre d'écrire l'auteur,

le terme possession ne suggérerait nullement que les Indiens pouvaient disposer des terres sur lesquelles ils chassaient, puisqu'ils n'en étaient pas propriétaires. Cette distinction est très importante (p. 200).

Cette soudaine minutie lexicale (toute arbitraire) étonne d'autant plus qu'elle cohabite sereinement avec une liberté sémantique débridée en d'autres occasions (lorsque Lavoie interprète littéralement une volonté de gagner ou de conserver la « confiance » et l'« affection » des Montagnais par une volonté « d'assujettissement », p. ex. p. 195-196). Évidemment, le doute qu'essaie d'introduire Lavoie sur les occurrences du mot « possession » s'avère inopérant et les nombreuses allusions à un territoire possédé par les Montagnais interfèrent tout à fait avec son interprétation littérale du système de tenure seigneurial.

La transition au Régime anglais pose également de sérieuses difficultés à la thèse de Lavoie qui doit nécessairement composer avec la Proclamation royale de 1763 qui délimite en principe un « territoire indien » sur une grande partie des *King's Posts*. Lavoie insiste néanmoins sur la continuité du « domaine seigneurial » en s'appuyant sur une décision du Conseil privé de Londres datée du 26 juin 1767. Par cette décision, le Conseil rejette la requête d'une association de marchands qui, évoquant la liberté de commerce promulguée par la Proclamation royale, revendique le droit de commercer librement avec les Montagnais dans les limites des *King's Posts*. Selon Lavoie, cette décision se traduit par l'affirmation que « le *King's Domain* (*King's Posts*) fut conservé intact et juridiquement exclu de l'application de la Proclamation royale de 1763 » (p. 263). Or, le texte de la décision ne permet pas à lui seul une telle interprétation. En

fait, les rapports du gouverneur James Murray, sur lesquels le Conseil privé s'appuie pour rendre sa décision, précisent que les droits du Roi s'appliquent exclusivement aux établissements de commerce (« the particular Posts or spots of ground, whereon the Kings buildings are erected and now stand »), tout en précisant que « the Lands of the King's domain were never ceded to nor purchased by the french King, nor by his Britannick Majesty » (voir la transcription de l'original dans Schulze 1997 : 566). Murray réfère également au territoire indien délimité par la Proclamation à l'intérieur des *King's Posts* pour refuser aux marchands le droit de s'y établir (voir Schulze 1997 : 527). Non seulement ces informations ébranlent la conclusion de l'auteur sur l'application de la Proclamation royale, mais elles contredisent sérieusement sa thèse générale sur un Roi seigneur et propriétaire du territoire du domaine. Cela force Lavoie à déployer des efforts d'argumentation singuliers pour dénaturer les propos de Murray, notamment en expurgant quelques citations des passages trop encombrants. Il faut par exemple replacer la citation choisie aux pages 198-199 dans son contexte original pour jauger l'envergure de la manœuvre...

À la lumière de ce qui précède, que reste-t-il du « Domaine du Roi » de Lavoie? Peu de choses, en ce qui nous concerne. Les problèmes de fond et de méthodes foisonnent. Plusieurs de ces problèmes découlent d'une forte tendance à instituer en icônes des préconceptions qui en viennent à s'affranchir complètement des sources. Cela se traduit surtout par l'énoncé d'étranges « vérités » (l'affirmation d'une « immuabilité des frontières du domaine » depuis sa création est digne de mention – voir p. 69 et 204) et une disposition à dénaturer le contenu des sources par des paraphrases inappropriées (voir, entre autres, les pages 195-196, 199-200).

À la lecture de l'ouvrage, on ne parvient pas à s'émanciper de l'impression d'une grossière exagération d'aspects favorables à la défense du gouvernement du Québec dans ses litiges territoriaux qui l'opposent aux Métis et aux Innus du Québec : 1. un état colonial fort, cohérent, stable et coordonné durant deux siècles et deux régimes différents; 2. des populations montagnaises soumises, inféodées, etc. qui reconnaissent volontiers la propriété royale sur l'intégralité de leur territoire ancestral. Il s'avère fort difficile de faire abstraction du contexte de production de cette étude pour expliquer la thèse bipolarisée qu'on y défend à tout prix. Les implications juridiques de ces interprétations ne nous concernent aucunement en tant qu'historien; les influences qui interfèrent avec l'analyse historique, par contre, nous préoccupent. Dans ce cas, l'argumentation est transfigurée en plaidoirie qui réduit la manifestation historique à une interprétation juridique prédéterminée. Il en résulte un ouvrage immature, dénué des nuances nécessaires, qui évacue de surcroît toute perspective diachronique. Les motifs de longue durée, ici, s'avèrent inexistant; le « domaine » est plutôt un long fleuve tranquille, juridiquement, politiquement et géographiquement figé dans le temps.

Sigfrid Tremblay
Historien
Mémoria Historiens

Ouvrages cités

- HARQUEL, Jean-Louis, et al., 2010 : *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*. Presses universitaires de France, Paris.
- SCHULZE, David, 1997 : « L'application de la Proclamation royale de 1763 dans les frontières originales de la province de Québec : la décision du Conseil privé dans l'affaire Allsopp ». *Thémis* 31 : 511-574.

C

C

C

Michel Lavoie (3.7) pièce PC-24 p. 306, note 844
ou 1-44



Ottawa, le 5 July 1921

557815



Le Département des affaires indiennes
Sauvages à Ottawa

Monsieur,

J'ai dans un pays de ma province
plusieurs familles de Sauvages qui ont
à louer dans plusieurs années. Quand
ils arrivent de la chasse, ils ne peuvent
donc ces maisons, à diverses époques de
l'année.

Les Canadiens font alors le
commerce avec eux, mais pour les rendre
disposés à vendre, on leur donne de la
boisson. Les Sauvages une fois enivrés
par l'alcool ne s'occupent plus d'être
quelques fois stupides, ils chantent et
dancent, ils se promènent et dansent
ils se étouffent. Les Canadiens alors
les exploitent, et chargent des gens pour
pour leurs promesses et leur soif.
Je ne permets de vous exposer ces

Indian Affairs. (RG 10, Volume 3228, File 557,815)

L. B. G.
PUBLIC ARCHIVES
ARCHIVES PUBLIQUES
CANADA

544

C

C

C

fait de dire que les deux
le rang de lieutenant. Pour
ce rendre à ce respectueux. Ce
de ces parents et de la fille
aux sauvages, demandant leur
possibles gens.

Si ces deux gens étaient faits
retourner à la Pointe St-Jean
par une autre réserve que la
seulement de quatre soldats peut-être
conceder, ils seraient leur chef, leur
missionnaire et ils ne seraient pas
exposés à appeler leur chef. Il y a
une protection contre les exploitateurs
nombreuse, c'est vrai, mais aussi pour
leur bien grandement.

Je demande donc que le départe-
ment envoie l'agent de la Pointe St-Jean
du Lac St-Jean ici, pour faire enquête
et voir s'il y a lieu d'arrêter le
sort de ces sauvages.

Truancy me envoie le dit tout de suite,
Geo. H. J. [Signature]

Indian Affairs. (RG 10, Volume 3228, File 557,815)

PUBLIC ARCHIVES
ARCHIVES PUBLIQUES
CANADA

C

C

C

St-Fulgence, le 8 Jul 1921

Le département des affaires des sauvages à Ottawa

Monsieur,

J'ai dans un rang de ma paroisse plusieurs familles de sauvages qui sont à loyer dans plusieurs maisons. Quand ils arrivent de la chasse, ils occupent donc ces maisons à diverses époques de l'année.

Les canadiens font alors commerce avec eux, mais pour les mieux disposer à vendre, on leur donne de la boisson. Les sauvages une fois échauffés par l'alcool ne ménagent plus et ils sont quelques fois tapageurs. Ils chantent, ils dansent, ils se promènent et assez souvent ils se chicanent. Les canadiens alors les exploitent, et chargent des gros prix pour leurs promenades et leurs voyages.

Je me permets de vous exposer ces

C

C

C

faits et vous dire mon idée là-dessus.

Le rang St-Louis est un beau rang où résident un vingt cultivateurs. Ces sauvages et ceux qui se livrent au commerce de la pelleterie avec ces sauvages, dérangent beaucoup ces paisibles gens.

Si ces sauvages étaient forcés à se retirer soit à la Pointe-Bleue, Lac-St-Jean, soit sur une autre réserve que le gouvernement de Québec serait prêt à leur concéder, ils auraient leur chef, leur missionnaire et ils ne seraient pas aussi exposés à gaspiller leur argent. Ils auraient une protection contre les exploiters, peu nombreux c'est vrai, mais assez pour leur nuire grandement.

Je demande donc que le département envoie l'agent de la Pointe-Bleue au Lac-St-Jean ici, pour faire enquête et voir, s'il y a lieu, d'améliorer le sort de ces sauvages.

Veillez me croire, M. votre tout dévoué,

Georges-Hilaire Gagnon, ptre, curé

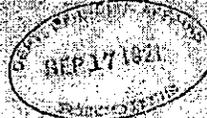
C

C

C

Pointe-Blanc, le 14 septembre 1921,

Monsieur le Secrétaire,
Dépt des Aff. des Sauvages,
Ottawa,



Monsieur,

En rapport avec votre lettre du 15 juillet dernier, No. # 557,815, contenant une copie d'une lettre du curé de St-Fulgence, M. Gagnon, je n'ai pu obtenir les informations demandées que tout dernièrement. Ces informations proviennent de sources autorisées et j'ai lieu de les croire absolument véridiques et correctes.

D'abord, St-Fulgence est une paroisse voisine de Ste-Anne, située à neuf milles de la ville de Chicoutimi, sur la rive opposée du Saguenay.

Six familles de sauvages passent l'été à cet endroit et viennent y passer aussi quelques jours dans le temps de Noël. Ces sauvages ne font pas partie de l'ordre des total-lers, et ne connaissant pas l'abstinence totale, ils ne refusent pas d'ingurgiter le whiskey quand ils peuvent s'en procurer. C'est ce qui amuse M. le curé Gagnon. Mais ce sont cependant ses paroissiens qui les ont attirés à cet endroit; ce sont eux qui leur louent des maisons, qui achètent leurs pelleteries et probablement aussi les font boire. Entr'autres de ces particuliers, je puis nommer les messieurs suivants : Ulysse Maltais, M. St-Georges, Henri Tremblay, M. Harvey et trois ou quatre autres.

Au lieu de se plaindre au Département, M. le curé Gagnon devrait s'adresser à ces messieurs qui sont ses paroissiens, et les inviter à laisser tranquilles ces pauvres sauvages. S'ils ne leur fournissent pas le logement avec une foule d'autres choses, ces sauvages retourneraient au groupe de Ste-Anne d'où ils viennent. Tous les gens que je viens de nommer tantôt demeurent dans le rang St-Louis de St-Fulgence, c'est-à-dire dans le 3ème rang du canton.

Maintenant, pour répondre dans l'ordre que vous désirez, voici ce qui en est :

- 1 : Les terrains qu'ils occupent appartiennent à des résidents de l'endroit. Les maisons qu'ils occupent appartiennent aussi pour la plupart à ces gens qui les attirent par tous les moyens possibles à venir résider là au retour de la chasse jusqu'à leur départ pour le bois à la fin d'août.
- 2 : Ces sauvages viennent à peu près tous de Bersimis, et avant de se fixer là demeuraient depuis quelques années avec le groupe de sauvages de Ste-Anne de Chicoutimi.
- 3 : Je ne considère pas qu'ils puissent être induits à retourner à leur propre réserve qui devrait être Bersimis. Ce sont des nomades qui partiront de là d'eux-mêmes quand ils ne trouveront plus personne pour leur procurer le logement, des provisions, acheter leurs pelleteries et les faire boire.

Je considère cependant que M. le curé Gagnon s'est trompé d'adresse. Au lieu d'écrire à Ottawa, il aurait dû, lui, induire ses paroissiens à ne pas attirer ces sauvages dans le rang St-Louis, et c'est ce que le Département devrait lui conseiller de faire. Une chose sûre et certaine c'est que ces messieurs du rang St-Louis ne chercheront aucunement à éloigner ces sauvages de chez eux aussi longtemps qu'ils trouveront des bénéfices à réaliser en les gardant, et ce n'est ni de la faute du Département, ni de la mienne.

J'ai l'honneur d'être, Monsieur,
Votre obéissant serviteur,

A. Pessier

Agent des Sauvages.

C

C

C

du Minnesota. Ses ouvrages ont connu un fort retentissement. Voir par exemple Wilkins et Stark (2010).

2. Professeur à l'Université de Californie, Berkeley, et du Nouveau Mexique, Albuquerque; critique littéraire, théoricien et romancier, Gerald Vizenor, délégué à la convention constitutionnelle, a été le principal rédacteur de la nouvelle constitution.
3. Professeure d'études amérindiennes à l'Université du Minnesota; elle eut un rôle actif lors des délibérations constitutionnelles.
4. En date du 24 novembre 2013, nous apprenons que la nouvelle constitution de la nation White Earth a été adoptée par presque 80 % des électeurs enregistrés.

Médiagraphie

DELANGÈ, Nelcy, 1996: *Lentille rouge: des terres indiennes et démocratie américaine*, 1776-1996. Albin Michel, Paris.

—, 2007: « Être ou ne pas être Cherokee ». *Recherches amérindiennes du Québec* 37(2-3): 159-162.

Native American Constitution and Law Digitization Project, [s.d.]: <<http://chorpe.ou.edu/>> (consulté le 19 novembre 2013).

Native American Rights Fund, [s.d.]: *The National Indian Law Library*, <<http://www.narl.org/nill/>> (consulté le 19 novembre 2013).

WHITE EARTH NATION, 2013: *The Constitution of the White Earth Nation*, <http://www.whiteearth.com/data/uploads/files/Proposed_White_Earth_constitution_2.pdf> (consulté le 26 novembre 2013).

WILKINS, David E., et Heidi Kliewetnepinesiké STARK, 2010 [2007]: *American Indian Politics and the American Political System*, Rowan & Littlefield.



Indiens, Eurocanadiens et le cadre social du métissage au Saguenay-Lac-Saint-Jean, xvii^e-xx^e siècles
Claude Gélinas. Septentrion, Québec, 2011, 220 p.

Le MÉTISSAGE et les questions identitaires occupent un espace important dans les recherches en sciences humaines et sociales au Canada depuis le jugement *Powley*, en 2003, qui reconnaissait des droits de chasse aux Métis de la région de Sault-Sainte-Marie en Ontario (Rousseau et Rivard 2007). Les éditions du Septentrion n'échappent pas à cette vague puisqu'elles publient en 2011 deux livres portant sur ces problématiques: celui de l'anthropologue Claude Gélinas qui fait l'objet du présent compte rendu et celui de l'historien Nelson-Martin Dawson (2011).

Dans son livre, Gélinas propose d'examiner l'histoire des rapports entre Amérindiens et Eurocanadiens dans la région du Saguenay-Lac-Saint-Jean en insistant sur la question du métissage.

Dans son introduction, l'auteur indique d'emblée qu'il va tenter de répondre à une question principale: « Existe-t-il effectivement au Québec des communautés métisses historiques depuis toujours passées inaperçues? » (p. 9). Il signale également que ce projet d'écriture serait « une version remaniée d'un rapport de recherche produit en 2009 pour le compte du gouvernement du Québec » (p. 13).

Le premier chapitre propose de situer dans son contexte historique et culturel la rencontre entre Amérindiens et colonisateurs d'origine européenne au Saguenay-Lac-Saint-Jean. En fait,

l'auteur inclut une première section sur la préhistoire, où il tente de reconstituer ce que pouvaient être le mode de subsistance et l'organisation sociale des Amérindiens au moment des premiers contacts avec les Européens. Cependant, la réalité culturelle des Amérindiens embrassée dans ce chapitre se limite à l'économie de subsistance, qui est qualifiée de généraliste. À partir de travaux d'archéologues et d'historiens, Gélinas tente de reconstituer les réseaux d'échanges selon deux axes: nord-sud et est-ouest. Il conclut que les populations autochtones en place auraient été généralement réceptives aux influences culturelles et qu'il y avait déjà un métissage culturel significatif au cours de la première période de cohabitation des deux ethnies (« Indiens » et Eurocanadiens) dans la région à l'étude (aux xvii^e et xviii^e siècles).

Le second chapitre porte sur l'identité métisse, et Gélinas commence par une réflexion sur le concept d'identité en soulignant sa nature interactive et dynamique. Dans ce chapitre, il n'est déjà plus question d'Eurocanadiens mais de Canadiens français, de Métis et de métissage. Les données examinées portent à penser que, tout au cours du xix^e siècle, les références à la présence de personnes d'ascendance mixte sont limitées. L'auteur établit une distinction entre une identité octroyée et une identité qui serait revendiquée par les individus eux-mêmes. Il insiste également sur le fait qu'il s'agirait d'individus plutôt que de groupes métissés et que ces individus ne faisaient pas valoir leur identité métisse. Était-ce la crainte de préjugés ou celle d'être marginalisés? Était-ce simplement que cette identité n'a pas été constatée et rapportée dans les sources consultées? Difficile de trancher, et les réponses fermes se trouveront peut-être dans les chapitres subséquents.

Dans le troisième chapitre, l'auteur présente le concept de culture et certaines notions qui lui sont associées

C

C

C

(p. ex. acculturation, p. 68) et propose que toutes les cultures sont mélangées, mais à des degrés divers. Il tente ensuite de déterminer si les individus désignés, comme Métis, affichent des comportements culturels distincts de ceux des autres occupants de la région. Bien qu'une courte section porte sur le système de référence spirituel, tout le reste de ce chapitre porte principalement sur la comparaison des modes de subsistance. Sur le plan des bases matérielles d'existence, les quelques formes possibles d'adaptation aux ressources de cette région forestière seraient attribuables à l'un ou l'autre des deux groupes dominants. Ainsi, l'auteur conclut que les comportements déduits à partir de son étude des sources historiques s'apparentent à ceux des « Indiens » ou des Canadiens français.

Dans un quatrième et dernier chapitre, Gélinas essaie de vérifier si les informations historiques permettent de rattacher les Métis à des unités sociales ou à des structures communautaires distinctes. Il fait référence, ici au sentiment d'appartenance, à l'existence d'une structure sociale fonctionnelle et à une tradition ou volonté commune de s'inscrire dans la continuité. Or, d'après les sources qu'il a consultées, les personnes d'ascendance mixte auraient intégré l'une ou l'autre des communautés culturelles présentes, amérindienne ou canadienne-française, et auraient fonctionné socialement à l'intérieur de celles-ci (p. 140).

En conclusion, l'auteur reprend les résultats des analyses conduites précédemment (identité, culture et organisation sociale) pour tenter de cerner dans son ensemble le cadre social dans lequel ont vécu et interagi les personnes d'ascendance mixte dans la région à l'étude.

Sur le plan théorique, il ne s'agit pas d'un ouvrage difficile ou fouillé, et pour présenter des notions telles que « identité », « culture » et « métissage » l'auteur s'est inspiré entre

autres d'une collection de courts textes originellement publiés dans la revue *Sciences humaines* et regroupés dans un recueil publié sous la direction de Nicolas Journef (2002).

Dans le présent ouvrage, qui découle d'une étude réalisée à partir de sources écrites seulement, Gélinas pose comme hypothèse que les revendications identitaires des Métis du Saguenay-Lac-Saint-Jean ne traduisent qu'un certain opportunisme et ne sont fondées que sur une tradition récente et inventée de toutes pièces en vue d'obtenir des gains au même titre que les Métis de Sault-Sainte-Marie en Ontario (p. ex. p. 136).

UNE HISTOIRE QUI S'ARRÊTE VERS 1950 ?

Gélinas n'a pas examiné les dernières décennies du xx^e siècle et, du coup, il a ignoré l'existence de l'Association des Métis et Indiens hors réserve du Québec ainsi que celle de l'Alliance laurentienne des Métis et Indiens sans statut, aujourd'hui connue sous le nom d'« Alliance autochtone du Québec ». Comment expliquer cette lacune ? S'agit-il d'une erreur méthodologique sans lien avec la position de Gélinas quant à la problématique métisse ?

Dès la page 63, l'auteur affirme qu'il faudra attendre le xxi^e siècle pour voir apparaître une identité revendiquée alors qu'il n'a étudié que les données antérieures à 1950. Cette assertion s'explique-t-elle, entre autres, par le fait que les données de recensement de 1941 ne distinguent pas les catégories ethniques fines ? Même si c'était le cas, n'est-ce pas un peu tôt pour conclure ? Ne serait-il pas important de replacer cette discussion dans le contexte du « réveil indien » de la fin des années 1960 et de tenir compte de la création des premières associations métisses, qui remonte au début des années 1970 ? Bien que les distinctions de Gélinas concernant l'identité attribuée vs revendiquée soient intéressantes sur le plan théorique, ne devrait-on pas

se demander pourquoi cette identité fut camouflée pendant des décennies plutôt que célébrée ?

Bien sûr, la reconnaissance des Métis comme groupe autochtone à part entière depuis la loi constitutionnelle de 1982 a eu un effet d'entraînement sur les processus de revendication. Or, cette reconnaissance découle justement de batailles menées au Québec durant la décennie précédente et sous la bannière de l'un ou l'autre des deux regroupements mentionnés ci-dessus (Gendron 1982a et 1982b) et, bien sûr, ailleurs au Canada comme au Labrador et au Manitoba.

Avant d'aller plus loin, mentionnons que le Saguenay-Lac-Saint-Jean n'est pas la seule région où le réveil identitaire des Métis se produise tardivement. Cette situation s'explique en partie par le fait que les Métis continuent d'être stigmatisés dans toutes les régions du pays, même à la Rivière Rouge et en dépit de la réhabilitation de l'image de Louis Riel dans l'imaginaire collectif.

L'histoire que nous propose Gélinas semble s'arrêter vers 1950, un peu comme dans deux de ses ouvrages précédents (Gélinas 2003 et 2007). Et parfois, dans le livre dont il est question ici, même la première moitié du xx^e siècle est en partie escamotée (p. ex. p. 61-62, où la période 1900-1941 est traitée en moins de deux pages). Si l'auteur taxe les Métis d'opportunistes, est-ce par manque d'empathie ou simplement parce qu'il a négligé de s'intéresser à l'histoire récente et de tenir compte des données de la tradition orale ?

Pourtant, depuis la démonstration de Von Gernet (1996), les chercheurs autochtones (p. ex. Kovach 2010) autant que les anthropologues non autochtones (p. ex. Miller 2011) insistent sur l'importance de revaloriser la mémoire et l'histoire orale, particulièrement dans les cours de justice. Or, résoudre la difficile question du chevauchement des revendications territoriales ne devrait pas se

C

C

C

faire sans consultation auprès d'une population qui, à l'instar des autres groupes autochtones de l'arrière-pays, utilise les terres et les ressources du Saguenay-Lac-Saint-Jean depuis plusieurs générations successives (Moreau 2007). Mais ce n'est sans doute que partie remise, comme le suggère finalement l'auteur dans sa conclusion.

L'IDENTITÉ MÉTISSE ET LE MÉTISSAGE CULTUREL

Dans la section consacrée à la préhistoire, Gélinas n'a pas fouillé dans les sources publiées depuis 1996, sauf à la page 25, où il s'appuie sur une référence de Côté (2006) qui, en fait, ne traite que d'une région plus ou moins voisine : le Témiscamingue. Que s'est-il passé ? A-t-on abandonné les recherches dans la région du Saguenay-Lac-Saint-Jean ? Ce n'est évidemment pas le sujet principal de la recherche, et en fin de compte on pourrait se demander pourquoi avoir insisté sur le bilan de l'économie amérindienne avant sa « contamination » par le capitalisme marchand étant donné qu'elle peut se résumer à un constat : les échanges étaient déjà fort nombreux avant la période des premiers contacts. Dans la conclusion de cette section, l'auteur propose que les échanges aient façonné et transformé les identités culturelles au fil des siècles avant le contact. Bref le métissage culturel et les échanges existent depuis toujours, ce qui banalise en quelque sorte la condition métisse.

Dans cette partie comme partout ailleurs dans son livre, Gélinas essaie de mettre au premier plan le métissage et non les Métis. Curieusement, les Métis n'existent pas dans le titre de l'ouvrage et, dans celui-ci, il sera question non pas de groupes sociaux composés de Métis mais de métissage biologique et culturel. En considérant que la catégorie ethnique « métis » n'existe pas, Gélinas va privilégier les catégories ethniques plus « sûres » : les Indiens d'abord et les Euro-canadiens ensuite. Nous donnons ici quelques exemples de ce parti-pris.

Gélinas propose d'éclairer ses lecteurs au sujet du métissage culturel qu'il envisage comme un échange (p. 28). Selon lui, le maintien d'une identité distincte ne serait pas incompatible avec le métissage culturel – qui est défini comme étant l'emprunt de traits culturels étrangers (p. 30). Il n'évoquera l'acculturation ou des transformations plus intenses et complexes qu'au chapitre suivant.

L'auteur note (p. 47) que la première occurrence du mot « Métis » apparaît dès 1839 dans les documents historiques, alors que l'auto-identification métisse ne commencerait qu'à compter de 1900 et ne serait le fait que de quelques individus (p. 61). Avec l'intervention du gouvernement fédéral au cours de la seconde moitié du XIX^e siècle, les choses se compliquent, des mesures étant prises pour restreindre la définition de l'« Indien » (p. 53-54). Gélinas élabore sur l'aspect discriminatoire de ces considérations administratives (p. 60).

À la p. 66, il revient à une définition structuraliste de la culture, qui serait tissée de règles largement inconscientes. Or, précédemment, il insistait au contraire sur le fait que les « acteurs sociaux » sont généralement conscients de leur identité distincte, des règles qu'ils suivent, des traits culturels qu'ils empruntent ou préconisent. À la p. 88, le lecteur finit par être convaincu que les économies européenne et amérindienne sont métissées, ce qui rend encore plus difficile voire impossible la tâche d'identifier une culture métisse distincte, justement parce qu'elle emprunterait à l'une et à l'autre.

Plus loin, on note que le « sang indien » du côté paternel devient une exigence selon une règle parachutée du gouvernement fédéral ; les Métis seraient bien intégrés dans la communauté/réserve indienne et ce, en dépit de conflits rapportés (p. 90-92). Ainsi, ils ne formeraient pas un groupe à part malgré ces mesures coercitives qui n'arrivent pas à les distancer des Indiens.

L'auteur poursuit à la page 94 en mettant l'accent sur la versatilité des modes d'adaptation, quelle que soit l'ethnie. Ce passage est illustré par deux tableaux qui donnent à penser qu'il serait difficile, voire vain, de tenter d'attribuer un mode de subsistance à une catégorie ethnique. À la page 97, Gélinas octroie aussi aux Métis un mode de subsistance généraliste et polyvalent.

Plus loin, il rapporte des propos racistes à l'égard des Métis, dont ceux du père Décarie qui leur attribue les « pires » comportements (relations illégitimes, exploités, etc., p. ex. p. 130-133). Or, ces commentaires peu flatteurs ne sont-ils pas une indication qu'une fois débarrassés des teintes négatives qu'ils comportent, les Métis occupaient une niche très particulière dans les réserves comme au Labrador ? Selon Mailhot (1993 : 78) qui fait justement référence à Mashtcutash (autrefois Pointe-Bleue) au Lac-Saint-Jean : « le pouvoir économique et politique est détenu par des métis acculturés, scolarisés et francophones qui ont épousé des canadiennes françaises ». Cela ne signifie-t-il pas qu'ils existaient, sinon comme culture distincte, du moins comme sous-culture bien démarquée à l'intérieur de la nation « indienne » ?

Permettons-nous de poser à Gélinas la question suivante au sujet de ses « identités octroyées », auxquelles il est fait référence jusqu'à la conclusion, (p. 143) : est-il raisonnable de penser que l'on puisse être taxé de métis, de sang-mêlé, de gens libres ou de toute autre appellation par autrui sans avoir soi-même développé une forte conscience identitaire ? À l'instar de Franssen (cité dans Kaufmann 2004 : 42), ne serait-il pas plus pertinent d'insister sur le fait que l'identité résulte plutôt d'un va-et-vient constant entre celle qu'on nous assigne et celle que l'on souhaite ? Qu'elle incorpore « une histoire sociale et familiale et [une] projection temporelle », et qu'elle correspond entre autres à une « transaction sociale et [à une] transaction biographique » ?

C

C

C

Tel que mentionné, lorsqu'il est question des Canadiens français ou des « Indiens », l'auteur fait référence à des familles ou à des groupes alors que, lorsqu'il élabore au sujet des Métis, il ne fait référence qu'à des individus, comme s'ils étaient solitaires et n'avaient pas développé un sentiment d'appartenance communautaire. Cela ressort en particulier dans les titres de certaines sections et plus particulièrement aux chapitres 3 et 4 qui comparent respectivement la culture et l'organisation sociale des Eurocanadiens, des « Indiens » et des individus désignés comme Métis au lieu des « Métis » envisagés comme groupe social. Ici aussi, Gélinas insinue qu'ils n'existent pas comme ensemble structuré ayant même d'en faire la démonstration. Et quelle démonstration? Si l'on ne trouve pas ce que l'on cherche après quelques essais seulement, ne devrait-on pas chercher ailleurs ou autrement, plutôt que de conclure prématurément? C'est la stratégie appliquée dans le choix du titre de l'ouvrage qui se répète ici : les Métis n'existent pas, il n'y a que métissage!

CONCLUSION

L'éditeur ne semble pas avoir fait son travail avec attention en permettant des déséquilibres entre les parties de certains chapitres (p. ex. chap. 3), la présence d'incohérences et d'anachronismes (p. 80-84), l'utilisation de termes spécialisés qui ne sont pas tous expliqués ou justifiés (p. ex. « franco-canadienne », p. 45), « Gens libres » (p. 47; cf. Payment 1990), « métissage » (p. 132) et « métissitude » (emprunté à Rousseau et Rivard 2007). Enfin mentionnons que les illustrations sont peu nombreuses et contiennent parfois des informations désuètes (p. ex. fig. 2, p. 20). De plus, des écarts ont été notés entre les données du texte et celles des figures ou tableaux (p. 85-86 au sujet du piégeage, de la chasse et du travail salarié).

Enfin, malgré les problèmes soulevés précédemment ainsi que les

quelques faiblesses éditoriales, mentionnons qu'il s'agit d'un petit livre bien écrit, qui pourrait plaire à un large public éclairé, mais qui sera sans doute mal reçu par les organismes métis de la région étudiée.

Yves Labrèche
Université de Saint-Boniface, Winnipeg

Ouvrages cités

- CÔTÉ, Marc, 2006; « L'occupation amérindienne au Témiscamingue : l'exemple du Lieu historique national du Canada du Fort-Témiscamingue (Obadjiwan), une présence multi-millénaire ». *Recherches amérindiennes au Québec* XXXVI(1) : 7-22.
- DAWSON, Nelson-Martin, 2011. *Fournures et forêts mélangèrent les Montagnais. Regard sur les sang-mêlés au Royaume du Saguenay, Septentrion, Québec.*
- GÉLINAS, Claude, 2003. *Entre l'assommoir et le godendard. Les Atikamekw et la conquête du Moyen-Nord québécois, 1870-1940, Septentrion, Sillery.*
- , 2007. *Les autochtones dans la société québécoise, 1867-1960, Septentrion, Sillery.*
- GENDRON, Gaetan, 1982a. « L'Alliance laurienne des Métis et Indiens sans statut fixe : entrevue avec Fernand Chabouix, président ». *Recherches amérindiennes au Québec* XII(2) : 115-118.
- , 1982b. « L'Association des Métis et Indiens hors réserve du Québec : entrevue avec Paul Paradis, président ». *Recherches amérindiennes au Québec* XII(2) : 119-120.
- JOURNET, Nicolas (dir.), 2002. *La culture : de l'universel au particulier, Sciences humaines Éditions, Auxerre Cedex.*
- KAUFMANN, Jean-Claude, 2004. *L'invention de soi : une théorie de l'identité, Armand Colin/Flachette littérature, Paris.*
- KOVACH, Margaret, 2010. *Indigenous Methodologies: Characteristics, Conversations, and Contexts, University of Toronto Press, Toronto.*
- MAILHOT, José, 1993. *Au Pays des Innus : les gens de Sheshatshit, Coll. Signes des Amériques, Recherches amérindiennes au Québec, Montréal.*
- MILLER, Bruce G., 2011. *Oral History on Trial: Recognizing Aboriginal Narratives in the Courts, UBC Press, Vancouver.*
- MOREAU, Jean-François, 2007. *7000 ans d'archéologie au Saguenay-Lac-Saint-Jean, Conférence lors de la 2^e édition de la Semaine sciences humaines, Université du Québec à Chicoutimi, <http://www.uqac.ca/activites/ssh/Jean-Francois-Moreau.pdf> (consulté le 11 décembre 2013).*
- PAYMENT, Diane Paulette, 1990. « Les gens libres - Ojibemisiwak » *Batache, Saskatchewan 1870-1930, Direction des lieux et des parcs historiques nationaux et Environnement Canada, Hull.*
- ROUSSEAU, Louis-Pascal, et Étienne RIVARD, 2007. « Présentation - Métissitude: l'ethnogenèse métrisée en amont et en aval de Powley ». *Recherches amérindiennes au Québec* XXXVII(2-3) : 3-6.
- VON GERNET, Alexander, 1996. *Oral Narratives and Aboriginal Past: An Interdisciplinary Review of the Literature and Oral Traditions and Oral Histories, Ottawa, Research and Analysis Directorate, Indian and Northern Affairs Canada. Sur Internet: <http://www.ainc-iac.gc.ca>*



Kitakinan... parce que la ville est aussi autochtone

Frédérique Cornellier, Éditions du Quartz, Rouyn-Noranda, 2013, 168 p., 22 \$.

La « migration » des autochtones vers les centres urbains est un phénomène plutôt récent et encore trop peu documenté. Au Québec, de plus en plus d'autochtones décident de quitter la réserve pour aller s'établir en ville, et l'on estime qu'au moins 80 000 autochtones – tous groupes confondus – résident de manière temporaire ou permanente dans les villes et villages du Québec. Ce phénomène est d'autant plus remarquable dans la ville de Val-D'Or, en Abitibi-Témiscamingue, « où la population autochtone a augmenté de 270 % entre 1996 et 2006 ». Contrairement aux premières études traitant des autochtones en milieu urbain – qui mettaient l'emphase sur la problématique sociale –, l'ouvrage de l'anthropologue Frédérique Cornellier « aborde plutôt la ville comme un nouvel

C

C

C

R. c. Van der Peet, [1996] 2 R.C.S. 507

Dorothy Marie Van der Peet

Appelante

c.

Sa Majesté la Reine

Intimée

et

**Le procureur général du Québec,
le Fisheries Council of British Columbia,
la British Columbia Fisheries Survival Coalition et
la British Columbia Wildlife Federation,
le First Nations Summit,
Delgamuukw et autres, Howard Pamajewon,
Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese**

et Allan Gardner

Intervenants

Répertorié: R. c. Van der Peet

N° du greffe: 23803.

1995: 27, 28, 29 novembre; 1996: 21 août.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka,
Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

en appel de la cour d'appel de la Colombie-Britannique

Droit constitutionnel -- Droits ancestraux -- Droit de vendre du poisson à des fins non commerciales -- Poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens -- Règlement interdisant la vente et l'échange du poisson pris en vertu d'un tel permis -- Poisson vendu à des non-autochtones et dépôt d'accusations -- Définition de «droits ancestraux existants» à l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 -- S'agissait-il, dans les circonstances, de l'exercice d'un droit ancestral? -- Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1) -- Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 61(1) -- Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/84-248, art. 27(5).

L'appelante, une autochtone, a été accusée d'avoir vendu 10 saumons pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens, contrairement au par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, qui interdisait la vente et l'échange du poisson pris en vertu d'un tel permis. On a plaidé que les restrictions imposées par le par. 27(5) portent atteinte au droit ancestral de l'appelante de vendre du poisson et qu'elles sont en conséquence invalides parce qu'elles violent le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le juge du procès a statué que le droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires et rituelles n'inclut pas le droit de vendre le poisson ainsi pris et a déclaré l'appelante coupable. Le juge d'appel des poursuites sommaires a estimé qu'il existait un droit ancestral de vendre du poisson et ordonné la tenue d'un nouveau procès. La Cour d'appel a fait droit à l'appel du ministère public et rétabli le verdict de culpabilité. La question constitutionnelle que la Cour était appelée à trancher portait sur le point suivant: le par. 27(5) du Règlement était-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant en raison de l'existence de droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes): Le pourvoi est rejeté.

Le droit ancestral

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: L'analyse du par. 35(1) en fonction de son objet doit être faite à la lumière des principes généraux applicables aux rapports juridiques entre l'État et les peuples autochtones. L'État a, envers les peuples autochtones, une obligation de fiduciaire qui a pour conséquence que les dispositions concernant les peuples autochtones doivent recevoir une interprétation généreuse et libérale. Les doutes ou ambiguïtés concernant la portée et la définition des droits visés par le par. 35(1) doivent être résolus en faveur des peuples autochtones. Il ne faut pas limiter l'analyse de l'objet de cette disposition aux raisons pour lesquelles une doctrine juridique préexistante s'est vue conférer un statut constitutionnel.

Les droits ancestraux existaient déjà et ils étaient reconnus en common law. Le paragraphe 35(1) n'a pas créé les droits ancestraux, mais à la suite de l'adoption du par. 35(1), ils ne peuvent pas être éteints. Ils peuvent, toutefois, être réglementés ou violés en conformité avec le critère de justification énoncé dans *R. c. Sparrow*.

Le paragraphe 35(1) établit le cadre constitutionnel qui permet de reconnaître que les autochtones vivaient sur le territoire en sociétés distinctives, possédant leurs propres coutumes, pratiques et traditions, et de concilier ce fait avec la souveraineté de Sa Majesté. Les droits substantiels visés par cette disposition doivent être définis à la lumière de cet objet. Cette façon d'analyser le par. 35(1) trouve également appui dans le texte français de cette disposition, dans des décisions antérieures de notre Cour et des

tribunaux australiens et américains, chez des commentateurs universitaires et dans la littérature juridique.

Pour constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question. Un certain nombre de facteurs doivent être pris en considération dans l'application du critère de la «partie intégrante d'une culture distinctive». Le tribunal doit tenir compte du point de vue des autochtones, mais il faut que ce point de vue soit exprimé d'une manière compatible avec l'organisation juridique et constitutionnelle du Canada.

Dans l'appréciation de la revendication d'un droit ancestral, le tribunal doit d'abord déterminer la nature du droit revendiqué, pour juger si la revendication satisfait au critère de la partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique ce droit. Pour bien caractériser la revendication du demandeur, le tribunal doit tenir compte de facteurs tels que la nature de l'acte qui, d'affirmer le demandeur, a été accompli en vertu d'un droit ancestral, la nature du règlement, de la loi ou de l'autre mesure gouvernementale contestée, ainsi que la coutume, pratique ou tradition invoquée pour établir l'existence du droit. Il doit examiner ces activités d'un point de vue général et non spécifique. Il est possible que les activités en question soient l'exercice, sous une forme contemporaine, d'une coutume, pratique ou tradition qui existait avant le contact avec les Européens, auquel cas il doit adapter sa caractérisation de la revendication en conséquence.

Pour faire partie intégrante d'une culture distinctive, une coutume, pratique ou tradition doit avoir une importance fondamentale pour la société autochtone concernée -- être l'une des choses qui rendaient la culture de la société distinctive. Le tribunal ne

peut tenir compte des aspects de la société autochtone qui sont communs à toutes les sociétés humaines (p. ex. le fait de manger pour survivre), ni des aspects de la société autochtone qui n'ont qu'un caractère secondaire ou occasionnel. Ce sont ces caractéristiques distinctives qui doivent être reconnues et conciliées avec la souveraineté de Sa Majesté.

Constituent des droits ancestraux les coutumes, pratiques et traditions qui marquent la continuité avec les coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens. Il n'est pas nécessaire de produire, relativement aux coutumes, pratiques et traditions de la collectivité, une preuve concluante, datant de l'époque antérieure au contact avec les Européens. Il suffit que cette preuve tende à démontrer lesquels des aspects de la collectivité et de la société autochtones datent d'avant le contact avec les Européens. Le concept de continuité est le moyen qui permet d'éviter une interprétation du par. 35(1) fondée sur la notion de «droits figés». Il n'exige pas la preuve d'une continuité parfaite entre les coutumes, pratiques et traditions actuelles et celles qui existaient avant le contact avec les Européens. Une pratique qui existait avant le contact avec les Européens peut être reprise après une interruption.

Le fait de se reporter à la période antérieure au contact avec les Européens pour identifier les droits ancestraux n'est pas incompatible avec le fait que, aux termes du par. 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les Métis sont compris dans la définition de «peuples autochtones du Canada». L'histoire des Métis et les raisons qui sous-tendent leur inclusion pour qu'ils bénéficient de la protection accordée par l'art. 35 diffèrent considérablement de celles qui concernent les autres peuples autochtones du Canada. La manière dont les droits ancestraux des autres peuples autochtones sont définis n'est pas nécessairement déterminante en ce qui concerne la manière dont sont définis ceux des Métis.

Le tribunal doit appliquer les règles de preuve et interpréter la preuve existante en étant conscient de la nature particulière des revendications des autochtones et des difficultés que soulève la preuve d'un droit qui remonte à une époque où les coutumes, pratiques et traditions n'étaient pas consignées par écrit. Les tribunaux doivent se garder d'accorder un poids insuffisant à la preuve présentée par les demandeurs autochtones simplement parce que cette preuve ne respecte pas de façon précise les normes qui seraient appliquées dans d'autres contextes.

Le tribunal saisi d'une revendication fondée sur l'existence d'un droit ancestral doit s'attacher spécifiquement à l'examen des coutumes, pratiques et traditions du groupe autochtone qui revendique ce droit. Les revendications de droits ancestraux ne peuvent pas être tranchées de manière générale.

Le tribunal appelé à identifier les coutumes, pratiques et traditions qui constituent les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) doit s'assurer que la coutume, pratique ou tradition invoquée dans un cas donné revêt une importance particulière pour la collectivité autochtone qui revendique le droit. Il ne doit pas s'agir d'une coutume, pratique ou tradition simplement accessoire d'une autre coutume, pratique ou tradition. Les coutumes, pratiques et traditions accessoires ne peuvent être considérées comme des droits ancestraux du fait qu'elles se greffent sur des coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante d'une culture.

Pour être reconnue comme un droit ancestral, une coutume, pratique ou tradition n'a pas à être distincte, c'est-à-dire «propre» à la culture autochtone en cause. Les demandeurs autochtones doivent simplement montrer que la coutume, pratique ou tradition en cause est une caractéristique déterminante de leur culture.

Le fait que cette coutume, pratique ou tradition se soit poursuivie après l'arrivée des Européens et se soit adaptée en réaction à cet événement, n'est pas pertinent pour l'appréciation de la revendication; l'arrivée et l'influence des Européens ne peuvent être invoquées pour rejeter la revendication, par ailleurs valide, d'un droit ancestral présentée par un groupe autochtone. En revanche, si la coutume, pratique ou tradition n'est que le fruit des influences européennes, alors elle ne respecte pas la norme applicable pour la reconnaissance d'un droit ancestral.

Le rapport entre le titre aborigène (une sous-catégorie de droits ancestraux qui concerne seulement les revendications de droits fonciers) et les droits ancestraux ne doit pas embrouiller l'analyse de ce qui constitue un droit ancestral. Les droits ancestraux découlent non seulement de l'occupation antérieure du territoire, mais aussi de l'organisation sociale antérieure et des cultures distinctives des peuples autochtones habitant ce territoire. Pour déterminer si le bien-fondé de la revendication d'un droit ancestral a été établi, les tribunaux doivent considérer et les rapports qu'entretient le demandeur autochtone avec le territoire, et les coutumes, pratiques et traditions de la société à laquelle il appartient et de la culture distinctive de cette société. Ils ne doivent pas se concentrer sur les rapports qu'entretiennent les peuples autochtones avec le territoire au point de négliger les autres facteurs pertinents pour l'identification et la définition des droits ancestraux.

Conformément à la première étape de l'application du critère de la partie intégrante d'une culture distinctive, notre Cour doit identifier la nature précise de la prétention de l'appelante qu'elle exerçait un droit ancestral. En l'espèce, l'appelante soutient que les coutumes, pratiques et traditions des Sto:lo incluent, en tant que partie intégrante de leur culture, l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens. L'importance de cette coutume, pratique ou tradition est pertinente pour décider si

celle-ci fait partie intégrante de la culture, mais elle ne peut à elle seule justifier le bien-fondé de la revendication d'un droit ancestral. La revendication doit plutôt être fondée sur les coutumes, pratiques et traditions se rattachant concrètement à la pêche, en l'occurrence la coutume d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens.

Le juge du procès n'a commis aucune erreur manifeste et dominante qui justifierait une cour d'appel de substituer ses conclusions de fait aux siennes. Parmi ces conclusions, on peut relever les suivantes: (1) avant le contact avec les Européens, les échanges de poisson n'étaient qu'un aspect «accessoire» de la pêche pratiquée à des fins alimentaires; (2) il n'existait pas, avant le contact avec les Européens, de système de commerce organisé chez le peuple auquel appartient l'appelante; (3) le commerce entre les Sto:lo et la Compagnie de la Baie d'Hudson, même s'il était important pour la société sto:lo de cette époque, était qualitativement différent de celui qui était typique de la culture sto:lo d'avant le contact avec les Européens; (4) l'absence de spécialisation dans l'exploitation des ressources de la pêche chez les Sto:lo tend à indiquer que l'échange de poisson n'était pas un élément fondamental de la culture sto:lo. L'appelante n'a pas démontré que l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens faisait partie intégrante de la culture sto:lo distinctive qui existait avant le contact avec les Européens et était en conséquence protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): La source des droits ancestraux est l'occupation et l'utilisation historiques par les autochtones de leurs terres ancestrales, et ces droits comprennent non seulement le titre aborigène, mais aussi les éléments constitutifs de ce droit plus large -- tels les droits de chasse, de pêche et de piégeage ancestraux, et les coutumes, pratiques et traditions connexes -- ainsi que d'autres éléments qui font partie intégrante de la culture autochtone distinctive visée, mais ne se rapportent pas au territoire.

Les droits ancestraux peuvent se rattacher aux terres des réserves, aux terres visées par un titre aborigène et aux terres visées par un droit ancestral. Les terres des réserves sont réservées par le gouvernement fédéral pour l'usage exclusif des Indiens. Les terres visées par un titre aborigène, fondé sur la common law, sont les terres que possèdent les autochtones et qu'ils peuvent occuper et utiliser à leur gré, sous réserve du fait que c'est Sa Majesté qui, en dernier ressort, en détient le titre. Le titre aborigène existe lorsque l'ensemble des droits ancestraux est suffisamment important pour commander la reconnaissance d'un droit foncier *sui generis* d'occupation et d'utilisation des terres visées. Un titre aborigène peut également être fondé sur un traité. Enfin, les terres visées par un droit ancestral sont les terres auxquelles ne peuvent se rattacher que des droits ancestraux spécifiques (p. ex., le droit de chasser à des fins alimentaires, sociales et rituelles), parce que l'occupation et l'utilisation des terres par le groupe autochtone concerné sont trop limitées et, en conséquence, ne respectent pas le critère applicable en vue de la reconnaissance, en common law, d'un titre aborigène. Le classement d'une terre dans un type donné n'est pas immuable. De plus, une terre peut appartenir à plus d'un type.

Avant 1982, la doctrine des droits ancestraux n'était fondée que sur la common law, et les droits ancestraux pouvaient en conséquence être éteints par traité, par conquête et par voie législative puisqu'ils «dépendaient de la bonne volonté du Souverain». Désormais, le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* protège les intérêts des autochtones qui découlent de l'occupation et de l'utilisation historiques par ceux-ci de leurs terres ancestrales, en reconnaissant et en confirmant «[l]es droits existants -- ancestraux ou issus de traités -- des peuples autochtones du Canada».

Le test énoncé dans *Sparrow* est le cadre d'analyse des affaires constitutionnelles dans lesquelles on demande qu'un droit soit protégé en tant que droit

ancestral. Il comporte trois étapes: (1) l'évaluation et la définition d'un droit ancestral existant (y compris son extinction), (2) l'établissement d'une atteinte *prima facie* à ce droit, et (3) la justification de cette atteinte.

Le paragraphe 35(1) doit recevoir une interprétation généreuse, large et libérale et les ambiguïtés, doutes ou incertitudes doivent être résolus en faveur des autochtones. Les droits ancestraux doivent être interprétés à la lumière des rapports spéciaux de fiduciaire et de la responsabilité de Sa Majesté vis-à-vis des autochtones. La règle la plus importante est que les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) doivent être interprétés dans le contexte de l'histoire et de la culture de la société autochtone concernée, de manière à leur donner un sens pour les autochtones. Il n'est pas approprié d'affirmer que, dans la définition des droits ancestraux, la perspective de la common law importe autant que celle des autochtones.

La question de la nature et de l'étendue des droits ancestraux protégés par le par. 35(1) est fondamentalement une question de caractérisation. Deux méthodes d'analyse se sont dégagées.

La première est axée sur la coutume, pratique ou tradition en cause. Suivant ce point de vue, ce qui est commun aux cultures autochtones et non autochtones est non autochtone et donc n'est pas protégé par le par. 35(1). Cette méthode ne devrait pas être adoptée. Elle décrit mal l'expression «culture distinctive» utilisée dans l'arrêt *Sparrow*, en lui donnant le sens de «culture distincte». C'est une analyse qui accorde beaucoup trop d'importance au point de vue de la majorité. Enfin, elle est une interprétation par trop rigide qui revient à définir la culture autochtone et les droits ancestraux comme étant ce qu'il en reste après qu'on en ait retranché les caractéristiques des cultures non autochtones.

La deuxième méthode est plus générale et décrit les droits ancestraux avec un degré d'abstraction assez élevé. Le principe sur lequel elle repose est que la notion de «partie intégrante de la culture distinctive [des autochtones visés]» constitue un énoncé général de l'objet du par. 35(1). Il faudrait considérer que le par. 35(1) protège non pas une liste de coutumes, pratiques ou traditions propres, mais plutôt la «culture distinctive» dont les activités autochtones sont des manifestations. L'accent serait mis sur l'importance de ces activités pour les autochtones plutôt que sur les activités elles-mêmes. Il faudrait distinguer ces activités autochtones des pratiques ou habitudes qui étaient simplement des aspects accessoires de la vie d'un groupe particulier d'autochtones et qui, en tant que telles, ne commanderaient pas la protection du par. 35(1).

Le critère de la «culture autochtone distinctive» ne devrait pas être restreint aux activités exercées uniquement par les autochtones et non par les non-autochtones. Au contraire, toutes les coutumes, pratiques et traditions ayant un lien suffisant avec le sentiment d'identité et le désir de préservation des sociétés autochtones organisées devraient être considérées comme valant d'être protégées en vertu du par. 35(1). Qui plus est, il faudrait interpréter ces activités de façon généreuse, large et libérale afin de donner plein effet à la reconnaissance constitutionnelle du caractère distinctif de la culture autochtone. Ce qui constitue une coutume, pratique ou tradition distinctive pour une culture et une société autochtones doit être examiné avec les yeux des autochtones.

La question de la période pertinente pour la reconnaissance de droits ancestraux amène à se demander si la coutume, pratique ou tradition doit avoir existé avant une date spécifique, et quelle est la période nécessaire pendant laquelle une activité autochtone doit avoir été exercée pour être reconnue comme un droit visé au par. 35(1).

Deux méthodes principales ont été préconisées: la méthode fondée sur les «droits figés» et celle fondée sur le «caractère dynamique des droits». Il y a lieu de préférer la dernière.

Suivant la méthode fondée sur les «droits figés», seraient reconnues les coutumes, pratiques et traditions qui existaient de temps immémorial au moment de la souveraineté britannique. Cette méthode exagère l'incidence de l'influence européenne sur les collectivités autochtones, cristallise les pratiques autochtones à une date arbitraire et, sur le plan de la preuve, impose aux autochtones un fardeau lourd que ne permet pas d'atténuer l'assouplissement des normes de preuve. Ce critère intègre des hypothèses inappropriées et improuvables en ce qui concerne la culture et la société autochtones et est incompatible avec l'arrêt *Sparrow* qui a refusé de définir les droits ancestraux existants de façon à intégrer la manière dont ils étaient réglementés en 1982.

La méthode fondée sur le «caractère dynamique des droits» repose sur le principe que l'expression «droits ancestraux existants» doit recevoir une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d'évoluer avec le temps. Il faut permettre aux droits ancestraux de conserver une pertinence contemporaine par rapport aux besoins des autochtones, au fur et à mesure que leurs coutumes, pratiques et traditions changent et évoluent en même temps que l'ensemble de la société dans laquelle ils vivent. Cette interprétation généreuse, large et libérale des droits ancestraux protégés en vertu du par. 35(1) garantirait leur vitalité continue. Il n'est pas impératif que les coutumes, pratiques et traditions aient existé avant l'affirmation de la souveraineté britannique ou avant le contact avec les Européens. Au lieu d'être perçue comme le point tournant pour la culture autochtone, la souveraineté britannique serait plutôt considérée comme ayant reconnu et confirmé les coutumes, pratiques et traditions qui sont suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture des autochtones. Cette idée se rattache à la «doctrine de la continuité».

L'activité autochtone doit avoir fait partie intégrante d'une culture autochtone distinctive pendant une période considérable et ininterrompue. Cette période devrait être appréciée en fonction des critères suivants: (1) le type de coutumes, pratiques et traditions autochtones en cause, (2) la culture et la société autochtones particulières visées, et (3) la période de référence de 20 à 50 ans. Cette méthode permet de tenir compte, comme il se doit, de la perspective des autochtones en ce qui concerne la signification de leurs droits existants.

Pour ce qui est de la définition du droit ancestral revendiqué, les fins pour lesquelles sont exercées les activités en cause sont considérées comme hautement pertinentes dans l'examen de la question de savoir si les coutumes, pratiques et traditions autochtones ont été suffisamment importantes pour la culture d'un groupe particulier d'autochtones, et ce pendant une période considérable et ininterrompue. Ces fins ne devraient pas être compartimentées de manière stricte, mais plutôt être considérées comme les divers éléments d'une gamme sur laquelle les activités autochtones exercées seulement à des fins alimentaires se trouveraient à une extrémité et celles visant des fins purement commerciales à l'autre extrémité, alors que les activités faites à des fins de subsistance occuperaient le centre.

Il n'est pas nécessaire qu'une activité autochtone soit accomplie à des fins de subsistance pour bénéficier de la protection du par. 35(1). La question de savoir si une activité est suffisamment importante et fondamentale pour l'organisation sociale et la culture pendant une période considérable et ininterrompue doit être tranchée à partir des faits propres à chaque cas et prouvés par le ministère public, compte tenu de la culture autochtone en cause et de la preuve étayant la reconnaissance du droit revendiqué.

Toutefois, les faits de l'espèce ne permettent pas de formuler la question sous l'angle de la pêche commerciale. L'appelante n'a pas plaidé que son peuple possède un droit ancestral de pêcher à des fins commerciales, mais seulement le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. Enfin, la disposition législative visée par la présente contestation constitutionnelle ne concernait pas seulement la pêche commerciale, mais aussi la vente et l'échange du poisson à des fins non commerciales.

Le juge du procès et la Cour d'appel ont commis une erreur en formulant la question en litige et en appliquant la méthode des «droits figés». Le juge du procès s'est posé les mauvaises questions et a fait erreur quant à la preuve requise pour établir l'existence d'un droit ancestral visé au par. 35(1). En conséquence, il n'a pas tiré de conclusion de fait -- ou celles qu'il a tirées étaient insuffisantes -- au sujet de la culture autochtone distinctive des Sto:lo en ce qui a trait à la vente et à l'échange de poisson à des fins de subsistance. Vu ces erreurs manifestes et dominantes, qui ont faussé l'appréciation des faits par le juge du procès, une cour d'appel est justifiée de modifier les conclusions de fait du juge de première instance et de substituer son appréciation de la preuve présentée au procès à celle du juge de première instance.

La pêche a toujours été un aspect central de la vie et de la subsistance des Sto:lo, qui ont toujours échangé du saumon afin d'assurer leur subsistance et celle de leur famille. Ces activités ont fait partie de la culture autochtone distinctive des Sto:lo pendant une période considérable et ininterrompue -- pendant des siècles avant l'arrivée des Européens -- et continuent d'être pratiquées de nos jours, quoique sous des formes modernes. Le critère applicable afin de caractériser les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ainsi que l'exigence de durée pertinente, ont été respectés.

Le juge McLachlin (dissidente): Le tribunal qui est appelé à décider si une pratique donnée est l'exercice d'un droit ancestral protégé par la Constitution en vertu du par. 35(1) doit adopter une méthode (1) qui reconnaisse les deux objets du par. 35(1) (savoir empêcher l'extinction des droits ancestraux et constituer une assise solide en vue du règlement des revendications autochtones), (2) qui soit libérale et généreuse envers les intérêts des autochtones, (3) qui considère le droit ancestral revendiqué dans le contexte du mode de vie historique du peuple qui l'invoque; (4) et, par-dessus tout, qui soit respectueuse du rôle de fiduciaire que l'État joue auprès des premiers habitants du pays. Les points de vue juridiques des sociétés européennes et autochtones doivent être intégrés et la common law appliquée doit reconnaître pleinement la tradition autochtone préexistante.

La vente faite en l'espèce ne devrait pas être qualifiée autrement que d'acte de commerce. Quand une personne vend quelque chose à autrui, c'est du commerce. La question cruciale qui se pose n'est pas de savoir si, en l'espèce, la vente du poisson est ou non un acte de commerce, mais bien si elle peut être justifiée en tant qu'exercice d'un droit ancestral plus fondamental, qui serait la poursuite, par les autochtones concernés, de l'utilisation historique de la ressource.

Il est nécessaire de faire une distinction entre un droit ancestral et l'exercice d'un tel droit. Les droits sont généralement énoncés en termes larges et généraux et ne changent pas au fil des siècles. L'exercice des droits peut prendre diverses formes et varier selon les lieux et les époques. C'est en déterminant si la pratique moderne en cause peut être qualifiée d'exercice du droit visé que l'on concilie le principe que les droits des peuples autochtones doivent être des droits ancestraux et l'insistance de notre Cour sur le principe que les droits ancestraux ne sont pas figés. Il s'agit de droits ancestraux: cependant, l'exercice de ces droits prend des formes modernes.

L'histoire est un facteur important. Une pratique d'adoption récente ne saurait généralement être qualifiée d'ancestrale. Toutefois, il n'est pas essentiel qu'une pratique remonte à l'époque qui a précédé le contact avec les Européens pour être reconnue comme un droit constitutionnel. Les droits ancestraux ont leur origine non pas dans le moment magique du contact avec les Européens, mais dans les lois et coutumes traditionnelles que respectait le peuple en question avant que ne lui soient imposées celles des Européens et qui souvent existaient de temps immémorial.

Il faut établir qu'il y a continuité -- un lien -- entre la pratique historique et le droit revendiqué. Il peut arriver, cependant, qu'un droit cesse d'être exercé pendant un certain temps. Les droits ancestraux visés au par. 35(1) ne se limitent pas aux droits reconnus formellement par traité ou par les tribunaux avant 1982.

Ni l'approche fondée sur la notion de «partie intégrante», ni celle fondée sur le caractère «dynamique des droits» ne constituent un critère satisfaisant pour déterminer si un droit ancestral existe, même si ces deux approches tiennent compte de certaines facettes importantes des droits ancestraux. Le critère de la «partie intégrante ou accessoire» est trop large, trop indéterminé et trop catégorique.

Il convient de définir les droits ancestraux selon une approche empirique. Plutôt que d'essayer de définir a priori ce qu'est un droit ancestral, nous devons étudier l'histoire pour en tirer des inférences sur ce qui peut constituer un droit ancestral visé au par. 35(1).

En common law, les rapports avec les autochtones étaient fondés sur deux principes fondamentaux: (1) Sa Majesté prenait possession du territoire sous réserve des droits existants des autochtones sur les terres qu'ils avaient traditionnellement occupées

et sur les eaux y adjacentes; (2) les droits des peuples autochtones d'utiliser les terres et les eaux y adjacentes pour assurer leur subsistance ne devaient leur être enlevés que par traité solennel et moyennant octroi à ceux-ci et à leurs descendants d'une juste indemnité.

Ce droit des autochtones d'utiliser les terres et les eaux y adjacentes comme ils l'avaient fait traditionnellement pour assurer leur subsistance est un droit ancestral fondamental qui trouve appui dans la common law et dans l'histoire du pays, et qui est constitutionnalisé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Le droit de pêche ancestral peut être défini comme étant le droit de continuer à tirer du fleuve, de la rivière ou de la mer en question ce que les autochtones concernés en ont traditionnellement tiré. Si les autochtones démontrent qu'ils ont traditionnellement tiré leur subsistance du fleuve, de la rivière ou de la mer, ils ont alors à première vue le droit de continuer à le faire, s'ils n'ont pas, par traité, échangé ce droit contre autre chose. Ce n'est pas le droit de faire du commerce, mais le droit de continuer d'utiliser la ressource de la manière traditionnelle, afin de pourvoir aux besoins traditionnels, quoique sous leur forme moderne. Si les autochtones démontrent que le commerce est la seule manière d'utiliser la ressource de façon à leur permettre de se procurer l'équivalent moderne de ce qu'ils ont traditionnellement tiré de celle-ci, il s'ensuit qu'ils devraient être autorisés à faire le commerce de cette ressource dans la mesure nécessaire pour obtenir des biens et des commodités de remplacement. Dans ce contexte, le commerce n'est rien d'autre que la méthode ou la pratique par laquelle est exercé le droit plus fondamental qui consiste à tirer sa subsistance de la ressource.

Le droit d'échanger les produits du territoire et des eaux y adjacentes contre d'autres biens n'est pas illimité. Ce droit est la poursuite de l'exploitation historique de la ressource par les autochtones visés. Il n'y a donc rien qui justifie d'élargir le droit au-delà de ce qui est nécessaire pour permettre aux autochtones de se procurer des biens de

remplacement raisonnables à la place de ceux qu'ils ont traditionnellement obtenus pour la ressource -- pour pourvoir aux besoins de base en matière de logement, de transport, d'habillement et de commodités de la vie -- en sus de leurs besoins alimentaires et rituels. Au-delà de ces besoins, les pêcheurs autochtones n'ont aucun droit de priorité sur les non-autochtones qui pratiquent la pêche commerciale ou sportive.

Tous les droits ancestraux sur les terres et les eaux y adjacentes sont assujettis aux restrictions imposées pour des fins de conservation. Tout droit -- ancestral ou autre -- emporte l'obligation de l'utiliser de façon responsable. Il incombe à l'État d'établir un régime de réglementation qui respecte ces objectifs.

La preuve a établi décisivement que, pendant des siècles, les Sto:lo ont pêché non seulement à des fins alimentaires et rituelles, mais aussi pour satisfaire divers autres besoins. L'ampleur des activités de pêche en l'espèce restait bien en deçà des limites de la pêche traditionnelle.

Extinction

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): La question de l'extinction du droit dont l'existence a été reconnue doit être renvoyée au tribunal de première instance en vue de la tenue d'un nouveau procès, étant donné que la preuve est insuffisante pour permettre à notre Cour de statuer sur celle-ci.

Le juge McLachlin (dissidente): Pour qu'une mesure législative ou réglementaire éteigne un droit ancestral, cette intention doit être «claire et expresse». Aucun gouvernement antérieur n'a, en prenant de règlement qui aurait, affirme-t-on, éteint tout droit ancestral de pêche commerciale, pris en considération, comme l'exige le

critère de l'intention «claire et expresse», le droit ancestral ou encore l'effet sur ce droit de la mesure qu'il se proposait de prendre.

Atteinte à première vue

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): La question de l'atteinte *prima facie* doit être renvoyée au tribunal de première instance en vue de la tenue d'un nouveau procès, étant donné que la preuve est insuffisante pour permettre à notre Cour de statuer sur celle-ci.

Le juge McLachlin (dissidente): L'examen de la question de l'atteinte comporte deux étapes: (1) la personne accusée doit établir qu'elle avait, à première vue, le droit de faire ce qu'elle a fait; (2) il incombe alors au ministère public de prouver que le régime de réglementation respecte le droit particulier des autochtones de pêcher à des fins de subsistance. La deuxième condition n'a pas été remplie.

Justification

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): La question de la justification doit être renvoyée au tribunal de première instance en vue de la tenue d'un nouveau procès, étant donné que la preuve est insuffisante pour permettre à notre Cour de statuer sur celle-ci.

Le juge McLachlin (dissidente): Il ne convient pas d'adopter une conception large de la justification, qui ampute le droit pour le motif que cela est nécessaire à des fins de réconciliation et d'harmonie sociales. Une telle conception est contraire à la jurisprudence, indéterminée et, en dernière analyse, plus politique que juridique. Il y a

lieu d'adopter une conception plus limitée de la justification, savoir qu'il est loisible à l'État d'interdire l'exploitation de la ressource qui est incompatible avec son utilisation continue et responsable.

La restriction par le gouvernement d'un droit ancestral peut être justifiée, pourvu qu'elle vise à assurer la conservation de la ressource et l'exercice responsable du droit. La validité de restrictions qui iraient plus loin ne saurait être sauvegardée pour le motif que celles-ci sont nécessaires pour assurer la réconciliation ou la paix sociales. Des restrictions ayant pour effet de retirer à des autochtones la jouissance de la ressource pour la transférer à d'autres, et ce sans conclure de traité avec les premiers ou obtenir leur consentement, ne sauraient être justifiées.

Sous réserve des limites justifiées par la conservation de la ressource et la prévention des activités nuisibles à autrui, les autochtones ont la priorité pour pêcher à des fins alimentaires et rituelles, ainsi qu'à des fins supplémentaires de subsistance, c'est-à-dire pour satisfaire les besoins fondamentaux que la pêche permettait à leurs ancêtres de combler. Sous réserve de ces conditions, les non-autochtones peuvent exploiter la ressource.

La disposition réglementaire en cause n'était pas justifiée.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt appliqué: *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; **arrêts examinés:** *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Johnson c. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823); *Worcester c. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832); *Mabo c. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1; **arrêts mentionnés:** *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Washington c. Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Association*, 443 U.S. 658 (1979); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *R. c. George*, [1966] R.C.S. 267; *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104; *R. c. Derriksan* (1976), 71 D.L.R. (3d) 159 (C.S.C.), [1976] 2 R.C.S. v; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd., [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Johnson c. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823); *Cherokee Nation c. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831); *Worcester c. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832); *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Mabo c. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 A.C. 46; *R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *R. c. George*, [1966] R.C.S. 267; *Sikyea c. The Queen*, [1964] R.C.S. 642; *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104; *R. c. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227; *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294; *R. c. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Procureur général du Québec c. Blaikie (n° 1)*, [1979] 2 R.C.S. 1016; *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451; *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Delgamuukw c. British Columbia* (1993), 104 D.L.R. (4th) 470; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95; *R. c. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421; *R. c. King*, [1993] O.J. No. 1794; *R. c. Fraser*, [1994] 3 C.N.L.R. 139; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2

R.C.S. 802; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

R. c. Sparrow, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Mabo c. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *The Case of Tanistry* (1608), Davis 28, 80 E.R. 516; *In re Southern Rhodesia*, [1919] A.C. 211; *Tijani c. Secretary, Southern Nigeria*, [1921] 2 A.C. 399; *Oyekan c. Adele*, [1957] 2 All E.R. 785; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *United States c. Dion*, 476 U.S. 734 (1986); *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294.

Lois et règlements cités

Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique, L.R.C. (1985), app. II, n° 10.

Décret C.P. 2539 (11 septembre 1917).

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24).

Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), (2), 52.

Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q. 1977, ch. P-40.1.

Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 81, 82, 88.

Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 61(1).

Oregon Boundary Treaty, 1846, 34 B.S.P. 14.

Proclamation royale de 1763, L.R.C. (1985), app. II, n° 1.

Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/84-248, art. 27(5) [aj. DORS/85-290, art. 5].

Doctrine citée

Asch, Michael. *Home and Native Land: Aboriginal Rights and the Canadian Constitution*. Toronto: Methuen, 1984.

Asch, Michael and Patrick Macklem. «Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R. v. Sparrow*» (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 498.

Binnie, W. I. C. «The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning?» (1990), 15 *Queen's L.J.* 217.

Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. 2. Oxford: Clarendon Press, 1769.

Bowker, Andrea. «*Sparrow's* Promise: Aboriginal Rights in the B.C. Court of Appeal» (1995), 53 *Toronto Fac. L. Rev.* 1.

Chitty, Joseph. *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown*. London: Butterworths, 1820.

Concise Oxford Dictionary of Current English, 9th ed. Edited by Della Thompson. Oxford: Clarendon Press, 1995, «distinct», «distinctive», «tradition».

Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.

Duff, Wilson. *The Upper Stalo Indians of the Fraser Valley, British Columbia (Anthropology in British Columbia -- Memoir No. 1)*. Victoria: British Columbia Provincial Museum, 1952.

Elliott, David. *Law and Aboriginal Peoples of Canada*, 2nd ed. Canadian Legal Studies Series. North York, Ont.: Captus Press, 1994.

Émond, André. «Existe-t-il un titre indien originaire dans les territoires cédés par la France en 1763?» (1995), 41 *R.D. McGill* 59.

Émond, André. «Le sable dans l'engrenage du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale» (1996), 30 *R.J.T.* 1.

Grammond, Sébastien. «La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt *Sparrow*» (1991), 36 *R.D. McGill* 1382.

Halsbury's Laws of Australia, vol. 1 [«Hunting, Gathering and Fishing Rights», paras. 5-2250, 5-2255, 5-2260, 5-2265]. North Ryde: Butterworths Pty Limited, 1991 (loose-leaf).

- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1992.
- Holdsworth, Sir William Searle. *A History of English Law*, vol. 11. London: Methuen, 1938.
- Lafontaine, Alain. «La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones» (1995), 36 *C. de D.* 669.
- Lyon, Noel. «An Essay on Constitutional Interpretation» (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 95.
- Lysyk, Kenneth. «The Indian Title Question in Canada: An Appraisal in the Light of Calder» (1973), 51 *R. du B. can.* 450.
- Macklem, Patrick. «First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination» (1991), 36 *McGill L.J.* 382.
- Macklem, Patrick. «Normative Dimensions of an Aboriginal Right of Self-Government» (1995), 21 *Queen's L.J.* 173.
- McNeil, Kent. «The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada» (1982), 4 *Sup. Ct. L. Rev.* 255.
- McNeil, Kent. *Common Law Aboriginal Title*. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- Pentney, William. «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II -- Section 35: The Substantive Guarantee» (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207.
- Petit Robert I.* Paris: Le Robert, 1990, «ancestral».
- Sanders, Douglas. «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada» (1983), 61 *R. du B. can.* 314.
- Shorter Oxford English Dictionary*, 3rd ed., vol. 1. Oxford: Clarendon Press, 1973, «integral».
- Slattery, Brian. «Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims» (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 681.
- Slattery, Brian. *Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title*. Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1983.
- Slattery, Brian. «First Nations and the Constitution: A Question of Trust» (1992), 71 *R. du B. can.* 261.
- Slattery, Brian. «The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights» (1983), 8 *Queen's L.J.* 232.

Slattery, Brian. *The Land Rights of Indigenous Canadian Peoples, as Affected by the Crown's Acquisition of Their Territories*. Saskatoon: University of Saskatchewan, Native Law Centre, 1979.

Slattery, Brian. «The Legal Basis of Aboriginal Title». In *Aboriginal Title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen*. Edited by Frank Cassidy. Lantzville, B.C.: Oolichan Books, 1992.

Slattery, Brian. «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727.

Walters, Mark. «British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*» (1992), 17 *Queen's L.J.* 350.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75, 29 B.C.A.C. 209, 48 W.A.C. 209, 83 C.C.C. (3d) 289, [1993] 5 W.W.R. 459, [1993] 4 C.N.L.R. 221, qui a accueilli l'appel contre le jugement du juge Selbie (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 392, [1991] 3 C.N.L.R. 161, qui avait accueilli l'appel contre la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Scarlett de la Cour provinciale, [1991] 3 C.N.L.R. 155. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes.

Louise Mandell et Leslie J. Pinder, pour l'appelante.

S. David Frankel, c.r., et *Cheryl J. Tobias*, pour l'intimée.

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

J. Keith Lowes, pour l'intervenant le Fisheries Council of British Columbia.

Christopher Harvey, c.r., et *Robert Lonergan*, pour les intervenantes la British Columbia Fisheries Survival Coalition et la British Columbia Wildlife Federation.

Harry A. Slade, Arthur C. Pape et Robert C. Freedman, pour l'intervenant le First Nations Summit.

Stuart Rush, c.r., et *Michael Jackson*, pour les intervenants Delgamuukw et autres.

Arthur C. Pape et Clayton C. Ruby, pour les intervenants Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese et Allan Gardner.

//Le Juge en chef//

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE EN CHEF --

I. Introduction

- 1 Le présent pourvoi, ainsi que les pourvois connexes *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 723 et *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 672, soulèvent la question que notre Cour n'a pas tranchée dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075: Comment faut-il s'y prendre pour définir les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?
- 2 Dans l'arrêt *Sparrow*, le juge en chef Dickson et le juge La Forest, qui ont rédigé la décision unanime de la Cour, ont donné les grandes lignes du cadre d'analyse des demandes fondées sur le par. 35(1). Premièrement, le tribunal doit déterminer si le

demandeur a prouvé qu'il avait agi en vertu d'un droit ancestral. Deuxièmement, il doit décider s'il y a eu extinction de ce droit. Troisièmement, il doit déterminer s'il y a eu atteinte à ce droit. Enfin, le tribunal doit décider si l'atteinte est justifiée. Dans *Sparrow*, toutefois, l'existence du droit ancestral des Musqueams de pêcher à des fins alimentaires n'était pas sérieusement contestée, de sorte que notre Cour n'avait pas à trancher la question de savoir comment il faut s'y prendre pour définir les droits reconnus et confirmés par le par. 35(1). C'est à cette question et, en particulier, à celle de savoir si le par. 35(1) reconnaît et confirme le droit des Sto:lo de vendre du poisson, que notre Cour doit maintenant répondre.

- 3 Pour définir la portée des droits ancestraux, il sera d'abord nécessaire d'énoncer les objets qui sous-tendent le par. 35(1), en particulier les raisons pour lesquelles on y reconnaît et confirme le statut constitutionnel unique des peuples autochtones au Canada. En effet, tant que l'on n'a pas saisi pourquoi les droits ancestraux existent et sont protégés par la Constitution, il est impossible de les définir. Comme le juge Dickson (plus tard Juge en chef) l'a dit dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344, les textes constitutionnels doivent être interprétés «en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger». Ce principe, énoncé à l'égard des droits protégés par la *Charte canadienne des droits et libertés*, s'applique également à l'interprétation du par. 35(1).
- 4 En conséquence, après un bref exposé du contexte du présent pourvoi, le présent jugement fera état, en vue de l'identification des droits ancestraux, d'un critère reflétant les objets visés au par. 35(1) et les intérêts que cette disposition constitutionnelle est censée protéger.

II. Exposé des faits

5 L'appelante Dorothy Van der Peet a été accusée, en application du par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14, de l'infraction d'avoir vendu du poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens, contrairement au par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248. À la date où l'appelante a été inculpée, le par. 27(5) était ainsi rédigé:

27. . . .

(5) Il est interdit à quiconque de vendre, d'échanger ou d'offrir de vendre ou d'échanger du poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens.

6 Les accusations découlaient de la vente par l'appelante de 10 saumons le 11 septembre 1987. Ces poissons avaient été pris par Steven et Charles Jimmy en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens. Charles Jimmy est le conjoint de fait de l'appelante. Celle-ci, membre des Sto:lo, n'a jamais contesté ces faits, invoquant plutôt pour sa défense qu'en vendant ces poissons elle exerçait un droit ancestral existant de vendre du poisson. L'appelante a fondé sa défense sur la thèse que les restrictions imposées par le par. 27(5) du Règlement portent atteinte à son droit ancestral existant de vendre du poisson et qu'elles sont donc invalides parce qu'elles violent le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

III. Les décisions des juridictions inférieures

7 Le juge Scarlett de la Cour provinciale a rejeté l'argument de l'appelante voulant qu'elle ait vendu du poisson en vertu d'un droit ancestral. S'appuyant sur les témoignages de membres de la bande et d'anthropologues, il a conclu que, historiquement, les Sto:lo avaient clairement pratiqué la pêche à des fins alimentaires et rituelles, mais que les échanges de saumons qui se produisaient avaient un caractère uniquement accessoire et occasionnel. Il a statué, à la p. 160, qu'il n'y avait pas de commerce du saumon [TRADUCTION] «au sens d'un commerce organisé ou d'un marché», mais seulement des «échanges découlant d'occasions fortuites». Il a conclu que les Sto:lo n'étaient pas en mesure de conserver ou d'emmagasiner le poisson durant de longues périodes, et que leur culture était celle d'une bande plutôt que d'une tribu. Il a estimé que ces deux faits étaient importants en ce qu'ils tendaient à indiquer que les Sto:lo ne faisaient pas d'échanges dans le cadre d'un système de marché. Sur la foi de ces conclusions concernant la nature des échanges de saumon faits par les Sto:lo, le juge Scarlett a statué que le droit ancestral de ceux-ci de pêcher à des fins alimentaires et rituelles n'inclut pas le droit de vendre le poisson ainsi pris. Il a donc déclaré l'accusée coupable d'avoir contrevenu au par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries*.

La Cour suprême de la Colombie-Britannique (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 392

8 Le juge Selbie de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a statué que le juge Scarlett de la Cour provinciale avait commis une erreur en se demandant si la preuve établissait que les Sto:lo avaient fait des échanges dans le cadre d'un système de marché. La preuve n'aurait pas dû être examinée à la lumière des [TRADUCTION] «critères contemporains de «commercialisation»» (par. 15), mais plutôt en vue de déterminer si «elle [était] davantage compatible avec l'existence d'un droit de pêche ancestral incluant le droit de vendre ou d'échanger le produit de la pêche, que le contraire» (par. 16). Le juge a conclu, au par. 16, que, en l'espèce, la preuve était compatible avec l'existence d'un droit ancestral de vendre du poisson parce qu'elle tendait à indiquer que les sociétés autochtones ne faisaient l'objet d'aucune restriction ou interdiction en ce qui concerne la vente du poisson, de sorte que [TRADUCTION] «quand le premier Indien a pris le premier saumon il avait le «droit» d'en faire ce qu'il voulait -- le manger, l'échanger contre de la viande de chevreuil, le remettre à l'eau ou le garder pour les temps plus difficiles». En conséquence, le juge Selbie a statué que les Sto:lo possédaient un droit ancestral de vendre du poisson et que la décision rendue par le juge du procès contre l'appelante était incompatible avec la preuve. Il a ordonné la tenue d'un nouveau procès sur les questions de savoir si ce droit avait été éteint, si le règlement portait atteinte à ce droit et, si oui, si la violation était justifiée.

La Cour d'appel (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75

9 La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli à l'appel du ministère public et rétabli la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Scarlett de la Cour provinciale. Le juge Macfarlane (avec l'appui du juge Taggart), a conclu, au par. 20, qu'une pratique est protégée par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* en tant que droit ancestral si la preuve établit qu'elle a [TRADUCTION] «été exercée, au moment de l'affirmation de la souveraineté, pendant une période suffisamment longue pour devenir partie intégrante de la société autochtone». Cependant, pour être protégée en tant que droit ancestral, la pratique ne doit pas s'être [TRADUCTION] «répandue du seul fait des influences européennes» (au par. 21), mais bien émaner de la société autochtone elle-même. Sur le fondement de ce critère, le juge Macfarlane a statué, au par. 30, que les Sto:lo n'avaient pas de droit ancestral de vendre du poisson. Il a conclu que la question n'était pas de savoir si les Sto:lo étaient en mesure d'établir l'existence du droit d'aliéner du poisson excédentaire à l'occasion, mais bien de savoir s'ils avaient le droit de [TRADUCTION] «vendre commercialement du poisson attribué à des fins alimentaires», droit qui doit bénéficier de la priorité garantie par la Constitution en ce qui concerne la répartition de cette ressource. Puisque c'était là la question à trancher, le juge Macfarlane a statué que le juge du procès avait bien apprécié la preuve qui -- même si elle indiquait qu'on aliénait le poisson excédentaire, notamment par voie d'échanges -- n'établissait pas que [TRADUCTION] «le but de la pêche était de faire le commerce du poisson» (par. 41). Bien que, avant l'affirmation de la souveraineté par les Britanniques, les Sto:lo échangeaient effectivement du saumon à la Compagnie de la Baie d'Hudson contre d'autres biens, d'une manière qui pourrait être qualifiée de commerciale, ces échanges ne participaient «pas de la même nature et de la même qualité que les traditions autochtones dont l'existence avait été établie par la preuve» (par. 41), et ils ne bénéficiaient donc pas de la protection du par. 35(1) en tant que droit ancestral.

10 Dans son jugement concordant, le juge Wallace a énoncé, à l'égard des droits ancestraux, un critère analogue à celui du juge Macfarlane, dans la mesure où il a lui aussi statué, au par. 78, que sont protégées par le par. 35(1) en tant que droits ancestraux les pratiques [TRADUCTION] «traditionnelles qui faisaient partie intégrante de la société autochtone avant l'affirmation de la souveraineté». Le juge Wallace a souligné qu'il ne faut pas considérer que le par. 35(1) a pour but d'élargir la notion de droits ancestraux telle qu'elle existait avant 1982, mais plutôt qu'il vise à protéger contre les atteintes législatives les droits ancestraux qui existaient en 1982. Le paragraphe 35(1) n'a pas été édicté pour faciliter la réalisation des objectifs actuels de la collectivité autochtone, mais bien pour protéger [TRADUCTION] «les pratiques autochtones traditionnelles qui font partie intégrante du mode de vie traditionnel et de la culture de la collectivité autochtone» (par. 78). Le juge Wallace a statué, au par. 104, que les droits ne doivent pas être [TRADUCTION] «déterminés eu égard aux objectifs économiques de leurs titulaires». À partir de ce cadre d'analyse, il a conclu que le juge du procès avait à juste titre statué que la vente de poisson à des fins commerciales diffère de par sa nature du droit ancestral des Sto:lo de pêcher à des fins alimentaires et rituelles, de sorte qu'il était impossible d'affirmer que l'appelante exerçait un droit ancestral lorsqu'elle a vendu le poisson.

11 Le juge Lambert a exprimé sa dissidence. Tout en convenant que les droits ancestraux sont les coutumes, pratiques et traditions autochtones qui font partie intégrante d'une culture autochtone distinctive, il a ajouté la réserve que, pour décider si une pratique fait effectivement partie intégrante de cette culture, il faut d'abord la décrire correctement. Selon lui, pour bien décrire un droit ou une pratique il faut se fonder sur son importance pour la culture autochtone concernée. À cette fin, pour déterminer dans quelle mesure la pêche autochtone constitue un droit protégé par le par. 35(1), le tribunal doit tenir compte non pas du but dans lequel les autochtones pêchaient, mais plutôt de l'importance de la pêche pour la société autochtone. Ce n'est pas la pêche mais son importance sociale qui

fait partie intégrante de la société autochtone distinctive et qui, de ce fait, est protégée par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. À l'appui de cette proposition, le juge Lambert a invoqué l'arrêt *Sparrow* de notre Cour, précité, ainsi qu'un arrêt américain touchant un différend concernant les conditions de traités signés avec les autochtones du nord-ouest de la côte du Pacifique (voir, p. ex., *Washington c. Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Association*, 443 U.S. 658 (1979)), et le principe général que, dans la définition des droits ancestraux, il faut tenir compte du point de vue des autochtones. Le juge Lambert a conclu que l'importance de la pêche sur le plan social pour les Sto:lo était le fait que cette activité était le moyen qui leur permettait de s'assurer une subsistance convenable. Il a par conséquent statué, au par. 150, que les Sto:lo possédaient le droit ancestral, protégé par le par. 35(1):

[TRADUCTION] *de prendre et, s'ils le désirent, de vendre eux-mêmes et par l'entremise d'autres Sto:lo, suffisamment de saumon pour assurer à tous ceux qui souhaitent pêcher -- ainsi qu'aux personnes à leur charge --, compte tenu de leurs autres ressources financières, une subsistance convenable . . .* [En italique dans l'original.]

Le juge Lambert a rejeté la position de la majorité que la dimension commerciale de la pêche a été introduite par les Européens et qu'elle ne bénéficie donc pas de la protection du par. 35(1). Le point essentiel, a-t-il affirmé, n'est pas que les Européens aient introduit le commerce, mais bien que, dès l'arrivée de ceux-ci, les Sto:lo ont commencé à faire du commerce avec eux. Ce faisant, ils ne rompaient pas avec leur passé. Le commerce avec la Compagnie de la Baie d'Hudson [TRADUCTION] «n'était qu'une réaction à une nouvelle circonstance dans l'exercice de la pratique existante» (par. 180). Le juge Lambert a ajouté que le droit des Sto:lo de pêcher pour s'assurer une subsistance convenable n'avait pas été éteint, et qu'il avait été violé par le par. 27(5) du Règlement,

d'une manière qui n'a pas été justifiée par le ministère public. Il aurait donc rejeté l'appel de ce dernier et inscrit un acquittement.

- 12 Le juge Hutcheon a lui aussi exprimé sa dissidence. Il l'a fait sur le fondement que rien n'appuie la thèse que le moment pertinent pour l'identification des droits ancestraux est la période antérieure aux contacts avec les Européens et leur culture. Il a jugé que le moment historique pertinent est plutôt 1846, date de l'affirmation de la souveraineté britannique sur la Colombie-Britannique. Comme il n'est pas contesté qu'en 1846 les Sto:lo faisaient le commerce du saumon, ils peuvent revendiquer un droit ancestral de vendre du poisson protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le juge Hutcheon a en outre conclu que ce droit n'avait pas été éteint avant 1982. En conséquence, il aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès sur les questions de l'atteinte à ce droit et de la justification.

IV. Moyens d'appel

- 13 L'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée le 10 mars 1994. La question constitutionnelle suivante a été formulée:

Le paragraphe 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait le 11 septembre 1987, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque?

L'appelante a interjeté appel pour le motif que la Cour d'appel aurait fait erreur en définissant les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) comme étant les pratiques qui font partie intégrante des cultures distinctives des peuples autochtones. Elle a prétendu que la Cour d'appel a commis une erreur en statuant que les droits ancestraux sont reconnus dans le but de protéger le mode de vie traditionnel des autochtones. Elle a de plus affirmé que la Cour d'appel avait fait erreur en exigeant que les Sto:lo satisfassent à un critère exigeant la preuve d'une longue période d'utilisation, en exigeant qu'ils démontrent l'absence d'influence européenne et en ne retenant pas le point de vue des autochtones eux-mêmes.

- 14 Le First Nations Summit, Delgamuukw et autres ainsi que Pamajewon et autres sont intervenus pour appuyer l'appelante. Le Fisheries Council of British Columbia, le procureur général du Québec, la British Columbia Fisheries Survival Coalition et la British Columbia Wildlife Federation sont intervenus au soutien de l'intimée Sa Majesté la Reine.

V. Analyse

Introduction

- 15 J'aborde maintenant la question qui, comme je l'ai déjà indiqué, est au coeur du présent pourvoi: Comment faut-il s'y prendre pour définir les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?
- 16 Dans son mémoire, l'appelante a prétendu que la Cour d'appel à la majorité avait commis une erreur en définissant les droits visés au par. 35(1) d'une manière qui [TRADUCTION] «a transformé un droit en une relique». Une telle façon de voir, d'affirmer l'appelante,

est inconciliable avec le fait que les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) sont des droits et non simplement des pratiques autochtones. L'appelante a reconnu que les droits ancestraux tirent leur origine des sociétés et cultures autochtones, mais elle a soutenu que la Cour d'appel à la majorité a commis une erreur parce qu'elle a défini les droits ancestraux en s'attachant à identifier des activités antérieures au contact avec les Européens plutôt que des droits légaux préexistants.

17 Même si l'appelante a raison de dire que la simple existence d'une activité dans une collectivité autochtone donnée avant le contact avec les Européens n'est pas, en soi, un fondement suffisant pour définir des droits ancestraux, la thèse qu'elle voudrait que notre Cour adopte éloigne trop la protection du par. 35(1) de ce qu'elle est censée protéger. Il est vrai que le par. 35(1) reconnaît et confirme les droits ancestraux existants, mais il ne faut pas oublier que les droits qu'il reconnaît et confirme sont des droits autochtones.

18 Selon la philosophie libérale du Siècle des Lumières, qui a inspiré le Bill of Rights des États-Unis et, plus indirectement, la *Charte*, les droits appartiennent à tous les membres de la société, étant donné que chacun a droit à la dignité et au respect. Les droits sont généraux et universels; ils constituent la manière dont la «dignité inhérente» à chaque individu dans la société est respectée: *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 336.

19 Toutefois, les droits ancestraux ne peuvent être définis par l'application des préceptes de cette philosophie. Même s'ils ont une portée et une importance égales aux droits inscrits dans la *Charte*, les droits ancestraux doivent être considérés différemment des droits garantis par la *Charte*, parce qu'ils sont détenus seulement par les autochtones au sein de la société canadienne. Les droits ancestraux tirent leur origine du fait que les peuples autochtones sont des autochtones. Comme l'ont souligné des commentateurs

universitaires, les droits ancestraux [TRADUCTION] «participent de l'essence même de l'«autochtonité», Michael Asch et Patrick Macklem, «Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R. v. Sparrow*» (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 498, à la p. 502; il s'agit de droits détenus par [TRADUCTION] «les Indiens en tant qu'Indiens», Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727, à la p. 776.

20 Notre Cour a pour tâche de définir les droits ancestraux d'une manière qui reconnaisse qu'il s'agit bien de droits, mais de droits détenus par les autochtones parce qu'ils sont des autochtones. Notre Cour ne doit pas perdre de vue le statut constitutionnel généralisé des droits protégés par le par. 35(1), mais elle ne peut pas non plus faire abstraction de la nécessaire spécificité qui résulte de la protection constitutionnelle spéciale accordée à un segment de la société canadienne. Notre Cour doit définir la portée du par. 35(1) d'une manière qui permette de cerner à la fois l'aspect «ancestral» et l'aspect «droit» dans l'expression «droits ancestraux».

21 Comme il a été indiqué au début, la façon d'accomplir cette tâche est d'appliquer au par. 35(1) une analyse fondée sur l'objet. C'est par la détermination des intérêts que le par. 35(1) vise à protéger qu'il est possible d'appréhender la dualité des droits ancestraux. Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, le juge Dickson a expliqué la raison d'être de l'analyse fondée sur l'objet des textes constitutionnels. Ainsi, les tribunaux doivent donner à la Constitution une interprétation fondée sur l'objet parce que les constitutions sont, de par leur nature même, des documents conçus autant en fonction de l'avenir que du présent. La Constitution doit être interprétée de telle sorte qu'elle soit «susceptible d'évoluer avec le temps de manière à répondre à de nouvelles réalités sociales, politiques et historiques que souvent ses auteurs n'ont pas envisagées», *Hunter*, précité, à la p. 155. Parce qu'une telle approche assure que la disposition n'est pas considérée comme statique, et pertinente seulement par rapport aux circonstances

présentes, l'application au par. 35(1) d'une analyse fondée sur l'objet garantit que la reconnaissance et la confirmation prévues par celui-ci sont compatibles avec le fait que ce qui est reconnu et confirmé ce sont des «droits». De plus, parce qu'elle oblige le tribunal à analyser des textes constitutionnels donnés «en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger» (*Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 344), cette analyse du par. 35(1) fait en sorte que ce qui est jugé comme relevant de cette disposition se rapporte à son objet: les peuples autochtones et leurs droits par rapport à la société canadienne dans son ensemble.

- 22 Dans *Sparrow*, précité, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont statué, à la p. 1106, qu'il faut interpréter le par. 35(1) en fonction de l'objet qu'il vise:

La méthode qu'il convient d'adopter pour interpréter le par. 35(1) est dérivée des principes généraux d'interprétation constitutionnelle, des principes relatifs aux droits ancestraux et des objets sous-jacents à la disposition constitutionnelle elle-même. [Je souligne.]

Toutefois, dans cette affaire-là, notre Cour n'a pas eu l'occasion de dégager les objets sous-jacents au par. 35(1) eu égard à la portée des droits qu'il vise à protéger. Il faut faire cette analyse dans le présent cas.

Principes généraux applicables aux litiges entre les peuples autochtones et l'État

23 Toutefois, avant d'analyser le par. 35(1) en fonction de son objet, il convient de signaler qu'une telle analyse doit être faite à la lumière des principes généraux applicables aux rapports juridiques entre l'État et les peuples autochtones. Dans l'arrêt *Sparrow*, précité, notre Cour a statué, à la p. 1106, que le par. 35(1) doit recevoir une interprétation généreuse et libérale en faveur des autochtones:

Si on considère les objectifs de la confirmation des droits ancestraux, il est évident qu'une interprétation généreuse et libérale du texte de cette disposition constitutionnelle s'impose. [Je souligne.]

24 Ce principe d'interprétation, qui a d'abord été énoncé dans le contexte des droits issus de traités -- *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, à la p. 402; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la p. 36; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901, à la p. 907; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, à la p. 1066 -- découle de la nature des rapports entre l'État et les peuples autochtones. L'État a, envers les peuples autochtones, une obligation de fiduciaire qui a pour conséquence de mettre son honneur en jeu lorsqu'il traite avec eux. En raison de cette obligation de fiduciaire et de l'incidence de cette obligation sur l'honneur de l'État, les traités, le par. 35(1) et les autres dispositions législatives et constitutionnelles protégeant les droits des peuples autochtones doivent recevoir une interprétation généreuse et libérale: *R. c. George*, [1966] R.C.S. 267, à la p. 279. Ce principe général doit guider la Cour dans l'analyse des objets qui sous-tendent le par. 35(1), ainsi que dans l'analyse de la définition et de la portée de cette disposition.

25 L'existence des rapports de fiduciaire qui existent entre l'État et les peuples autochtones emporte en outre que les doutes ou ambiguïtés concernant la portée et la définition des droits visés par le par. 35(1) doivent être résolus en faveur des peuples autochtones. Dans *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451, à la p. 464, le juge Dickson a affirmé,

relativement à la clause 13 de la Convention entre le Manitoba et le Canada, un document constitutionnel, qu'il «faut l'interpréter de façon à résoudre tout doute en faveur des Indiens, les bénéficiaires des droits ainsi garantis». Ce principe d'interprétation s'applique également au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et, je le répète, il devrait guider la Cour dans son analyse de l'objet de cette disposition.

Analyse de l'objet du par. 35(1)

- 26 Je vais maintenant analyser l'objet du par. 35(1).
- 27 Quand le tribunal dégage les objets visés par une disposition constitutionnelle ou les intérêts que celle-ci est censée protéger, ce qu'il fait c'est essentiellement expliquer la raison d'être de cette disposition et énoncer les raisons sous-jacentes de la protection qu'elle offre. En ce qui concerne le par. 35(1), le tribunal doit donc expliquer la raison d'être et le fondement de la reconnaissance et de la confirmation des droits spéciaux des peuples autochtones, et identifier le fondement du statut particulier des peuples autochtones au sein de l'ensemble de la société canadienne.
- 28 Dans la détermination du fondement de la reconnaissance et de la confirmation des droits ancestraux, il ne faut pas oublier que le par. 35(1) n'a pas créé la doctrine juridique des droits ancestraux. En effet, ces droits existaient déjà et ils étaient reconnus en common law: *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313. Évidemment, comme les droits ancestraux n'avaient pas, en common law, de statut constitutionnel, le législateur fédéral pouvait à tout moment les éteindre ou les réglementer: *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104, à la p. 112; *R. c. Derriksan* (1976), 71 D.L.R. (3d) 159 (C.S.C.), [1976] 2 R.C.S. v; c'est ce qui distingue les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) de ceux protégés par la common law.

À la suite de l'adoption du par. 35(1), les droits ancestraux ne peuvent pas être éteints et ils ne peuvent être réglementés ou violés qu'en conformité avec le critère de justification énoncé par notre Cour dans *Sparrow*, précité.

- 29 Le fait que les droits ancestraux sont antérieurs à l'édiction du par. 35(1) pourrait amener à conclure qu'il faudrait limiter l'analyse de l'objet de cette disposition aux raisons pour lesquelles une doctrine juridique préexistante s'est vue conférer un statut constitutionnel. Il faut s'abstenir de tirer pareille conclusion. La préexistence des droits ancestraux est un élément pertinent pour l'analyse du par. 35(1), parce qu'elle indique que l'importance et l'existence de ces droits sont antérieures à la constitutionnalisation de ceux-ci et qu'elle éclaire sur les raisons justifiant la protection qui leur est accordée. Toutefois, il faut identifier les intérêts protégés par le par. 35(1) en expliquant le fondement de la doctrine juridique des droits ancestraux, et non les raisons pour lesquelles cette doctrine a aujourd'hui un statut constitutionnel.
- 30 À mon avis, la doctrine des droits ancestraux existe et elle est reconnue et confirmée par le par. 35(1), et ce pour un fait bien simple: quand les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les peuples autochtones s'y trouvaient déjà, ils vivaient en collectivités sur ce territoire et participaient à des cultures distinctives, comme ils l'avaient fait pendant des siècles. C'est ce fait, par-dessus tout, qui distingue les peuples autochtones de tous les autres groupes minoritaires du pays et qui commande leur statut juridique -- et maintenant constitutionnel -- particulier.
- 31 Plus précisément, le par. 35(1) établit le cadre constitutionnel qui permet de reconnaître que les autochtones vivaient sur le territoire en sociétés distinctives, possédant leurs propres cultures, pratiques et traditions, et de concilier ce fait avec la souveraineté de Sa Majesté. Les droits substantiels visés par cette disposition doivent être définis à la

lumière de cet objet. Les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) doivent tendre à concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté.

32 La conclusion que le par. 35(1) a pour objet de reconnaître l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par les peuples autochtones ressort du texte français de cette disposition. L'expression anglaise «*existing aboriginal and treaty rights*» est rendue en français par «[l]es droits existants -- ancestraux ou issus de traités». Le terme «ancestral», qui est défini ainsi dans le dictionnaire *Le Petit Robert 1* (1990): «[q]ui a appartenu aux ancêtres, qu'on tient des ancêtres», tend à indiquer que les droits reconnus et confirmés par le par. 35(1) doivent, sur le plan temporel, tirer leur origine de la présence historique -- des ancêtres -- des peuples autochtones de l'Amérique du Nord.

33 Cette façon d'analyser le par. 35(1) trouve également appui dans des décisions antérieures de notre Cour. Dans *Calder*, précité, la Cour a refusé une demande des Nishgas qui sollicitaient une déclaration portant que leur titre aborigène n'avait pas été éteint. Aucune majorité ne s'est dégagée quant au fondement de la décision dans cet arrêt. Toutefois, dans leurs motifs respectifs, les juges Judson et Hall (chacun parlant aussi au nom de deux autres juges) ont reconnu l'existence du titre aborigène. Le juge Hall a basé le titre aborigène des Nishgas sur le fait que ceux-ci avaient «possédé [. . .] de temps immémorial» (*Calder*, précité, à la p. 375) les terres dont ils revendiquaient le titre. Le juge Judson a expliqué ainsi les origines du titre aborigène des Nishgas, à la p. 328:

Je crois qu'il est clair qu'en Colombie-Britannique, le titre indien ne peut pas avoir pour origine la Proclamation de 1763, mais il reste 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. C'est ce que signifie le titre indien et en l'appelant «droit personnel de la nature d'un usufruit», la solution du problème n'en devient pas plus facile. Ils affirment dans la présente action qu'ils avaient le droit de continuer à vivre sur leurs terres comme l'avaient fait leurs ancêtres et que ce droit n'a jamais été juridiquement éteint. [Je souligne.]

La position des juges Judson et Hall quant au fondement du titre aborigène est applicable aux droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1). Le titre aborigène est l'aspect des droits ancestraux qui se rapporte spécifiquement aux revendications territoriales des autochtones; c'est le moyen par lequel la common law reconnaît les droits fonciers des autochtones. Ainsi, l'explication donnée dans l'arrêt *Calder*, précité, relativement au fondement du titre aborigène peut être appliquée également aux droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1). Tant le titre aborigène que les droits ancestraux découlent de l'existence de collectivités autochtones distinctives, occupant «les terres comme leurs ancêtres l'avaient fait depuis des siècles» (p. 328).

- 34 Le fondement du titre aborigène énoncé dans *Calder*, précité, a été confirmé dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335. Cet arrêt concernait la nature et l'étendue de l'obligation de fiduciaire de Sa Majesté envers les peuples autochtones. Cependant, comme il a fondé ce rapport de fiduciaire, à la p. 376, sur le «concept du titre aborigène, autochtone ou indien», le juge Dickson a eu l'occasion d'étudier la question de l'existence du titre aborigène. Pour conclure à l'existence d'un tel titre, il a invoqué, à la p. 376, l'arrêt *Calder*, précité, dans lequel «le titre aborigène [a été reconnu] comme un droit, en common law, découlant de l'occupation et de la possession historiques par les Indiens de leurs terres tribales». [Je souligne.]

35 Le point de vue selon lequel les droits ancestraux sont fondés sur l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par des sociétés autochtones distinctives trouve appui dans de vieilles décisions américaines rendues par le juge en chef Marshall. Bien que l'organisation constitutionnelle des États-Unis soit différente de celle du Canada et que le droit américain relatif aux autochtones ait évolué d'une manière propre, je suis d'accord avec le professeur Slattery quand il dit des décisions du juge Marshall qu'elles donnent [TRADUCTION] «une structure et une cohésion à un ensemble désorganisé et diffus de règles de droit coutumier basées sur les pratiques officielles», et quand il affirme que ces décisions sont «aussi pertinentes au Canada qu'aux États-Unis» -- «Understanding Aboriginal Rights», *loc. cit.*, à la p. 739. J'ajouterais simplement aux observations du professeur Slattery que, en raison des différences importantes qui existent entre le droit américain relatif aux autochtones et le droit canadien sur la question, l'intérêt de ces arrêts tient davantage aux principes généraux qui y sont énoncés qu'aux décisions spécifiques qui y sont prononcées.

36 Dans *Johnson c. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), première des décisions du juge Marshall sur le titre aborigène, la Cour suprême a statué que les terres des Indiens ne pouvaient être aliénées que par le gouvernement des États-Unis et non par les Indiens eux-mêmes. Dans sa décision (rédigée pour la cour), le juge en chef Marshall a fait l'historique de l'exploration de l'Amérique du Nord par les pays européens et établi le lien entre cette exploration et le titre aborigène. À son avis, le titre aborigène est le droit que possèdent les peuples autochtones sur le territoire et qui découle de l'intersection de leur occupation préexistante de ce territoire et de l'affirmation par les diverses nations européennes de leur souveraineté sur celui-ci. L'essence et la nature des droits fonciers ancestraux sont déterminées par cette intersection (aux pp. 572 à 574):

[TRADUCTION] Lorsqu'elles ont découvert cet immense continent, les grandes nations européennes tenaient chacune à s'en approprier la plus

grande partie possible. Dans ces vastes étendues, tous avaient amplement l'occasion de manifester leur ambition et leur esprit d'initiative; les caractères distinctifs et la religion des habitants du continent fournissaient une justification permettant de les considérer comme un peuple sur lequel le génie supérieur européen pouvait prétendre exercer un ascendant. Les potentats du vieux monde n'ont éprouvé aucune difficulté à se convaincre qu'ils compensaient amplement les habitants du nouveau continent en leur apportant la civilisation et le christianisme en échange de l'indépendance absolue. Mais, comme ces potentats étaient tous à la recherche du même objectif ou à peu près, il était nécessaire, en vue d'éviter les conflits de colonisation et les guerres qui s'ensuivraient, d'établir un principe que tous reconnaîtraient comme constituant le droit en vertu duquel le droit d'acquisition, qu'ils revendiquaient tous, devrait être régi entre eux. Ce principe était que la découverte conférait le titre au gouvernement dont les sujets avaient fait la découverte ou sous l'autorité duquel la découverte était faite, et ce titre qui était opposable à tous les autres gouvernements européens pouvait être rendu parfait par la possession.

L'exclusion de tous les autres pays européens conférait nécessairement à la nation qui faisait la découverte le droit exclusif d'acquérir les terres des aborigènes et d'y établir des colonies. Il s'agissait là d'un droit qu'aucun Européen ne pouvait entraver. C'est un droit que chacun faisait valoir pour lui-même, tout en le respectant quand il était affirmé par d'autres.

Les relations qui devaient exister entre découvreur et aborigènes devaient se régler entre eux. Les droits ainsi acquis étant exclusifs, aucun autre pouvoir ne pouvait s'interposer.

Dans l'établissement de ces relations, on n'a, en aucun cas, entièrement omis de tenir compte des droits des aborigènes; mais ces droits se sont trouvés nécessairement restreints dans une large mesure. On reconnaissait que les aborigènes étaient les occupants de plein droit des terres, et pouvaient juridiquement et légitimement demeurer en possession de celles-ci, et les utiliser à leur gré; mais leurs droits à la souveraineté complète, en leur qualité de nations indépendantes, ont été nécessairement diminués, et leur pouvoir de disposer des terres en faveur de n'importe qui a été nié en vertu du principe initial de base selon lequel la découverte conférait à ceux qui l'avait faite un titre exclusif.

Les différentes nations européennes respectaient le droit d'occupation des aborigènes, qu'ils pouvaient exercer à leur gré, mais elles revendiquaient la propriété suprême; elles revendiquaient et exerçaient, par suite de ce droit suprême, un pouvoir d'octroyer les terres, alors que celles-ci étaient encore en possession des aborigènes. Ces octrois ont été interprétés par tous comme accordant au cessionnaire un titre, sous réserve uniquement du droit d'occupation indien. [Je souligne.]

De la même façon, la reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux au par. 35(1) visent à concilier les droits préexistants des autochtones sur le territoire formant aujourd'hui le Canada avec l'affirmation de la souveraineté Britannique sur ce territoire.

37 Dans l'arrêt *Worcester c. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832), la Cour suprême des États-Unis a invalidé la déclaration de culpabilité qui avait été prononcée en vertu d'une loi de l'État de la Géorgie contre un non-Cherokee, parce qu'il avait habité sur le territoire de la nation Cherokee. La cour a conclu que la loi en vertu de laquelle il avait été déclaré coupable outrepassait les pouvoirs de l'État de la Géorgie. Pour arriver à cette conclusion, elle a examiné la nature et le fondement des revendications des Cherokees quant à la propriété du territoire et à sa régie. Encore une fois, la cour a fondé son jugement sur son analyse des origines de ces revendications qui, selon elle, découlent du rapport entre les droits préexistants des «anciens possesseurs» de l'Amérique du Nord et l'affirmation de la souveraineté par les nations européennes (aux pp. 542, 543 et 559):

[TRADUCTION] L'Amérique, séparée de l'Europe par un vaste océan, était habitée par un peuple différent, divisé en nations distinctes, indépendantes l'une de l'autre et vis-à-vis du reste du monde; elles avaient leurs propres institutions et se gouvernaient elles-mêmes en vertu de leurs propres lois. Il est difficile de comprendre que les habitants d'une partie du globe pouvaient avoir des revendications originales légitimes de suprématie sur les habitants de l'autre ou sur les terres qu'ils occupaient; ou que celui qui découvrait des terres acquérait des droits sur le pays découvert, droits qui annulaient les droits préexistants de ceux qui en avaient antérieurement eu la possession.

Après être demeurée chez elle durant des siècles, l'Europe, guidée par la science nautique, a mené, grâce à son esprit d'entreprise, certains de ses fils aventuriers au nouveau monde. Ils ont trouvé celui-ci en la possession d'un peuple qui avait fait peu de progrès dans le domaine agricole ou industriel et qui passait le gros de leur temps à chasser, pêcher et guerroyer.

En naviguant le long de la côte et en mettant à l'occasion pied à terre, ces aventuriers ont-ils acquis, pour le compte des divers gouvernements

auxquels ils appartenait ou qui leur avaient donné une commission, la propriété légitime des terres situées entre l'Atlantique et le Pacifique; ou ont-ils légitimement soumis les nombreux peuples qui occupaient celles-ci à leur autorité? Ou encore, la nature ou le grand créateur de toutes choses ont-ils conféré aux agriculteurs et industriels ces droits sur des chasseurs ou pêcheurs?

Mais la puissance, la guerre, la conquête, confèrent des droits qui, après la possession, sont reconnus par tous et qui ne peuvent jamais être contestés par ceux sur lesquels ils s'exercent. Nous passons à l'état actuel des choses après avoir jeté un coup d'oeil sur leurs origines, le rappel de ces origines pouvant éclairer les prétentions actuelles.

...

Les nations indiennes avaient toujours été considérées comme des communautés politiques distinctes, indépendantes, conservant leurs droits naturels initiaux, parce qu'ils avaient la possession incontestée du sol, de temps immémorial, sous réserve seulement des droits imposés par la puissance irrésistible, qui leur interdisait tout rapport avec quelque potentat européen autre que le premier découvreur de la côte de la région particulière revendiquée. [Je souligne.]

L'idée essentielle du juge en chef Marshall que les revendications des Cherokees doivent être analysées en fonction de leur occupation et utilisation préexistantes du territoire -- leur possession «incontestée» du territoire, «de temps immémorial» -- est aussi pertinente pour identifier les intérêts que le par. 35(1) vise à protéger qu'elle l'était pour statuer sur les prétentions de Worcester.

- 38 La Haute Cour d'Australie a elle aussi étudié la question du fondement et de la nature des droits ancestraux. Comme aux États-Unis, le droit relatif aux autochtones en Australie diffère sous des aspects importants du droit canadien. En particulier, les tribunaux australiens ne se sont pas encore prononcés sur l'existence de droits de pêche ancestraux, quoique ces droits soient reconnus par la loi: *Halsbury's Laws of Australia* (1991), vol. 1,

par. 5-2250, 5-2255, 5-2260 et 5-2265. Malgré ces différences importantes, l'analyse du fondement du titre aborigène qui est faite dans l'arrêt de principe de la Haute Cour *Mabo c. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1, est convaincante dans le contexte canadien.

39 L'arrêt *Mabo* a réglé le différend entre les Meriams et Sa Majesté concernant le titre sur les îles Murray. Ces îles avaient été annexées au Queensland en 1879, mais réservées aux aborigènes (les Meriams) en 1882. Sa Majesté a soutenu que cette annexion suffisait pour lui conférer la propriété absolue des terres. La Haute Cour a exprimé son désaccord, statuant que même si l'annexion avait effectivement conféré un titre absolu à Sa Majesté elle était insuffisante pour écarter la revendication d'un titre aborigène. La cour a conclu, aux pp. 50 et 51, que le titre aborigène peut exister à titre de charge grevant le titre absolu de Sa Majesté: [TRADUCTION] «il n'y a aucune raison pour que des terres comprises dans le territoire de Sa Majesté ne continuent pas d'être assujetties au titre aborigène. La notion que le titre aborigène est éteint par l'acquisition de la souveraineté procède du raisonnement faux qui assimile souveraineté et propriété bénéficiaire des terres».

40 À partir de cette prémisse, le juge Brennan, qui a rédigé les motifs de la majorité, a poursuivi, à la p. 58, en analysant la nature et le fondement du titre aborigène:

[TRADUCTION] Le titre aborigène tire son origine et son contenu des coutumes et des lois traditionnelles observées et reconnues par les habitants autochtones d'un territoire. La nature et les attributs du titre aborigène doivent être déterminés en tant que question de fait, eu égard à ces coutumes et à ces lois. Cette tâche peut présenter des difficultés considérables, comme l'a fait remarquer le juge Moynihan dans le présent cas. C'est un problème qui ne s'est pas posé dans le cas d'une colonie tant qu'ont été maintenues les fictions selon lesquelles les droits

fondés sur la coutume ne pouvaient pas être conciliés «avec les institutions ou les conceptions juridiques des sociétés civilisées», *In re Southern Rhodesia*, [1919] A.C., à la p. 233, qu'il n'existait aucune loi avant l'arrivée des colons britanniques et qu'il n'y avait aucun législateur souverain dans le territoire d'une colonie avant l'affirmation de la souveraineté par Sa Majesté. Ces fictions ont empêché la reconnaissance d'un titre aborigène dans nos lois. Mais dès l'instant où il est reconnu qu'un territoire habité, devenu une colonie, n'était pas davantage un désert au sens de la loi qu'il n'était dans les faits un «désert», il est nécessaire de déterminer, selon la preuve, la nature et les attributs du titre aborigène. [Je souligne.]

Cette position est identique à celle qui est adoptée dans le présent pourvoi. Les «coutumes traditionnelles» et les «lois traditionnelles» sont ces choses qui sont transmises de génération en génération et qui émanent de la culture et des coutumes préexistantes des peuples autochtones. Le sens même du mot «*tradition*» -- ce qui est [TRADUCTION] «transmis [par les ancêtres] à leurs descendants», *The Concise Oxford Dictionary* (9^e éd. 1995) -- suppose, dans le cas des coutumes et des lois, les origines que la Haute Cour d'Australie dans *Mabo* déclarent pertinentes pour la détermination de l'existence du titre aborigène. Baser le titre aborigène sur les lois et les coutumes traditionnelles, comme l'a fait la cour dans l'arrêt *Mabo*, revient donc à fonder ce titre dans les sociétés préexistantes des peuples autochtones. Il s'agit du même fondement que celui qui est avancé en l'espèce pour les droits ancestraux.

41 Les commentateurs universitaires ont constamment indiqué que les droits des peuples autochtones visés au par. 35(1) tiraient leur origine et leur fondement de l'occupation de l'Amérique du Nord par les autochtones avant l'arrivée des Européens. Comme le dit le

professeur David Elliott, à la p. 25 de son recueil *Law and Aboriginal Peoples of Canada* (2^e éd. 1994) la [TRADUCTION] «présence antérieure des autochtones est au coeur du concept des droits ancestraux». Le professeur Macklem, tout en examinant aussi d'autres justifications possibles pour la reconnaissance des droits ancestraux, a décrit l'occupation antérieure comme étant la justification [TRADUCTION] «usuelle» des droits ancestraux, qui découle de la «conception simple de l'équité selon laquelle, toutes choses égales d'ailleurs, le premier occupant d'un territoire possède sur celui-ci un droit supérieur à faire valoir que ceux qui arrivent plus tard»: Patrick Macklem, «Normative Dimensions of an Aboriginal Right of Self-Government» (1995), 21 *Queen's L.J.* 173, à la p. 180. Finalement, je tiens à souligner la position du professeur Pentney, qui a décrit les droits ancestraux comme étant des droits collectifs tirant [TRADUCTION] «leur existence de la reconnaissance en common law de l'organisation sociale antérieure» des peuples autochtones: William Pentney, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II -- Section 35: The Substantive Guarantee» (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207, à la p. 258.

- 42 Je signale également que la littérature juridique appuie aussi la thèse selon laquelle le par. 35(1) fournit le cadre constitutionnel permettant de concilier la souveraineté de Sa Majesté avec la préexistence de sociétés autochtones distinctives occupant le territoire. Dans son commentaire sur l'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique* («British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*» (1992), 17 *Queen's L.J.* 350), Mark Walters émet l'avis, aux pp. 412 et 413, que l'essence des droits ancestraux est que ceux-ci établissent un rapprochement entre les cultures autochtones et non autochtones:

[TRADUCTION] La difficulté que pose la définition des droits ancestraux tient au fait que ce sont des droits particuliers à la rencontre de deux

cultures juridiques extrêmement dissemblables; par conséquent, il faudra toujours se demander à partir de laquelle de ces cultures les droits doivent être définis [. . .] une conception moralement et politiquement défendable des droits ancestraux intégrera ces deux points de vue juridiques. [Je souligne.]

De même, le professeur Slattery a avancé que le droit relatif aux droits ancestraux n'est [TRADUCTION] «ni d'origine anglaise, ni d'origine autochtone: il s'agit d'une forme de droit intersociétal, découlant de l'évolution de pratiques de longue date liant les diverses collectivités» (Brian Slattery, «The Legal Basis of Aboriginal Title» dans Frank Cassidy, dir., *Aboriginal Title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen* (1992), aux pp. 120 et 121) et que ces droits concernent [TRADUCTION] «le statut des peuples autochtones vivant sous la protection de Sa Majesté, ainsi que la place faite à leurs terres, à leurs règles de droit coutumier et à leurs institutions politiques» («Understanding Aboriginal Rights», *loc. cit.*, à la p. 737).

43 La jurisprudence et la doctrine canadiennes, américaines et australiennes étayent donc la thèse fondamentale suivante, avancée au début de la présente section: la meilleure façon de décrire les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) est de dire qu'ils sont, premièrement, le moyen par lequel la Constitution reconnaît le fait qu'avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord le territoire était déjà occupé par des sociétés autochtones distinctives, et, deuxièmement, le moyen de concilier cette occupation antérieure avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur le territoire canadien. Le contenu des droits ancestraux doit viser la réalisation de ces deux objets. Dans la prochaine partie du jugement, ainsi que dans celle qui suivra, c'est la tâche que l'on tente d'accomplir.

Le critère d'identification des droits ancestraux visés au par. 35(1)

- 44 Pour réaliser l'objet qui sous-tend le par. 35(1) -- c'est-à-dire la protection et la conciliation des intérêts découlant du fait que, avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord, les peuples autochtones vivaient en sociétés distinctives, possédant leurs propres coutumes, pratiques et traditions --, le critère d'identification des droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) doit viser à reconnaître les éléments fondamentaux de ces sociétés distinctives préexistantes. Autrement dit, ce critère doit tendre à identifier les coutumes, pratiques et traditions fondamentales des sociétés autochtones qui existaient en Amérique du Nord avant le contact avec les Européens.
- 45 Dans l'arrêt *Sparrow*, précité, notre Cour n'a pas eu à étudier la portée des droits ancestraux protégés par le par. 35(1). Toutefois, dans leur jugement, à la p. 1099, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont dégagé le droit des Musqueams de pêcher à des fins alimentaires du fait suivant:

D'après la preuve anthropologique produite pour établir l'existence de ce droit, la pêche au saumon a toujours fait partie intégrante de la culture distinctive des Musqueams. Le rôle important qu'elle joue ne se résume pas à la consommation à des fins de subsistance, mais il comprend également la consommation de saumon dans le cadre d'activités rituelles et sociales. Les Musqueams ont toujours pêché pour des raisons liées à leur survie culturelle et matérielle. [Je souligne.]

L'idée qui ressort de ce passage est que la participation à la pêche au saumon est un droit ancestral parce que cette activité fait «partie intégrante» de la «culture distinctive» des

Musqueams. Cette idée est compatible avec la position qui vient d'être adoptée; le fait de déterminer les coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante des cultures autochtones distinctives permettra d'identifier les éléments fondamentaux des sociétés autochtones distinctives qui occupaient l'Amérique du Nord avant l'arrivée des Européens.

46 À la lumière de l'idée exprimée dans *Sparrow*, précité, et des objets qui sous-tendent le par. 35(1), le critère suivant devrait être appliqué pour déterminer si le demandeur a établi l'existence d'un droit ancestral protégé par le par. 35(1): pour constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question.

47 Je tiens à souligner que ce critère est, dans une large mesure, conforme à celui adopté par les juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Quoique ceux-ci n'aient pas tous été d'accord sur des questions cruciales telles que la manière de formuler ce droit, la période pertinente pour l'examen de la culture autochtone et le rôle des influences européennes dans la limitation de la portée de ce droit, ils ont par ailleurs tous été d'accord pour dire que les droits ancestraux doivent être identifiés au moyen des coutumes, pratiques et traditions des cultures autochtones. Le juge Macfarlane a conclu, au par. 20, que des droits ancestraux existent lorsqu'ils [TRADUCTION] «sont exercés [. . .] depuis assez longtemps pour être devenus partie intégrante de la société autochtone» (je souligne). Pour sa part, le juge Wallace a statué, au par. 78, que les droits ancestraux sont les pratiques [TRADUCTION] «traditionnelles faisant partie intégrante de la société autochtone» (je souligne). Le juge Lambert a affirmé, au par. 131, que les droits ancestraux sont [TRADUCTION] «les coutume[s], pratique[s] et tradition[s . . .] qui faisaient partie intégrante de la culture distinctive du peuple autochtone en question» (je

souligne). Même si, comme cela deviendra manifeste, je n'adopte pas entièrement la position de l'un ou l'autre des juges de la Cour d'appel, leur position commune que les droits ancestraux résident dans les coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante de la culture en cause est compatible avec le critère que j'ai énoncé en l'espèce.

Facteurs à prendre en considération dans l'application du critère de la partie intégrante d'une culture distinctive

48 Il convient de préciser davantage le critère énoncé plus haut -- savoir que les droits ancestraux résident dans les coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante des cultures distinctives des peuples autochtones -- pour ce qui concerne la nature de l'examen que doit faire le tribunal saisi de la revendication de droits ancestraux. Je vais maintenant donner ces précisions, en me concentrant sur des questions telles que la période pertinente pour cet examen, la bonne façon d'apprécier la preuve présentée, le caractère spécifique de l'examen du tribunal, le rapport entre les droits ancestraux et les droits des autochtones en tant que citoyens canadiens et, enfin, la norme à laquelle une coutume, une pratique ou une tradition doit satisfaire pour être considérée comme une «partie intégrante».

Les tribunaux doivent tenir compte du point de vue des autochtones eux-mêmes

49 Dans son appréciation d'une revendication invoquant l'existence d'un droit ancestral, le tribunal doit tenir compte du point de vue des autochtones qui revendiquent ce droit. Dans *Sparrow*, précité, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont décidé, à la p. 1112, qu'il est «crucial de se montrer ouvert au point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la nature des droits en cause». Toutefois, il faut également reconnaître que ce

point de vue doit être exprimé d'une manière compatible avec l'organisation juridique et constitutionnelle du Canada. Comme il a déjà été signalé, un des objets fondamentaux du par. 35(1) est la conciliation de la préexistence de sociétés autochtones distinctives avec l'affirmation de la souveraineté de Sa Majesté. Les tribunaux appelés à statuer sur des revendications de droits ancestraux doivent donc se montrer ouverts au point de vue des autochtones, tout en étant conscients que les droits ancestraux existent dans les limites du système juridique canadien. Pour citer de nouveau Mark Walters, à la p. 413: [TRADUCTION] «une conception moralement et politiquement défendable des droits ancestraux intégrera les deux points de vue juridiques [autochtone et non autochtone]». Pour concilier véritablement l'occupation antérieure du territoire canadien par les peuples autochtones avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur celui-ci, un droit ancestral doit être défini d'une manière qui, tout en tenant compte du point de vue des autochtones, soit néanmoins compatible avec le système juridique non autochtone.

50 Évidemment, il est possible que l'on dise que la Cour «concilie» l'occupation antérieure du pays par les peuples autochtones avec la souveraineté de Sa Majesté suivant une conception soit restrictive, soit libérale des droits ancestraux; la notion de «conciliation» ne commande pas, dans l'abstrait, que l'on donne un contenu particulier aux droits ancestraux. Cela dit, toutefois, la seule façon juste et équitable de faire cette conciliation est, comme le propose Mark Walters, de tenir compte à la fois du point de vue des autochtones et de la common law. La conciliation véritable accorde, également, de l'importance à chacun de ces éléments.

Les tribunaux doivent déterminer avec précision la nature de la revendication en cause lorsqu'il décide si le requérant autochtone a établi l'existence d'un droit ancestral

51 Se rattache à cette question le fait que, dans l'appréciation de la revendication d'un droit ancestral, le tribunal doit d'abord déterminer la nature du droit revendiqué. Pour juger si une revendication satisfait au critère de la partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique ce droit, le tribunal doit d'abord délimiter correctement ce qui est revendiqué. Il est important de bien caractériser la revendication de l'appelante, car la réponse à la question de savoir si la preuve étaye sa revendication dépend, dans une large mesure, de la nature précise de ce que la preuve vise à établir.

52 Je ferai remarquer ici, à titre d'exemple, qu'à mon sens tant les juges de la majorité que les dissidents en Cour d'appel ont fait erreur sur cet aspect de l'examen. Les juges de la majorité ont conclu que l'appelante soutenait que la pratique consistant à vendre du poisson «commerciallement» constituait un droit ancestral, et ils ont en partie rejeté sa revendication pour le motif que la preuve n'appuyait pas l'existence d'un tel droit. Avec égards, cette caractérisation de la revendication de l'appelante est erronée. L'appelante prétendait que la pratique qui consiste à vendre du poisson est un droit ancestral, et non que le fait de vendre «commerciallement» du poisson est un tel droit. Toutefois, il était tout aussi inexact d'adopter, comme l'a fait le juge Lambert, un critère «social» afin d'identifier la coutume, pratique ou tradition qui constitue le droit ancestral. Le critère social a pour effet de décrire le droit ancestral dans des termes trop larges et d'une façon qui éloigne le tribunal de ce qui doit être l'aspect principal de son examen -- la nature des coutumes, pratiques ou traditions mêmes de la collectivité autochtone. La nature de la revendication du demandeur doit être définie en fonction de la coutume, pratique ou tradition particulière invoquée au soutien de celle-ci. L'importance de la coutume,

pratique ou tradition pour la collectivité autochtone est un facteur qui doit être pris en considération pour décider si cette coutume, pratique ou tradition fait partie intégrante de la culture distinctive, mais l'importance d'une coutume, pratique ou tradition ne peut, en soi, faire de celle-ci un droit ancestral.

53 Pour bien caractériser la revendication du demandeur, le tribunal doit tenir compte de facteurs tels que la nature de l'acte qui, d'affirmer le demandeur, a été accompli en vertu d'un droit ancestral, la nature du règlement, de la loi ou de l'autre mesure gouvernementale contestée, ainsi que la coutume, pratique ou tradition invoquée pour établir l'existence du droit. Par conséquent, dans la présente espèce, notre Cour prendra en considération les actes qui ont conduit à l'inculpation de l'appelante, le règlement de pêche en vertu duquel elle a été inculpée et les coutumes, pratiques et traditions qu'elle invoque à l'appui de sa revendication.

54 Il convient de reconnaître qu'il faut faire preuve de prudence en caractérisant la revendication de l'appelante à partir des actes qui ont conduit à son inculpation. Pour se guider dans son analyse, le tribunal doit examiner ces activités d'un point de vue général et non spécifique. De plus, le tribunal ne doit pas perdre de vue qu'il est possible que les activités en question soient l'exercice, sous une forme contemporaine, d'une coutume, pratique ou tradition qui existait avant le contact avec les Européens, auquel cas il doit adapter sa caractérisation de la revendication en conséquence.

Pour faire partie intégrante d'une culture distinctive, une coutume, pratique ou tradition doit avoir une importance fondamentale pour la société autochtone concernée

55 Pour satisfaire au critère de l'élément faisant partie intégrante d'une culture distinctive, le demandeur autochtone doit non seulement démontrer qu'une coutume, pratique ou tradition était un aspect de la société autochtone à laquelle il appartient ou qu'elle y était exercée, mais en outre qu'elle était un élément fondamental et important de la culture distinctive de cette société. Autrement dit, il doit établir que la coutume, pratique ou tradition était l'une des choses qui rendaient la culture de la société distinctive -- que c'était l'une des choses qui véritablement faisait de la société ce qu'elle était.

56 Cet aspect du critère de la partie intégrante d'une culture distinctive découle du fait que les droits ancestraux sont fondés sur l'occupation antérieure du Canada par des sociétés autochtones distinctives. Pour reconnaître et confirmer l'occupation antérieure du pays par des sociétés autochtones distinctives, le tribunal doit, dans l'identification des droits ancestraux, s'attacher à ce qui rend ces sociétés distinctives. Il ne peut tenir compte des aspects de la société autochtone qui sont communs à toutes les sociétés humaines (p. ex. le fait de manger pour survivre), ni des aspects de la société autochtone qui n'ont qu'un caractère secondaire ou occasionnel; le tribunal doit plutôt s'attacher aux attributs fondamentaux de la société autochtone concernée, qui la définissent. Ce n'est que si elle s'attache aux aspects de la société autochtone qui rendent celle-ci distinctive que la définition des droits ancestraux permettra la réalisation de l'objet qui sous-tend le par. 35(1).

57 Qui plus est, les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) ont pour objet, a-t-on affirmé, de concilier les sociétés autochtones préexistantes avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur le Canada. Pour ce faire, il est nécessaire d'identifier les caractéristiques distinctives de ces sociétés, car ce sont précisément ces caractéristiques distinctives qui doivent être reconnues et conciliées avec la souveraineté de Sa Majesté.

58 Comme il a été indiqué précédemment, le juge Lambert a commis une erreur en se servant de l'importance d'une coutume, pratique ou tradition comme moyen d'identifier cette coutume, pratique ou tradition. Toutefois, il a eu raison de reconnaître que l'importance de la coutume, pratique ou tradition est un facteur clé. L'importance de la coutume, pratique ou tradition ne sert pas à identifier la nature de la prétention du demandeur qu'il a agi en vertu d'un droit ancestral. Cependant, il s'agit d'un aspect essentiel de l'examen du tribunal sur la question de savoir si la preuve établit qu'une coutume, pratique ou tradition fait partie intégrante de la culture distinctive d'une collectivité autochtone. L'importance de la coutume, pratique ou tradition guidera le tribunal dans son analyse de la question de savoir s'il est possible d'affirmer qu'elle fait vraiment partie intégrante de la culture distinctive en cause.

59 Une façon pratique d'aborder ce problème est de se demander si, sans cette coutume, pratique ou tradition, la culture en cause serait fondamentalement modifiée ou différente. Reformulée affirmativement, cette question consiste à se demander si la coutume, pratique ou tradition est une caractéristique déterminante de la culture en cause.

Constituent des droits ancestraux les coutumes, pratiques et traditions qui marquent la continuité avec les coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens

60 La période que doit prendre en considération le tribunal pour décider si le droit revendiqué satisfait au critère de la partie intégrante de la culture distinctive de la collectivité autochtone qui revendique le droit en cause est la période qui a précédé le contact entre les sociétés autochtones et européennes. Comme c'est le fait que des sociétés autochtones distinctives vivaient sur le territoire avant l'arrivée des Européens qui est le fondement des droits ancestraux protégés par le par. 35(1), c'est à cette période antérieure au contact que les tribunaux doivent s'attacher dans l'identification des droits ancestraux.

61 Le fait que la doctrine des droits ancestraux sert à concilier la souveraineté de Sa Majesté avec l'existence de sociétés autochtones préexistantes n'y change rien. Bien que ce soit avec la souveraineté de Sa Majesté que les sociétés autochtones préexistantes sont conciliées, c'est à l'examen de ces sociétés préexistantes que doivent s'attacher les tribunaux dans la définition des droits ancestraux. Ce n'est pas le fait que des sociétés autochtones existaient avant l'affirmation de la souveraineté par Sa Majesté qui est pertinente mais le fait qu'elles existaient avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord. En conséquence, la période pertinente est celle qui a précédé l'arrivée des Européens, et non celle qui a précédé l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté.

62 Le fait qu'il s'agisse là de la période pertinente n'emporte cependant pas que le groupe autochtone revendiquant le droit en cause doit s'acquitter de la tâche pratiquement impossible de produire, relativement aux coutumes, pratiques et traditions de sa collectivité, une preuve concluante, datant de l'époque antérieure au contact avec les Européens. Il serait tout à fait contraire à l'esprit et au but du par. 35(1) de définir les droits ancestraux d'une manière qui, dans la pratique, vouerait à l'échec toute revendication de l'existence de tels droits. La preuve sur laquelle s'appuient le demandeur et les tribunaux peut se rapporter aux coutumes, pratiques et traditions

autochtones postérieures au contact avec les Européens. Il suffit que cette preuve tende à démontrer lesquels des aspects de la collectivité et de la société autochtones datent d'avant le contact avec les Européens. Constitueront des droits ancestraux les coutumes, pratiques et traditions dont l'origine peut être attribuée aux ancêtres de la collectivité autochtone en cause, qui vivaient avant le contact avec les Européens.

- 63 Sur ce point, je tiens à souligner la position adoptée par le juge Brennan dans l'arrêt *Mabo*, précité, où il a statué, à la p. 60, que pour avoir gain de cause le groupe autochtone qui revendique un titre aborigène doit établir que le lien rattachant ses coutumes et ses lois au territoire s'est perpétué jusqu'à nos jours:

[TRADUCTION] . . . quand, par suite de la marche du temps, les coutumes et les lois traditionnelles ont, dans les faits, cessé d'être observées, le fondement du titre aborigène a disparu. Il est impossible de faire renaître, en vue d'une reconnaissance contemporaine, un titre aborigène qui s'est éteint par suite de l'abandon des coutumes et des lois fondées sur la tradition.

La pertinence de cette observation pour l'identification des droits visés au par. 35(1) ne réside pas dans les propos concernant l'effet de la disparition d'une coutume, d'une pratique ou d'une tradition sur une revendication autochtone (je ne me prononce pas sur ce point), mais dans l'idée qui y est avancée relativement à l'importance de tenir compte, dans l'appréciation des revendications de droits ancestraux, de la continuité des coutumes, pratiques et traditions des collectivités autochtones. Ce sont précisément les coutumes, pratiques et traditions actuelles, à l'égard desquelles il est possible d'établir qu'elles marquent une continuité avec les coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens, qui serviront de fondement pour l'identification et la définition des droits ancestraux visés au par. 35(1). Quand une collectivité autochtone

peut démontrer qu'une coutume, pratique ou tradition particulière fait partie intégrante de sa culture distinctive aujourd'hui et marque une continuité avec les coutumes, pratiques et traditions de l'époque antérieure au contact avec les Européens, cette collectivité aura fait la preuve que cette coutume, pratique ou tradition est un droit ancestral au sens du par. 35(1).

64 Le concept de continuité est aussi le principal moyen d'assurer que la définition et l'identification des droits ancestraux respectent la mise en garde faite dans *Sparrow*, précité, à la p. 1093, savoir que «l'expression «droits ancestraux existants» doit recevoir une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d'évoluer avec le temps». En d'autres mots, le concept de continuité est le moyen qui permet d'éviter une interprétation du par. 35(1) fondée sur la notion de «droits figés». Comme les coutumes, pratiques et traditions que protège le par. 35(1) sont celles qui existent aujourd'hui, sous réserve seulement de l'obligation de démontrer qu'elles marquent une continuité avec les coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens, il faut que la définition elle-même des droits ancestraux évite que ces droits soient figés dans l'état où ils se trouvaient avant cette époque. L'évolution des coutumes, pratiques et traditions, jusque dans leur forme actuelle, ne les empêchera pas d'être protégées en tant que droits ancestraux, pourvu qu'on démontre qu'elles marquent une continuité avec les coutumes, pratiques et traditions d'avant le contact avec les Européens.

65 Je tiens à faire remarquer que le concept de continuité n'exige pas que les groupes autochtones fassent la preuve d'une continuité parfaite entre leurs coutumes, pratiques et traditions actuelles et celles qui existaient avant le contact avec les Européens. Il est possible que, pour une raison ou pour une autre, un groupe autochtone ait, pendant une certaine période, cessé de respecter une coutume, pratique ou tradition qui existait avant le contact avec les Européens, mais qu'il l'ait reprise ultérieurement. Une telle

interruption n'empêche pas l'établissement d'un droit ancestral. Les juges qui entendent les procès devraient faire montre de la même souplesse relativement à la preuve de la continuité qu'en ce qui concerne, comme il est expliqué plus loin, la preuve présentée dans le but d'établir l'existence, avant le contact avec les Européens, des coutumes, pratiques et traditions du groupe autochtone qui revendique un droit ancestral.

66 Qui plus est, je tiens aussi à souligner que le fait de se reporter à la période antérieure au contact avec les Européens pour identifier les droits ancestraux n'est pas incompatible avec le fait que, aux termes du par. 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les Métis sont compris dans la définition de «peuples autochtones du Canada».

67 Même si les Métis sont compris dans la définition de «peuples autochtones du Canada» à l'art. 35 et que, de ce fait, leurs revendications semblent rattachées à celles des autres peuples autochtones, sous la rubrique générale «droits ancestraux», l'histoire des Métis et les raisons qui sous-tendent leur inclusion pour qu'ils bénéficient de la protection accordée par l'art. 35 diffèrent considérablement de celles qui concernent les autres peuples autochtones du Canada. Comme telle, la manière dont les droits ancestraux des autres peuples autochtones sont définis n'est pas nécessairement déterminante en ce qui concerne la manière dont sont définis ceux des Métis. Lorsque notre Cour sera saisie d'une revendication présentée par des Métis en vertu de l'art. 35, elle sera alors à même, grâce aux arguments des avocats, du contexte factuel et du fait que la revendication touche spécifiquement les Métis, d'examiner la question des objets qui sous-tendent la protection accordée par l'art. 35 aux droits ancestraux des Métis et de déterminer le genre de revendications qui relèvent du par. 35(1) dans les cas où les demandeurs sont des Métis. Le fait que, en ce qui concerne d'autres peuples autochtones, l'art. 35 protège leurs coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens n'est pas nécessairement pertinent pour ce qui est de la réponse qui sera donnée à cette

question. Il est possible qu'il soit statué sur les revendications des Métis sur la base des coutumes, pratiques et traditions de leurs ancêtres autochtones avant le contact avec les Européens, mais il se peut aussi que non. Il faudra attendre une affaire où cette question se posera avant de connaître la réponse.

Dans l'application des règles de preuve, les tribunaux doivent tenir compte des difficultés inhérentes à l'examen des affaires concernant des revendications autochtones

- 68 Pour déterminer si un demandeur autochtone a produit une preuve suffisante pour établir que ses activités sont un aspect d'une coutume, pratique ou tradition qui fait partie intégrante d'une culture autochtone distinctive, le tribunal doit appliquer les règles de preuve et interpréter la preuve existante en étant conscient de la nature particulière des revendications des autochtones et des difficultés que soulève la preuve d'un droit qui remonte à une époque où les coutumes, pratiques et traditions n'étaient pas consignées par écrit. Les tribunaux doivent se garder d'accorder un poids insuffisant à la preuve présentée par les demandeurs autochtones simplement parce que cette preuve ne respecte pas de façon précise les normes qui seraient appliquées dans une affaire de responsabilité civile délictuelle par exemple.

Les revendications de droits ancestraux doivent être tranchées de manière spécifique et non générale

69 Le tribunal saisi d'une revendication fondée sur l'existence d'un droit ancestral doit s'attacher spécifiquement à l'examen des coutumes, pratiques et traditions du groupe autochtone qui revendique ce droit. Dans *Kruger*, précité, notre Cour a rejeté l'idée que les revendications de droits ancestraux pouvaient être tranchées de manière générale. Cette position est bien fondée. L'existence d'un droit ancestral dépend entièrement des coutumes, pratiques et traditions de la collectivité autochtone qui revendique le droit. Comme il a été dit plus tôt, même si les droits ancestraux sont des droits constitutionnels, cela n'enlève rien au fait capital que les intérêts que les droits ancestraux sont censés protéger se rapportent à l'histoire spécifique du groupe qui revendique le droit. Les droits ancestraux n'ont pas un caractère général et universel. Leur portée et leur contenu doivent être déterminés au cas par cas. Le fait qu'un groupe autochtone possède le droit ancestral de faire une chose donnée ne permet pas, à lui seul, d'établir qu'une autre collectivité autochtone a le même droit. L'existence du droit en question dépendra de la situation spécifique de chaque collectivité autochtone.

Pour qu'une coutume, une pratique ou une tradition constitue un droit ancestral, elle doit avoir une importance particulière pour la culture autochtone où elle existe

- 70 Le tribunal appelé à identifier les coutumes, pratiques et traditions qui constituent les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) doit s'assurer que la coutume, la pratique ou la tradition invoquée dans un cas donné revêt une importance particulière pour la collectivité autochtone qui revendique le droit. Il ne doit pas s'agir d'une coutume, pratique ou tradition simplement accessoire d'une autre coutume, pratique ou tradition, mais elle doit plutôt présenter elle-même une importance fondamentale pour la société autochtone concernée. Lorsqu'il existe deux coutumes, mais que l'une d'elles est simplement un accessoire de l'autre, la coutume qui fait partie intégrante de la culture de la collectivité autochtone en cause sera considérée comme un droit ancestral, mais pas celle qui a simplement un caractère accessoire. Les coutumes, pratiques et traditions accessoires ne peuvent être considérées comme des droits ancestraux du fait qu'elles se greffent sur des coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante d'une culture.

Le critère de la partie intégrante d'une culture distinctive exige qu'une coutume, pratique ou tradition soit distinctive, non pas qu'elle soit distincte

71 La norme qui doit être respectée par une coutume, pratique ou tradition pour être reconnue comme un droit ancestral n'est pas qu'elle soit une coutume, pratique ou tradition distincte, propre à la culture autochtone en cause. Les demandeurs autochtones doivent simplement montrer que la coutume, pratique ou tradition en cause est distinctive. Est une coutume, pratique ou tradition distincte une coutume, pratique ou tradition qui est *unique* -- [TRADUCTION] «qui se distingue par sa nature ou sa qualité; différente» (*Concise Oxford Dictionary, loc. cit.*) Une culture qui possède une tradition distincte doit affirmer que, du fait de cette tradition, elle est différente des autres cultures. Une prétention à la différence appelle, de par sa nature même, une comparaison avec d'autres cultures ou traditions. Par contraste, la culture qui prétend qu'une coutume, pratique ou tradition est distinctive -- «qui permet de distinguer, caractéristique» -- ne fait pas de comparaison. Sa prétention se rapporte plutôt à ses propres coutumes, pratiques et traditions, considérées indépendamment de celles de toute autre culture. La culture en question prétend que cette coutume, pratique ou tradition fait d'elle ce qu'elle est, et non que la coutume, pratique ou tradition est différente de celles d'une autre culture. La personne ou la collectivité qui prétend à l'existence d'un droit ancestral protégé par le par. 35(1) n'a qu'à démontrer que la coutume, pratique ou tradition particulière qu'elle revendique comme un droit ancestral est distinctive, et non qu'elle est distincte.

72 Le fait que la norme à laquelle doit satisfaire une collectivité autochtone est celle du caractère distinctif et non du caractère distinct découle de la reconnaissance, dans *Sparrow*, précité, de l'existence d'un droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires. Il est certain qu'aucun groupe autochtone au Canada ne saurait prétendre que sa culture est «distincte» ou unique du fait qu'il pêche à des fins alimentaires. La pêche à des fins alimentaires est en effet pratiquée par bon nombre de cultures et de sociétés différentes aux quatre coins du monde. Ce que les Musqueams soutenaient dans *Sparrow*, précité, c'était plutôt que cette pêche contribuait à faire de la culture musqueam ce qu'elle est.

La pêche à des fins alimentaires était caractéristique de la culture musqueam et, par conséquent, un élément distinctif de cette culture. De ce fait, elle constituait un droit ancestral visé au par. 35(1).

L'influence de la culture européenne n'est pertinente, dans le cadre de l'examen, que s'il est démontré que la coutume, la pratique ou la tradition ne fait partie intégrante de la culture qu'en raison de cette influence

73 Le fait que les Européens aient eu, en Amérique du Nord, des coutumes, pratiques ou traditions identiques à celles invoquées pour revendiquer un droit ancestral n'est pertinent pour l'appréciation de la revendication autochtone que s'il est possible d'affirmer que la coutume, pratique ou tradition en question n'existe qu'en raison de l'influence de la culture européenne. Si la coutume, pratique ou tradition faisait partie intégrante de la culture d'une collectivité autochtone avant le contact avec les Européens, le fait que cette coutume, pratique ou tradition se soit poursuivie après l'arrivée de ceux-ci et se soit adaptée en réaction à cet événement, n'est pas pertinent pour l'appréciation de la revendication. L'arrivée et l'influence des Européens ne peuvent être invoquées pour rejeter la revendication, par ailleurs valide, d'un droit ancestral présentée par un groupe autochtone. En revanche, si la coutume, pratique ou tradition n'est que le fruit des influences européennes, alors elle ne respecte pas la norme applicable pour la reconnaissance d'un droit ancestral.

Les tribunaux doivent tenir compte à la fois des rapports qu'entretiennent les peuples autochtones avec le territoire et des cultures et sociétés distinctives de ces peuples

74 Comme il a été dit durant l'examen des objets du par. 35(1), les droits ancestraux et le titre aborigène sont des notions connexes. En effet, le titre aborigène est une sous-catégorie de droits ancestraux qui concerne seulement les revendications de droits fonciers. Toutefois, le rapport entre le titre aborigène et les droits ancestraux ne doit pas embrouiller l'analyse de ce qui constitue un droit ancestral. Les droits ancestraux découlent non seulement de l'occupation antérieure du territoire, mais aussi de l'organisation sociale antérieure et des cultures distinctives des peuples autochtones habitant ce territoire. Pour déterminer si le bien-fondé de la revendication d'un droit ancestral a été établi, les tribunaux doivent considérer et les rapports qu'entretient le demandeur autochtone avec le territoire et les coutumes, pratiques et traditions de la société à laquelle il appartient et de la culture distinctive de cette société. Ils ne doivent pas se concentrer sur les rapports qu'entretiennent les peuples autochtones avec le territoire au point de négliger les autres facteurs pertinents pour l'identification et la définition des droits ancestraux.

75 Conscient de ces facteurs, je vais maintenant aborder la prétention particulière avancée par l'appelante en l'espèce, savoir qu'elle a agi en vertu d'un droit ancestral.

Application à la revendication de l'appelante du critère de la partie intégrante d'une culture distinctive

76 Conformément à la première étape de l'application du critère de la partie intégrante d'une culture distinctive, le tribunal doit identifier la nature précise de la prétention de l'appelante qu'elle exerçait un droit ancestral. En l'espèce, la façon la plus précise de décrire la position de l'appelante consiste à dire qu'elle revendique un droit ancestral d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens. Autrement dit, elle soutient que les coutumes, pratiques et traditions des Sto:lo incluent, en tant que partie intégrante de leur culture, l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens.

77 Cette description de la nature de la revendication de l'appelante ressort à la fois des actes spécifiques qui ont conduit à son inculpation et du règlement en vertu duquel elle a été inculpée. Madame Van der Peet a vendu 10 saumons pour 50 \$. Compte tenu particulièrement de l'absence de preuve indiquant que l'appelante avait déjà vendu du saumon ou qu'elle en vendait régulièrement, il est impossible d'affirmer qu'il s'agit d'une vente «commerciale» ou sur le marché. La meilleure façon de décrire ces actions est plutôt de les qualifier simplement d'échange de poisson contre de l'argent. Il s'ensuit que la meilleure façon de caractériser tant le droit ancestral en vertu duquel l'appelante prétend avoir accompli ces actions, que les actions elles-mêmes, est de les qualifier de droit ancestral d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens.

78 De plus, le règlement en application duquel l'appelante a été inculpée interdit complètement la vente ou l'échange de poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens. En conséquence, pour établir que ce règlement met en jeu son droit ancestral, l'appelante n'a qu'à démontrer l'existence d'un droit ancestral d'échanger du poisson contre de l'argent (vente) ou d'autres biens (échange). Elle n'a pas à établir l'existence d'un droit ancestral de vendre du poisson commercialement.

79 L'appelante elle-même soutient que sa revendication est fondée sur le droit à [TRADUCTION] «suffisamment de poisson pour assurer une subsistance convenable». Ce faisant, elle s'appuie sur le critère «social» adopté par le juge Lambert de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Toutefois, comme il a été dit précédemment, la revendication d'un droit ancestral ne peut pas être fondée sur l'importance d'une coutume, pratique ou tradition autochtone pour la collectivité autochtone en cause. Pour définir des droits ancestraux, il faut déterminer si une coutume, pratique ou tradition donnée fait partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone concerné.

L'importance de cette coutume, pratique ou tradition est pertinente pour décider si celle-ci fait partie intégrante de la culture, mais elle ne peut à elle seule justifier le bien-fondé de la revendication d'un droit ancestral. Par conséquent, la revendication de l'appelante ne saurait être fondée sur l'assertion que l'utilisation de la pêche par les Sto:lo ainsi que les coutumes, pratiques et traditions rattachées à cette utilisation étaient importantes en ce qu'elles assuraient aux Sto:lo une subsistance convenable. Elle doit plutôt être fondée sur les coutumes, pratiques et traditions se rattachant concrètement à la pêche, en l'occurrence la coutume d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens.

80 Après avoir identifié de la sorte la nature de la revendication de l'appelante, j'aborde maintenant la question fondamentale que pose le critère de la partie intégrante d'une culture distinctive: La pratique d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens faisait-elle partie intégrante de la culture distinctive spécifique des Sto:lo avant le contact avec les Européens? Pour répondre à cette question, il est nécessaire d'examiner la preuve présentée au procès ainsi que les conclusions de fait tirées par le juge du procès afin de déterminer si cette preuve et ces conclusions étayent l'affirmation de l'appelante que la vente ou l'échange de poisson font partie intégrante de la culture distinctive des Sto:lo.

81 Selon un principe juridique bien établi, lorsqu'une cour d'appel examine la décision du juge du procès, elle doit faire montre d'une retenue considérable à l'égard des conclusions de fait du juge, en particulier lorsque ces conclusions de fait sont fondées sur son appréciation des témoignages et de la crédibilité des témoins. Dans l'arrêt *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, le juge Ritchie, au nom de la Cour, a conclu, à la p. 808, que, en l'absence d'«erreur manifeste et dominante» ayant faussé l'appréciation

des faits par le juge du procès, une cour d'appel ne doit pas substituer ses propres conclusions sur les faits à celles tirées par ce dernier:

On ne doit pas considérer que ces arrêts signifient que les conclusions sur les faits tirées en première instance sont intangibles, mais plutôt qu'elles ne doivent pas être modifiées à moins qu'il ne soit établi que le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits. Bien que la Cour d'appel ait l'obligation de réexaminer la preuve afin de s'assurer qu'aucune erreur de ce genre n'a été commise, j'estime qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation de la prépondérance des probabilités aux conclusions tirées par le juge qui a présidé le procès.

Ce principe a également été suivi dans des arrêts plus récents de notre Cour: *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2, aux pp. 8 et 9; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, à la p. 794; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, à la p. 426. Dans l'arrêt récent *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, le juge La Forest a, au par. 32, fait l'observation suivante, à laquelle je souscris, au sujet de la retenue dont doivent faire montre les cours d'appel à l'égard des conclusions de fait:

Une intervention illimitée des cours d'appel ferait augmenter considérablement le nombre et la durée des appels en général. D'importantes ressources sont mises à la disposition des tribunaux de première instance pour qu'ils puissent évaluer les faits. Il faut préserver l'autonomie et l'intégrité du procès en faisant preuve de retenue à l'égard des conclusions de fait des tribunaux de première instance; [. . .] Cela explique pourquoi la règle s'applique non seulement lorsque la crédibilité des témoins est en cause, quoiqu'elle puisse alors s'appliquer plus strictement, mais

également à toutes les conclusions de fait tirées par le juge de première instance . . .

Je souligne également qu'il a été décidé que le principe de la retenue par les cours d'appel s'applique aussi aux conclusions de fait du juge de première instance qui sont fondées sur son appréciation de la crédibilité des témoignages d'experts: *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247, aux pp. 1249 et 1250.

82 Dans le cas qui nous occupe, le juge Scarlett de la Cour provinciale, juge du procès, a tiré des conclusions de fait fondées sur les témoignages et les autres éléments de preuve qui lui ont été présentés, puis il s'est demandé si ces conclusions de fait étayaient l'existence du droit ancestral revendiqué par l'appelante. Dans la deuxième étape de son analyse -- la détermination de la portée des droits ancestraux de l'appelante à la lumière de ses conclusions de fait -- le juge Scarlett tranche une question de droit qui, en tant que telle, ne commande aucune retenue de la part de notre Cour. Toutefois, la première étape de son analyse -- savoir les conclusions de fait à partir desquelles cette inférence juridique est tirée -- commande une telle retenue, et ces conclusions ne doivent pas être modifiées, sauf si elles résultent d'une «erreur manifeste et dominante». C'est particulièrement le cas, en l'espèce, étant donné que ces conclusions de fait sont fondées sur l'appréciation qu'a faite le juge Scarlett de la crédibilité des divers témoins qui ont comparu devant lui et de leurs dépositions.

83 Il va de soi que, lorsqu'il a statué sur la présente affaire, le juge Scarlett ne disposait pas des indications de notre Cour sur la façon dont il faut s'y prendre pour définir les droits reconnus et confirmés par le par. 35(1), de sorte que son analyse juridique de la preuve n'était pas entièrement exacte. Cependant, le fait que l'analyse juridique des faits par le juge Scarlett n'ait pas été entièrement exacte ne signifie pas qu'il a fait une erreur

manifeste en examinant la preuve et en tirant ces conclusions de fait. De fait, il ressort de l'examen de la transcription des débats et des pièces soumises à notre Cour que le juge Scarlett a fait une analyse approfondie et convaincante de la preuve qui lui a été présentée, et qu'il n'a commis aucune erreur manifeste qui justifierait notre Cour, ou toute autre cour d'appel, de substituer ses conclusions de fait aux siennes. De plus, je tiens à souligner que, même si elle a exprimé son désaccord avec l'analyse juridique des faits du juge Scarlett, l'appelante n'a aucunement prétendu que le juge Scarlett aurait, en tirant ses conclusions de fait de la preuve qui lui a été soumise, commis une erreur manifeste et dominante.

- 84 Le juge Scarlett de la Cour provinciale a soigneusement étudié les dépositions des divers témoins quant à la nature de la société sto:lo et il a tiré les conclusions suivantes, à la p. 160:

[TRADUCTION] De toute évidence, les Sto:lo pêchent à des fins alimentaires et rituelles. La preuve présentée n'a pas établi l'existence d'un système de marché organisé d'échange du poisson. Le poisson qui changeait de mains par suite d'échange, de don ou de troc individuel était le poisson excédentaire disponible à l'occasion. Les autochtones ne pêchaient pas pour approvisionner un marché, puisqu'il n'existait aucun système de marché organisé, et qu'ils n'étaient pas capables de conserver et d'emmagasiner le poisson durant de longues périodes. Il n'existait pas comme tel de marché pour le saumon, celui-ci a été créé par les marchands européens, principalement la Compagnie de la Baie d'Hudson. À Fort Langley, les Sto:lo pouvaient prendre et livrer du saumon frais aux marchands, qui le salaient et l'exportaient. Cette utilisation de la ressource était manifestement différente des activités autochtones, tant de par sa nature que de par les quantités en cause. Le commerce du saumon séché avec le fort était manifestement subordonné à la satisfaction par les Sto:lo, en premier lieu, de leurs propres besoins alimentaires et rituels.

La présente cour n'est pas convaincue, à la lumière de la preuve, que le commerce du saumon existait chez les autochtones au sens d'un commerce organisé d'un marché. Il ressort des témoignages oraux que le commerce était un aspect accessoire de la pêche pratiquée à des fins alimentaires. Les éléments de preuve anthropologique et archéologique étaient contradictoires. La présente cour préfère les témoignages de M. Stryd et de John Dewhurst [*sic*] à celui de M. Daly et, en conséquence, accepte que la culture des Sto:lo était celle d'une bande plutôt que d'une tribu. Même si les bandes étaient

guidées par des siem ou familles importantes, il n'y avait pas de commerce organisé du saumon au temps des aborigènes. Le commerce qui se faisait résultait soit d'échanges faits à des fins rituelles soit d'échanges découlant d'occasions fortuites. Ces échanges avaient seulement un caractère accessoire. La preuve présentée par le ministère public que les Sto:lo ne disposaient pas de sel permettant de conserver le poisson est acceptée.

Les échanges de poisson étaient tributaires des conditions locales sur le plan de la disponibilité, du transport et de la conservation. C'est l'établissement de la Compagnie de la Baie d'Hudson au fort situé à Langley qui a créé le marché et le commerce du saumon frais. Les échanges de saumon séché au temps des aborigènes n'avaient, comme il a été dit plus tôt, qu'un caractère minimal et fortuit.

J'ajouterais uniquement au résumé que le juge Scarlett fait de ses conclusions l'observation suivante, qui ne contredit aucune de ses conclusions spécifiques, savoir que les dépositions des experts qui ont comparu devant lui ont indiqué que ces échanges limités de saumon dans la société sto:lo étaient reliés principalement aux rapports familiaux et de parenté sur lesquels cette société était fondée. Par exemple, au cours de son contre-interrogatoire, M. Daly a dit que les échanges survenaient par l'intermédiaire de l'[TRADUCTION] «idiome» du maintien des rapports familiaux:

[TRADUCTION] La plupart des échanges survenaient par l'intermédiaire de l'idiome de la parenté, de l'hospitalité de l'échange de cadeaux . . .

De même, M. Dewhirst a témoigné que l'échange de biens se rattachait au maintien des rapports familiaux et de parenté.

85 Les faits constatés par le juge Scarlett de la Cour provinciale n'appuient pas la prétention de l'appelante que l'échange de saumon contre de l'argent ou d'autres biens faisait partie

intégrante de la culture distinctive des Sto:lo. Comme il a été indiqué précédemment, pour être reconnue comme un droit ancestral, une activité doit avoir une importance fondamentale pour la culture concernée -- elle doit être quelque chose qui fait de cette culture ce qu'elle est. Les conclusions de fait du juge Scarlett tendent à indiquer que les échanges de saumon contre de l'argent ou d'autres biens, quoiqu'il y en ait certainement eu dans la société sto:lo avant le contact avec les Européens, n'étaient pas une caractéristique déterminante ou importante de cette société, ni une partie intégrante de celle-ci.

86 Premièrement, le juge Scarlett a conclu que, avant le contact avec les Européens, les échanges de poisson n'étaient qu'un aspect «accessoire» de la pêche pratiquée à des fins alimentaires. Comme il a été dit précédemment, pour constituer un droit ancestral, une coutume doit elle-même faire partie intégrante de la culture distinctive de la collectivité autochtone en cause, et ne pas être simplement un aspect accessoire d'une coutume qui serait partie intégrante de la culture concernée. En conséquence, même si la preuve a clairement démontré que la pêche à des fins alimentaires et rituelles était une caractéristique importante et déterminante de la culture sto:lo, ce fait n'est pas suffisant, en l'absence de preuve que l'échange de saumon était en soi une caractéristique importante et déterminante de la société sto:lo, pour établir que l'échange de saumon fait partie intégrante de la culture sto:lo.

87 Pour des motifs analogues, la preuve rattachant l'échange de saumon au maintien de rapports familiaux et de parenté n'étaye pas l'existence du droit ancestral revendiqué par l'appelante. Les échanges de saumon qui surviennent dans le cadre des rapports entre les membres de la famille et la parenté ne revêtent pas en soi une importance suffisante pour fonder la revendication d'un droit ancestral d'échanger du poisson contre de l'argent ou des biens.

88 Deuxièmement, le juge Scarlett a conclu qu'il n'existait pas de [TRADUCTION] «système de commerce organisé» chez les Sto:lo avant le contact avec les Européens. L'inférence qu'ont tirée de ce fait le juge Scarlett de la Cour provinciale et le juge Macfarlane de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique était que, vu l'absence d'un marché, il était impossible d'affirmer que l'appelante avait agi en vertu d'un droit ancestral, étant donné que ce fait tend à indiquer qu'il n'existe pas de droit ancestral de pêcher à des fins commerciales. Cette inférence est incorrecte parce que, comme il a déjà été indiqué, en l'espèce l'appelante a revendiqué seulement le droit d'échanger du saumon contre de l'argent ou d'autres biens, et non le droit de vendre du poisson sur le marché. L'importance de l'absence de systèmes de commerce organisés chez les Sto:lo découle plutôt du fait que cette absence indique que l'utilisation du poisson comme monnaie d'échange n'était pas un phénomène répandu dans la société sto:lo. Comme les échanges de saumon n'étaient pas une activité répandue, il est impossible d'affirmer que, avant le contact avec les Européens, la culture sto:lo était définie par l'utilisation du saumon comme monnaie d'échange. Il y avait bien des échanges de saumon, mais l'absence de marché pour ce produit démontre que ces échanges n'étaient pas suffisamment répandus pour indiquer qu'ils étaient une caractéristique déterminante de la société sto:lo.

89 Troisièmement, le commerce entre les Sto:lo et la Compagnie de la Baie d'Hudson, même s'il était certainement important pour la société sto:lo de cette époque, a été jugé par le juge du procès qualitativement différent de celui qui était typique de la culture sto:lo d'avant le contact avec les Européens. En conséquence, il ne constitue pas un élément de preuve permettant de conclure que l'échange de saumon faisait partie intégrante de la culture sto:lo. Comme il a été souligné dans l'énumération des facteurs à prendre en considération pour appliquer le critère de la «partie intégrante», la période pertinente pour l'identification des droits ancestraux est celle qui a précédé le contact

avec les sociétés européennes. Sauf s'il est possible d'établir qu'une coutume, pratique ou tradition postérieure au contact avec les Européens marque une continuité avec les coutumes, pratiques ou traditions antérieures à cette période, la coutume, pratique ou tradition en question ne sera pas déclarée être à un droit ancestral. Le commerce du saumon entre les Sto:lo et la Compagnie de la Baie d'Hudson ne marque pas la continuité nécessaire avec la culture sto:lo antérieure au contact avec les Européens pour étayer la revendication d'un droit ancestral de faire le commerce du saumon. En outre, il est possible d'affirmer que le commerce du saumon entre les Sto:lo et la Compagnie de la Baie d'Hudson est devenu une activité fondamentale ou importante pour les Sto:lo principalement par suite des influences européennes. Les activités qui deviennent fondamentales ou importantes en raison de l'influence de la culture européenne ne peuvent être considérées comme des droits ancestraux.

90 Finalement, le juge Scarlett a conclu que l'organisation sociale des Sto:lo était celle d'une bande plutôt que d'une tribu. Comme l'ont indiqué les divers experts, l'une des distinctions principales entre les sociétés tribales et celles organisées en bande concerne la spécialisation et la division des tâches. Dans les sociétés tribales, il tend à y avoir spécialisation des tâches -- par exemple, spécialisation dans la pêche et l'échange du poisson -- alors que dans les sociétés organisées en bande, la division des tâches tend à refléter seulement le sexe ou l'âge des participants. Tout comme l'absence de commerce organisé ou de marché, l'absence de spécialisation dans l'exploitation des ressources de la pêche tend à indiquer que l'échange de poisson n'était pas un élément fondamental de la culture sto:lo. Je tiens à également souligner ici la conclusion du juge Scarlett que les Sto:lo n'avaient pas de moyens de conserver le poisson pendant de longues périodes, autre élément qui tend à indiquer que les échanges de poisson n'étaient pas un aspect fondamental du mode de vie des Sto:lo.

91 Pour ces motifs, je conclurais donc que l'appelante n'a pas démontré que l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens faisait partie intégrante de la société sto:lo distinctive qui existait avant le contact avec les Européens. Il y avait des échanges de poisson, mais il ne s'agissait pas d'une caractéristique fondamentale, importante ou déterminante de la société sto:lo. L'appelante n'a donc pas démontré que l'échange de saumon contre de l'argent ou d'autres biens par les Sto:lo est un droit ancestral reconnu et confirmé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Le critère établi dans Sparrow

92 Comme l'appelante n'a pas établi que l'échange de poisson était un droit ancestral des Sto:lo, il n'est pas nécessaire d'analyser les critères relatifs à l'extinction, à l'atteinte et à la justification énoncés par notre Cour dans l'arrêt *Sparrow*, précité.

VI. Dispositif

93 Comme j'ai conclu que les droits ancestraux des Sto:lo ne comprennent pas le droit d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la décision de la Cour d'appel qui a rétabli la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelante par le juge du procès à l'égard de la violation du par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries*. Il n'y aura pas d'ordonnance concernant les dépens.

94 Pour les motifs qui précèdent, la question constitutionnelle doit recevoir la réponse suivante:

Question Le paragraphe 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait le 11 septembre 1987, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard

de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque?

Réponse Non.

//Le juge L'Heureux-Dubé//

Les motifs suivants ont été rendus par

- 95 LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) -- Le présent pourvoi ainsi que les pourvois *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672 et *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, dans lesquels jugement est rendu en même temps, et l'arrêt *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013 portent sur la définition des droits ancestraux qui bénéficient de la protection de la Constitution en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.
- 96 Bien que la question restreinte qui se pose en l'espèce soit de savoir si les Sto:lo, dont l'appelante fait partie, possèdent un droit de pêche ancestral incluant le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance, la question plus générale porte sur l'interprétation de la nature et de l'étendue des droits ancestraux protégés par la Constitution.
- 97 Le Juge en chef conclut que les Sto:lo ne possèdent pas le droit ancestral d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens et que, en conséquence, la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelante en vertu de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14 devrait être confirmée. Je suis non seulement en désaccord avec ce résultat, mais également avec l'analyse que fait le Juge en chef de la question en litige, tout particulièrement avec sa façon de définir les droits ancestraux et la définition qu'il donne du droit ancestral revendiqué par l'appelante.

98 Le Juge en chef a exposé les faits et les jugements, et je ne les rappellerai que brièvement, pour permettre une meilleure compréhension de ce qui suit.

99 L'appelante, Dorothy Van der Peet, a été accusée d'avoir contrevenu au par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, et d'avoir ainsi commis une infraction au par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries*. Le fait à l'origine des accusations est la vente par l'appelante de 10 saumons qui avaient été pris par son conjoint de fait et le frère de celui-ci en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens délivré conformément au par. 27(1) du Règlement. Le paragraphe 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, disposition qui fait l'objet de la contestation constitutionnelle en l'espèce, se lit ainsi:

27. . . .

(5) Il est interdit à quiconque de vendre, d'échanger ou d'offrir de vendre ou d'échanger du poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens.

100 L'appelante, son conjoint de fait et le frère de celui-ci sont tous des membres de la bande des Sto:lo, qui fait partie de la nation des Salish de la côte. Les deux parties au présent pourvoi conviennent que l'appelante a vendu du poisson, que cette vente contrevenait au Règlement et que les poissons ont été pris conformément à un droit de pêche ancestral reconnu. Cependant, elles ne s'entendent pas sur la nature des rapports qu'entretiennent les Sto:lo avec la pêcherie, et tout particulièrement sur la question de savoir si le droit de pêche inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson.

101 Le juge du procès, le juge Scarlett de la Cour provinciale, a conclu que, à la lumière de la preuve, [1991] 3 C.N.L.R. 155, les échanges faits par les Sto:lo étaient un aspect

accessoire de la pêche pratiquée à des fins alimentaires et qu'ils étaient effectués soit à des fins rituelles soit dans le cadre d'occasions fortuites. Il a en conséquence statué que le droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires et rituelles n'incluait pas le droit de vendre le poisson, et il a déclaré l'appelante coupable des accusations dont elle faisait l'objet.

102 En appel devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 392, le juge d'appel Selbie des poursuites sommaires a interprété différemment les dépositions orales, la preuve offerte par les experts et les documents archéologiques. À son avis, la preuve établissait que les rapports qu'entretenait la bande des Sto:lo avec la pêche étaient suffisamment larges pour inclure le commerce du poisson puisque les premiers Sto:lo pouvaient faire ce qu'ils voulaient avec ce poisson. Le juge Selbie a écarté la déclaration de culpabilité et acquitté l'appelante.

103 La Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75, a rétabli les conclusions et la décision du juge du procès. La Cour d'appel à la majorité -- les juges Macfarlane (avec l'appui du juge Taggart) et Wallace -- a conclu que les Sto:lo ne faisaient que des échanges fortuits de poisson, activité complètement différente de la pêche qui est pratiquée à des fins commerciales, pour approvisionner un marché. Le juge Lambert, dissident, a conclu que la meilleure façon de décrire les coutumes, pratiques et traditions autochtones des Sto:lo était de dire qu'elles incluaient les activités de vente et d'échange de poisson. Le juge Hutcheon, également dissident, s'est attaché à la preuve établissant que, en 1846, date d'affirmation de la souveraineté britannique, on faisait le commerce du saumon dans la collectivité Sto:lo.

104 Notre Cour a accueilli la demande d'autorisation de pourvoi et le Juge en chef a formulé la question constitutionnelle suivante:

Le paragraphe 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS-84-248, tel qu'il se lisait le 11 septembre 1987, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque?

105 À mon avis, la détermination de la nature et de l'étendue des droits ancestraux doit se faire dans le contexte plus général de la réalité historique autochtone au Canada. En conséquence, avant d'entamer l'analyse spécifique des droits ancestraux protégés par le par. 35(1), il convient d'examiner l'évolution juridique de l'histoire autochtone.

I. Le contexte historique général

106 Il semble généralement reconnu que les premiers habitants de l'Amérique du Nord sont venus de Sibérie, il y a quelque 12,000 ans, par le pont terrestre de Béring. Ils ont trouvé une *terra nullius*, qu'ils ont progressivement explorée et peuplée. Ces gens ont toujours possédé, autant comme communautés nomades que comme communautés sédentaires, une certaine forme d'organisation sociale et politique. En conséquence, il est juste d'affirmer que les peuples autochtones d'Amérique du Nord étaient, avant les premiers contacts avec les Européens, des nations indépendantes qui occupaient et contrôlaient leur propre territoire et possédaient une culture distinctive ainsi que leurs propres coutumes, pratiques et traditions.

107 À cet égard, il est utile de faire état des conclusions du juge en chef Marshall de la Cour suprême des États-Unis dans ce qu'on appelle la trilogie, savoir les arrêts suivants: *Johnson c. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), *Cherokee Nation c. Georgia*, 30

U.S. (5 Pet.) 1 (1831) et *Worcester c. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832). Dans *Worcester*, tout particulièrement, le juge en chef Marshall a donné une description générale pertinente des sociétés autochtones d'Amérique du Nord (aux pp. 542 et 543):

[TRADUCTION] L'Amérique, séparée de l'Europe par un vaste océan, était habitée par un peuple différent, divisé en nations distinctes, indépendantes l'une de l'autre et vis-à-vis du reste du monde; elles avaient leurs propres institutions et se gouvernaient elles-mêmes en vertu de leurs propres lois.

Cet extrait a été cité et approuvé par le juge Hall dans l'arrêt *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, à la p. 383. Dans ce même arrêt, le juge Judson, s'exprimant au nom de la majorité, a fait les observations suivantes, à la p. 328:

Je crois qu'il est clair qu'en Colombie-Britannique, le titre indien ne peut pas avoir pour origine la Proclamation de 1763, mais il reste 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. [Je souligne.]

En ce qui concerne le caractère indépendant des nations autochtones, voir aussi les remarques du juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, à la p. 1053.

108 Au seizième siècle, à l'époque de l'arrivée officielle des Européens, la majeure partie du territoire qui est aujourd'hui le Canada était occupée et utilisée par les peuples autochtones. Cependant, dès leur arrivée, les colons ont affirmé la souveraineté de leur

mère patrie sur ce territoire. Traditionnellement, quatre principes ont été invoqués par les États pour affirmer leur souveraineté sur de nouveaux territoires: voir Brian Slattery, *The Land Rights of Indigenous Canadian Peoples, as Affected by the Crown's Acquisition of Their Territories* (1979). Ces principes sont: (1) la conquête, (2) la cession, (3) l'annexion, et (4) la colonisation, c'est-à-dire l'acquisition d'un territoire qui n'était pas occupé auparavant ou qui n'était pas reconnu comme appartenant à une autre entité politique.

109 En droit international, c'est le principe de la colonisation qui permet de justifier de la façon la plus plausible la souveraineté européenne sur le territoire canadien et les autochtones qui l'habitaient (voir Patrick Macklem, «Normative Dimensions of an Aboriginal Right of Self-Government» (1995), 21 *Queen's L.J.* 173), quoique la question de savoir s'il s'agissait d'un territoire libre qui pouvait être occupé continue d'être débattue. (Voir Brian Slattery, «Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims» (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 681, et Michael Asch, *Home and Native Land: Aboriginal Rights and the Canadian Constitution* (1984).

110 Malgré la proclamation de souveraineté, cependant, par les pratiques qu'ils ont appliquées au départ les Britanniques reconnaissaient les titres aborigènes ou droits ancestraux et ils exigeaient qu'ils aient été éteints par cession, conquête ou législation: voir André Émond, «Existe-t-il un titre indien originaire dans les territoires cédés par la France en 1763?» (1995), 41 *R.D. McGill* 59, à la p. 62. La *Proclamation royale de 1763*, L.R.C. (1985), app. II, n° 1, a cristallisé cette tradition du pouvoir impérial britannique (qui s'est appliquée soit directement, soit après la capitulation de la France).

111 Dans *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont écrit ce qui suit relativement à la souveraineté de Sa Majesté et aux pratiques britanniques vis-à-vis des peuples autochtones (à la p. 1103):

Il convient de rappeler que bien que la politique britannique envers la population autochtone fût fondée sur le respect de leur droit d'occuper leurs terres ancestrales, comme en faisait foi la Proclamation royale de 1763, dès le départ, on n'a jamais douté que la souveraineté et la compétence législative, et même le titre sous-jacent, à l'égard de ces terres revenaient à Sa Majesté . . .

Voir aussi André Émond, «Le sable dans l'engrenage du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale» (1996), 30 *R.J.T.* 1, à la p 1.

- 112 En conséquence, il est maintenant reconnu en droit canadien que le titre aborigène et les droits ancestraux en général découlent de l'occupation et de l'utilisation historiques des terres ancestrales par les autochtones et qu'ils ne sont pas tributaires de quelque traité, décret ou mesure législative: *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, à la p. 390, le juge Hall; confirmé dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, à la p. 379, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) et *Sparrow*, précité; voir également l'arrêt *Mabo c. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1 de la High Court of Australia. Voir aussi Brian Slattery, «The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights» (1983), 8 *Queen's L.J.* 232, à la p. 242, et Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), à la p. 679. Cette position est la [TRADUCTION] «théorie du caractère inhérent» des droits ancestraux, par opposition à la «théorie du caractère conditionnel» des droits ancestraux: voir Michael Asch and Patrick Macklem, «Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R. v. Sparrow*» (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 498, Patrick Macklem, «First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination» (1991), 36 *R.D. McGill* 382, et Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (1989).

C

113 L'occupation et l'utilisation du territoire de l'Amérique du Nord par les peuples autochtones n'étaient pas statiques et, en règle générale, les droits ancestraux en découlant ne devraient pas l'être non plus. Poussés par divers événements telles des guerres, des épidémies, des famines et la rareté du gibier, les autochtones migraient. De même, leurs coutumes, pratiques et traditions changeaient et évoluaient, notamment l'utilisation des terres, les méthodes de chasse et de pêche, l'échange de biens entre tribus. L'arrivée des Européens a accru ces déplacements et ces changements, créant de nouvelles occasions et introduisant de nouvelles techniques et méthodes d'exploitation des ressources naturelles: voir Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727, aux pp. 741 et 742. En conséquence, la notion de droits ancestraux doit pouvoir fluctuer, changer et évoluer, non seulement d'un groupe autochtone à l'autre, mais aussi dans le temps.

C

114 Les intérêts autochtones découlant de leur occupation et utilisation originales des terres ancestrales ont été reconnus dans un ensemble de règles de common law appelées doctrine des droits ancestraux; voir Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights», *loc. cit.*, à la p. 732. Ces principes définissent les conditions auxquelles Sa Majesté a acquis la souveraineté sur les autochtones et leur territoire.

115 La principale composante traditionnelle de la doctrine des droits ancestraux concerne le titre aborigène, c'est-à-dire le droit foncier *sui generis* qui confère aux autochtones le droit d'occuper et d'utiliser à leur gré les terres visées, sous réserve du fait que c'est Sa Majesté qui, en dernier ressort, en détient le titre et possède le droit exclusif d'acheter les terres en question: voir *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 A.C. 46 (C.P.), à la p. 54, *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*,

C

précité, à la p. 328, le juge Judson et à la p. 383, le juge Hall, et *Guerin*, précité, aux pp. 378 et 382, le juge Dickson (plus tard Juge en chef).

116 Cependant, le titre aborigène ne représente pas l'ensemble de la doctrine des droits ancestraux. Au contraire, comme son nom l'indique, cette doctrine vise un ensemble plus grand de droits fondés sur l'occupation et l'utilisation historiques par les autochtones de leurs terres ancestrales, qui comprend non seulement le titre aborigène, mais aussi les éléments constitutifs de ce droit plus large -- tels les droits de chasse, de pêche et de piégeage ancestraux, et les coutumes, pratiques et traditions connexes -- ainsi que d'autres éléments qui font partie intégrante de la culture autochtone distinctive visée, mais ne se rapportent pas au territoire: voir W. I. C. Binnie, «The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning?» (1990), 15 *Queen's L.J.* 217, et Douglas Sanders, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada» (1983), 61 *R. du B. can.* 314.

117 Cela m'amène aux différents types de terres auxquelles peuvent se rattacher des droits ancestraux: les terres des réserves, les terres visées par un titre aborigène et les terres visées par un droit ancestral: voir Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights», *loc. cit.*, aux pp. 743 et 744. Ces terres ont en commun le fait que le législateur fédéral et, dans une certaine mesure, les assemblées législatives provinciales possèdent un pouvoir général de légiférer à l'égard des activités des autochtones, pouvoir qui découle de l'affirmation de la souveraineté britannique sur le territoire canadien. Cependant, des distinctions importantes doivent être faites entre ces divers types de terres quant aux lois qui leur sont applicables et aux droits ancestraux qui peuvent y être revendiqués.

118 Les terres des réserves sont les terres qui sont réservées par le gouvernement fédéral pour l'usage exclusif des Indiens. Ces terres sont régies par la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5. S'appliquent sur ces terres et les lois fédérales, conformément au

par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et les lois provinciales d'application générale, conformément à l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. Cependant, les conseils de bande peuvent, en vertu de l'art. 81 de la *Loi sur les Indiens*, décréter des règlements administratifs pour les fins particulières précisées dans cette disposition. Ces règlements administratifs remplacent les lois provinciales incompatibles -- même celles édictées en vertu de l'art. 88 de la Loi -- ainsi que les lois fédérales incompatibles -- dans la mesure où le ministre des Affaires indiennes ne désavoue pas les règlements administratifs en question conformément à l'art. 82 de la Loi. Ce dernier scénario était le fondement des réclamations à l'origine de l'arrêt *R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921, et il l'était en partie dans *R. c. Nikal*, précité.

- 119 Les terres visées par un titre aborigène sont les terres que possèdent les autochtones et qu'ils peuvent occuper et utiliser à leur gré, sous réserve du fait que c'est Sa Majesté qui, en dernier ressort, en détient le titre (voir *Guerin c. La Reine*, précité, à la p. 382). Les lois fédérales et provinciales s'appliquent aux terres visées par un titre aborigène, conformément au pouvoir général de légiférer respectif de ces deux ordres de gouvernement. Un titre aborigène de cette nature est fondé sur la common law et doit respecter des conditions strictes pour être reconnu: voir *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité; et *Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518. De fait, le titre aborigène existe lorsque l'ensemble des droits ancestraux est suffisamment important pour commander la reconnaissance d'un droit foncier *sui generis* d'occupation et d'utilisation des terres visées. Il s'ensuit que des droits ancestraux peuvent être des éléments accessoires d'un titre aborigène, mais pas nécessairement. Ces droits sont dissociables du titre aborigène et peuvent exister indépendamment de celui-ci. Comme je l'ai déjà mentionné, la source de ces droits est l'occupation et l'utilisation historiques par les autochtones de leurs terres ancestrales.

120 Un titre aborigène peut également être fondé sur un traité entre les autochtones concernés et le gouvernement compétent: voir *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, et *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901. Dans un tel cas, les droits ancestraux cristallisés dans le traité deviennent des droits issus de traités et leur portée doit être déterminée eu égard aux conditions de cet accord. Les droits découlant d'un traité sont soustraits à l'application des lois provinciales -- même celles édictées en vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* -- sauf si le traité incorpore ces lois, voir l'arrêt *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771. Cependant, un traité ne fait pas disparaître les droits ancestraux. De tels droits continuent d'exister, indépendamment du traité, pourvu qu'ils ne se rattachent pas de façon importante aux droits qui ont été cristallisés dans le traité ou éteints par les conditions de celui-ci.

121 Enfin, les terres visées par un droit ancestral sont les terres auxquelles ne peuvent se rattacher que des droits ancestraux spécifiques (p. ex., le droit de chasser à des fins alimentaires, sociales et rituelles), parce que l'occupation et l'utilisation des terres par le groupe autochtone concerné sont trop limitées et, en conséquence, ne respectent pas le critère applicable en vue de la reconnaissance, en common law, d'un titre aborigène. Dans de tels cas, les droits ancestraux visant ces terres se limitent aux aspects résiduels du titre aborigène -- tel le droit de chasser, de pêcher ou de piéger -- ou à d'autres aspects ne se rapportant pas au territoire. Ces droits ne comportent donc pas le plein droit de propriété *sui generis* d'occuper et d'utiliser les terres.

122 Tant le législateur fédéral que les assemblées législatives provinciales peuvent édicter, conformément à leur pouvoir général respectif de légiférer, des mesures législatives applicables aux activités des autochtones sur les terres visées par des droits ancestraux. Comme le dit le juge Cory dans l'arrêt *R. c. Nikal*, précité (au par. 92): «[l]e gouvernement doit, en dernier ressort, être capable d'établir ou de régir la façon dont ces

droits [ceux des autochtones et du reste de la société canadienne] devraient interagir». Voir aussi *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, aux pp. 328 et 329, le juge Judson, et à la p. 401, le juge Hall, *Guerin*, précité, aux pp. 377 et 378, *Sparrow*, précité, à la p. 1103 et *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, à la p. 109.

123 Le classement d'une terre dans un type donné n'est pas immuable. De plus, une terre peut appartenir à plus d'un type. Ainsi, on peut imaginer que des terres qualifiées de terres visées par un titre aborigène deviennent par la suite des terres de réserve mises de côté pour l'usage exclusif des Indiens. Ces terres sont alors des terres de réserve situées sur des terres visées par un titre aborigène. Par ailleurs, des terres visées par un titre aborigène peuvent devenir des terres visées par un droit ancestral, si le groupe autochtone concerné ne les occupent et ne les utilisent que pour des activités spécifiques. Bref, la situation est la suivante: sur chacun des types de terres que j'ai décrits précédemment, des droits ancestraux peuvent naître et être reconnus, dans une plus ou moins grande mesure.

124 Cela dit, le présent pourvoi ne vise qu'à faire reconnaître un droit ancestral et il ne met en jeu ni règlement administratif décrété dans une réserve ni revendication d'un titre aborigène, et il ne concerne aucun droit issu de traité. L'appelante soutient simplement que le peuple Sto:lo, dont elle fait partie, possède -- du fait de l'occupation et de l'utilisation historiques de ses terres -- un droit de pêche ancestral qui inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance.

125 Avant 1982, la doctrine des droits ancestraux n'était fondée que sur la common law, et les droits ancestraux pouvaient en conséquence être éteints par traité, par conquête et par voie législative puisqu'ils [TRADUCTION] «dépendaient de la bonne volonté du

Souverain»: voir *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen*, précité, à la p. 54, *R. c. George*, [1966] R.C.S. 267, *Sikyee c. The Queen*, [1964] R.C.S. 642 et *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité; voir aussi, en ce qui concerne le mode d'extinction des droits ancestraux, Kenneth Lysyk, «The Indian Title Question in Canada: An Appraisal in the Light of Calder» (1973), 51 *R. du B. can.* 450.

126 Depuis ce temps, cependant, le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* confère la protection de la Constitution aux intérêts des autochtones qui découlent de l'occupation et de l'utilisation historiques par ceux-ci de leurs terres ancestrales, en reconnaissant et en confirmant «[l]es droits existants -- ancestraux ou issus de traités -- des peuples autochtones du Canada»: voir Brian Slattery, «First Nations and the Constitution: A Question of Trust» (1992), 71 *R. du B. can.* 261, à la p. 263. En conséquence, comme je l'examinerai de façon approfondie, le pouvoir général de légiférer à l'égard des activités des autochtones est maintenant limité, et toute mesure législative portant atteinte à des droits ancestraux ou issus de traités doit être justifiée.

127 Avant de passer à l'interprétation de la nature et de l'étendue des droits ancestraux protégés par la Constitution, je vais exposer ci-après le cadre d'analyse général qui a été élaboré pour l'application du par. 35(1).

II. Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et le test établi dans *Sparrow*

128 L'analyse de la question dont nous sommes saisis commence par l'examen du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui figure à la partie II de cette loi et qui est intitulée «Droits des peuples autochtones du Canada». Ce paragraphe est ainsi rédigé:

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

129 La portée du par. 35(1) a été examinée dans *Sparrow*, précité. Dans cette affaire, un membre de la bande indienne des Musqueams, Ronald Edward Sparrow, avait été accusé, en vertu du par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries*, d'avoir pêché avec un filet dérivant plus long que les 25 brasses autorisées par le permis de pêche de subsistance des Indiens de la bande. L'accusé avait pêché dans un étroit passage du fleuve Fraser, à quelques milles en amont de l'Aéroport international de Vancouver. Sparrow a volontiers reconnu avoir pêché de la manière reprochée, mais il a prétendu que, en raison du droit de pêche ancestral des Musqueams, les mesures visant à régler la longueur des filets étaient incompatibles avec le par. 35(1) et, par conséquent, inopérantes en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

130 Je m'arrête ici un moment pour signaler que, dans *Sparrow*, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont souligné l'importance de procéder à un examen cas par cas en matière d'interprétation des droits visés par le par. 35(1). Ils ont affirmé ce qui suit, à la p. 1111:

Nous tenons à souligner relativement au par. 35(1) l'importance du contexte et d'un examen cas par cas. Étant donné la généralité du texte de la disposition constitutionnelle en cause et compte tenu surtout des complexités que présentent l'histoire, la société et les droits des autochtones, les limites d'une norme justificative doivent être fixées dans le contexte factuel particulier de chaque cas.

Voir également *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104 et *R. c. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227 (C.A. Ont.).

- 131 Notre Cour a néanmoins élaboré un cadre fondamental d'analyse des affaires constitutionnelles dans lesquelles on demande qu'un droit soit protégé en tant que droit ancestral en vertu du par. 35(1). Le test énoncé dans *Sparrow* comporte trois étapes: (1) l'évaluation et la définition d'un droit ancestral existant (y compris son extinction), (2) l'établissement d'une atteinte *prima facie* à ce droit, et (3) la justification de cette atteinte. Je vais examiner brièvement chacune de ces étapes à tour de rôle.
- 132 Les droits des peuples autochtones qui sont protégés par la Constitution au par. 35(1) sont ceux qui existaient au moment de l'édiction de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cependant, la façon dont ces droits étaient réglementés en 1982 n'est pas pertinente pour la définition des droits ancestraux, étant donné que ceux-ci doivent être appréciés dans leur état actuel; les droits ancestraux ne sont pas figés dans le temps: voir *Sparrow*, à la p. 1093; voir aussi Brian Slattery, «The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights», *loc. cit.*; Kent McNeil, «The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada» (1982), 4 *Sup. Ct. L. Rev.* 255 et William Pentney, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II -- Section 35: The Substantive Guarantee» (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207. Il incombe au demandeur de prouver qu'il bénéficie d'un droit ancestral existant. Je reviendrai plus loin sur cette première étape pour élaborer sur l'interprétation de la nature et de l'étendue des droits ancestraux.
- 133 De plus, avant 1982, Sa Majesté pouvait éteindre des droits ancestraux par une mesure législative, mais son intention de le faire devait être claire et expresse. Par conséquent, la réglementation d'une activité autochtone n'équivaut pas à son extinction (*Sparrow*, à la p. 1097), et une mesure législative nécessairement incompatible avec la jouissance continue de droits ancestraux ne suffit pas pour satisfaire au test. La condition relative à

l'intention «claire et expresse» d'éteindre un droit est, en conséquence, très exigeante: voir *Simon*, précité. Le fardeau de prouver l'extinction des droits visés incombe à la partie qui l'allègue, en l'occurrence Sa Majesté.

- 134 En ce qui concerne la deuxième étape du test formulé dans *Sparrow*, une fois qu'il a établi l'existence d'un droit ancestral, le demandeur doit démontrer que la mesure législative contestée porte atteinte *prima facie* à ce droit. Autrement dit, la question est alors de savoir si la disposition législative examinée est, de par son objet ou de par ses effets, incompatible avec le droit ancestral reconnu. Dans *Sparrow*, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont formulé les lignes directrices suivantes relativement à la question de l'atteinte, aux pp. 1112 et 1113:

Pour déterminer si les droits de pêche ont subi une atteinte constituant une violation à première vue du par. 35(1), on doit poser certaines questions.

Premièrement, la restriction est-elle déraisonnable? Deuxièmement, le règlement est-il indûment rigoureux? Troisièmement, le règlement refuse-t-il aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer?

C'est au particulier ou au groupe qui conteste la mesure législative qu'il incombe de prouver qu'il y a eu violation à première vue. En ce qui concerne les faits du présent pourvoi, le règlement serait jugé constituer une atteinte à première vue si on concluait qu'il impose une restriction néfaste à l'exercice par les Musqueams de leur droit de pêcher à des fins de subsistance. Nous tenons à souligner ici que la question en litige n'exige pas simplement qu'on examine si la prise autorisée de poissons a été réduite au-dessous de ce qui est requis pour subvenir aux besoins alimentaires et rituels raisonnables des Musqueams. Le critère nécessite plutôt qu'on se demande si, de par son objet ou son effet, la restriction imposée quant à la

longueur des filets porte atteinte inutilement aux intérêts protégés par le droit de pêche.

135 Troisièmement, après que le demandeur a établi que la mesure législative en question constitue une atteinte *prima facie* à son droit ancestral, le fardeau de la preuve se déplace à nouveau et il incombe alors à Sa Majesté de prouver que cette atteinte est justifiée. À cette étape, les tribunaux sont appelés à mettre en équilibre et à concilier les intérêts opposés des peuples autochtones d'une part, et ceux du reste de la société canadienne d'autre part. De façon plus particulière, il faut, au cours de la dernière étape du test établi dans *Sparrow*, apprécier la validité de l'objectif de la mesure législative ainsi que le caractère raisonnable de la restriction.

136 En ce qui concerne l'objectif de la mesure législative, il ne fait aucun doute que si celle-ci vise la conservation et la gestion des ressources naturelles, il s'agira là d'un objectif suffisant (*Sparrow*, à la p. 1113). D'autres objectifs législatifs jugés impérieux et réels, comme la sécurité du public, peuvent être également valides, compte tenu des circonstances de chaque cas. Cependant, la notion d'intérêt public est trop vague et générale pour constituer un objectif valide justifiant une atteinte à un droit ancestral (*Sparrow*, à la p. 1113).

137 En ce qui concerne le caractère raisonnable des restrictions imposées au droit ancestral existant, il faut examiner les rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité de Sa Majesté envers les autochtones. Cette obligation de fiduciaire commande à tout le moins que soit accordée une certaine priorité aux autochtones dans le cadre du régime de réglementation régissant l'activité reconnue comme un droit ancestral: voir *Sparrow*, aux pp. 1115 à 1117; aussi *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294 et *R. c. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322 (C.A.N.-É.).

138 De plus, il pourrait également être nécessaire de tenir compte d'un certain nombre d'autres éléments dans l'appréciation de la justification. Dans *Sparrow*, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont dressé une liste non exhaustive de facteurs à prendre en considération relativement à la justification, à la p. 1119:

Il y a, dans l'analyse de la justification, d'autres questions à aborder, selon les circonstances de l'enquête. Il s'agit notamment des questions de savoir si, en tentant d'obtenir le résultat souhaité, on a porté le moins possible atteinte à des droits, si une juste indemnisation est prévue en cas d'expropriation et si le groupe d'autochtones en question a été consulté au sujet des mesures de conservation mises en oeuvre. On s'attendrait certainement à ce que les peuples autochtones, traditionnellement sensibilisés à la conservation et ayant toujours vécu dans des rapports d'interdépendance avec les ressources naturelles, soient au moins informés relativement à la conception d'un régime approprié de réglementation de la pêche.

139 Ceci dit, la question en litige en l'espèce concerne uniquement l'interprétation de la nature et de l'étendue du droit de pêche ancestral des Sto:lo et la question de savoir si ce droit inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance, c'est-à-dire la première étape même du test établi dans *Sparrow*, qui porte sur l'évaluation et la définition des droits ancestraux. S'il devient nécessaire d'examiner la question de l'extinction d'un droit ou celles de l'atteinte *prima facie* et de la justification, les parties ont convenu que, comme la preuve est insuffisante pour permettre à notre Cour de trancher ces questions, l'affaire devrait être renvoyée pour la tenue d'un nouveau procès, comme l'a fait le juge d'appel des poursuites sommaires.

140 Pour déterminer si les Sto:lo bénéficient d'un droit de pêche ancestral existant qui inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance, il est nécessaire d'explicitier la méthode qu'il convient d'appliquer pour interpréter la nature et l'étendue des droits ancestraux en général. C'est ce que je me propose de faire maintenant.

III. Interprétation des droits ancestraux

141 Bien que je sois dans l'ensemble d'accord avec les règles fondamentales d'interprétation du droit relatif aux autochtones qu'a examinées le Juge en chef, l'application qu'il a fait de ces règles pour définir les droits ancestraux visés au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'en tient pas suffisamment compte à mon avis. Pour plus de commodité, je vais résumer ces règles ici.

142 Premièrement, le par. 35(1) doit, comme toutes les autres dispositions constitutionnelles, recevoir une interprétation généreuse, large et libérale permettant la réalisation de ses objectifs: relativement à la *Loi constitutionnelle de 1867*, voir les arrêts *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.), *Procureur général du Québec c. Blaikie (n° 1)*, [1979] 2 R.C.S. 1016, *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, dans le contexte de la *Charte*, *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; et en ce qui concerne tout particulièrement les droits ancestraux visés au par. 35(1), *Sparrow*, précité, à la p. 1108, où le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont écrit que «le par. 35(1) constitue un engagement solennel qui doit avoir un sens utile».

143 Qui plus est, la nature même des documents autochtones anciens tels que les traités, les accords avec Sa Majesté et les autres éléments de preuve documentaire commandent une interprétation généreuse, et les ambiguïtés, doutes ou incertitudes doivent être résolus en faveur des autochtones: voir *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451, *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282, *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, *Simon*, précité, *Horseman*, précité, *Sioui*, précité, *Sparrow*, précité et *Mitchell*, précité; voir aussi William Pentney, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II -- Section 35: The Substantive Guarantee», *loc. cit.*, à la p. 255.

144 Deuxièmement, les droits ancestraux doivent être interprétés à la lumière des rapports spéciaux de fiduciaire et de la responsabilité de Sa Majesté envers les autochtones: voir *Taylor et Guerin*, précités. Cette obligation de fiduciaire existe en raison du pouvoir et de la responsabilité historiques assumés par Sa Majesté vis-à-vis des autochtones. Dans *Sparrow*, précité, notre Cour a exprimé succinctement cette obligation, à la p. 1108:

. . . savoir, le gouvernement a la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones. Les rapports entre le gouvernement et les autochtones sont de nature fiduciaire plutôt que contradictoire et la reconnaissance et la confirmation contemporaines des droits ancestraux doivent être définies en fonction de ces rapports historiques. [Je souligne.]

Voir également Alain Lafontaine, «La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones» (1995), 36 *C. de D.* 669.

145 Enfin, la dernière et la plus importante de ces règles est que les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) doivent être interprétés dans le contexte de l'histoire et de la culture de

la société autochtone concernée, de manière à leur donner un sens pour les autochtones. À cet égard, les observations suivantes du juge en chef Dickson et du juge La Forest dans *Sparrow* sont particulièrement à propos, à la p. 1112:

S'il est impossible de donner une définition simple des droits de pêche, il est possible et même crucial de se montrer ouvert au point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la nature des droits en cause. [Je souligne.]

Contrairement au Juge en chef, je n'estime pas approprié de restreindre la portée de cet énoncé en affirmant que, dans la définition des droits ancestraux, la perspective de la common law importe autant que celle des autochtones.

146 Il faut garder ces principes d'interprétation à l'esprit en déterminant la méthode qu'il convient de suivre dans l'examen de la nature et de l'étendue des droits ancestraux protégés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, question que j'aborde maintenant.

147 Dans *Sparrow*, précité, notre Cour a fait allusion au point de départ de l'examen de la question de savoir s'il est justifié d'accorder à une coutume, pratique ou tradition autochtone la protection de la Constitution en vertu du par. 35(1). Le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont fait l'observation suivante relativement au rôle de la pêche dans la vie des Musqueams à la p. 1099:

Il nous faut maintenant préciser la portée du droit de pêche existant des Musqueams. D'après la preuve anthropologique produite pour établir l'existence de ce droit, la pêche au saumon a toujours fait partie intégrante de la culture distinctive des Musqueams. [Je souligne.]

C

148 Le cœur du débat en Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans la présente affaire, ainsi que dans la plupart des appels entendus concurremment, porte sur l'application de la norme de «la partie intégrante de la culture distinctive concernée» en vue de définir la nature et l'étendue du droit ancestral qui, prétend-on, est protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cet énoncé général des caractéristiques des droits ancestraux doit être précisé davantage pour devenir le test de leur définition. Deux aspects en particulier doivent être examinés en profondeur: (1) les caractéristiques nécessaires des droits ancestraux, et (2) la période pertinente pour l'appréciation de ces caractéristiques.

Les caractéristiques des droits ancestraux

C

149 La question de la nature et de l'étendue des droits ancestraux protégés par le par. 35(1) est fondamentalement une question de caractérisation. Lesquelles des coutumes, pratiques et traditions autochtones nécessitent la protection de la Constitution? Deux méthodes d'analyse de cette difficile question semblent se dégager des jugements des tribunaux inférieurs (voir les motifs de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans la présente affaire, et l'arrêt *Delgamuukw c. British Columbia* (1993), 104 D.L.R. (4th) 470). La première, à laquelle souscrit le Juge en chef, est axée sur la coutume, pratique ou tradition en cause. La deuxième, plus générale, décrit les droits ancestraux avec un degré d'abstraction assez élevé. Pour les motifs qui suivent, je préfère cette deuxième méthode.

150 La méthode fondée sur l'examen des coutumes, pratiques et traditions autochtones ne s'attache qu'à des éléments distincts de la culture autochtone, et les isolent de la culture générale dans laquelle elles sont enracinées. L'analyse porte sur les manifestations de la

C

«partie intégrante de la culture distinctive [des autochtones visés]» formulée dans *Sparrow*, à la p. 1099. De plus, suivant ce point de vue, ce qui rend la culture autochtone distinctive c'est ce qui la distingue de la culture non autochtone. La Cour d'appel à la majorité a adopté ce point de vue, comme le révèle l'extrait qui suit des motifs du juge Macfarlane (au par. 37):

[TRADUCTION] Il est pertinent d'examiner ce qui se passait dans la société autochtone avant le contact avec les Européens pour établir quelles étaient les traditions uniques qui valaient d'être protégées par la common law. Il est également nécessaire de séparer ces traditions des pratiques qui ne constituent pas un aspect propre à la culture indienne, mais qui sont communes aux Indiens et aux non-Indiens. [Je souligne.]

En conséquence, si une activité fait partie intégrante d'une culture autre que celle des autochtones, elle ne peut faire partie de la culture distinctive de ceux-ci. Cette méthode ne devrait pas être adoptée, et ce pour les motifs suivants.

- 151 Premièrement, sous l'angle de pure terminologie, cette méthode décrit mal l'expression «culture distinctive» utilisée dans l'extrait précité de l'arrêt *Sparrow*, en lui donnant le sens de «culture distincte». Il ne faut pas confondre ces deux expressions qui ont des sens fort différents. Dans *The Concise Oxford Dictionary* (9^e éd. 1995), le terme «*distinctive*» est défini ainsi: [TRADUCTION] «ce qui distingue, une caractéristique», alors qu'on y définit de la manière suivante le mot «*distinct*»: [TRADUCTION] «**1** (souvent suivi de la préposition «*de*») **a** qui n'est pas identique; séparé; individuel. **b** de qualité ou d'espèce différentes; différent». Alors que le mot «*distinct*» appelle une comparaison et une évaluation d'un point de vue particulier, le mot «*distinctive*» exige que l'objet soit observé individuellement. Même si la description des qualités «distinctives» d'un objet

peut amener à décrire en quoi celui-ci diffère d'autres objets («ce qui distingue»), le mot «*distinctive*» ne demande pas que l'objet soit nettement différent. De fait, tout ce qu'exige l'expression «culture distinctive» c'est que l'on caractérise la culture autochtone et non qu'on la différencie des cultures non autochtones.

152 Bien que le Juge en chef reconnaisse la différence entre les mots «*distinctive*» et «*distinct*», il n'applique cette différence qu'à l'égard des manifestations de la culture autochtone distinctive, c'est-à-dire les coutumes, pratiques et traditions propres à un groupe particulier d'autochtones. Comme je vais l'examiner plus en détail dans un moment, l'expression culture autochtone «distinctive» a, à mon avis, une application générale et beaucoup plus large.

153 Deuxièmement, affirmer que ce qui est commun aux cultures autochtones et non autochtones est nécessairement non autochtone et donc non ancestral pour l'application du par. 35(1) est, pour le moins, une analyse qui accorde beaucoup trop d'importance au point de vue de la majorité. Cette conception est diamétralement opposée au point de vue avancé dans *Sparrow*, précité, suivant lequel l'interprétation des droits ancestraux doit tenir compte de la responsabilité de fiduciaire de Sa Majesté vis-à-vis les peuples autochtones, ainsi que de la perspective autochtone quant à la signification des droits en cause. Ces considérations exigent que soient protégées, malgré leurs points communs avec les sociétés non autochtones, les coutumes, pratiques et traditions qui caractérisent les sociétés autochtones en tant que premiers occupants et usagers du territoire canadien.

154 Enfin, une analyse fondée sur la dichotomie entre les coutumes, pratiques et traditions autochtones et non autochtones revient à définir la culture autochtone et les droits ancestraux comme étant ce qu'il en reste après qu'on en ait retranché les caractéristiques des cultures non autochtones. Une interprétation aussi rigide des droits ancestraux

protégés par la Constitution est contraire à l'interprétation généreuse, large et libérale du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* préconisée dans *Sparrow*.

- 155 À mon avis, il vaut mieux examiner la question de la nature et de l'étendue des droits ancestraux à partir d'un certain degré d'abstraction et de généralité.
- 156 L'application d'une analyse générale pour définir la nature et l'étendue des droits ancestraux repose sur le principe que la notion de «partie intégrante de la culture distinctive [des autochtones visés]» constitue un énoncé général de l'objet du par. 35(1). Au lieu de mettre l'accent sur une coutume, pratique ou tradition particulière, ce principe renvoie à un concept plus abstrait et plus profond. De fait, à l'instar des valeurs constitutionnalisées dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, les droits ancestraux protégés au par. 35(1) devraient être examinés au moyen d'une analyse tenant compte d'une multiplicité d'aspects ou de facettes: voir Andrea Bowker, «*Sparrow's* Promise: Aboriginal Rights in the B.C. Court of Appeal» (1995), 53 *Toronto Fac. L. Rev.* 1, aux pp. 28 et 29.
- 157 En conséquence, il faudrait considérer que le par. 35(1) protège non pas une liste de coutumes, pratiques ou traditions propres, comme le soutient le Juge en chef, mais plutôt la «culture distinctive» dont les activités autochtones sont des manifestations. Bref, l'accent serait mis sur l'importance de ces activités pour les autochtones plutôt que sur les activités elles-mêmes.
- 158 Même si je ne prétends pas examiner la question selon la philosophie libérale des Lumières, une analogie avec la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte* permettra d'illustrer cette position. L'alinéa 2b) de la *Charte* ne dresse pas une liste précise de formes d'expression protégées, comme le discours politique, l'expression

commerciale ou le piquetage, mais il vise plutôt à protéger la capacité de s'exprimer: voir *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, *Keegstra*, précité; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139 et *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199. En d'autres mots, la liberté d'expression garantie par la Constitution est conceptualisée non pas comme une façon de protéger les manifestations possibles de cette liberté, mais plutôt comme un moyen de préserver les raisons fondamentales pour lesquelles une personne s'exprime, c'est-à-dire, les motifs qui sont le fondement de la liberté d'expression.

159 De même, les coutumes, pratiques et traditions autochtones protégées en vertu du par. 35(1) devraient être caractérisées au regard des objets fondamentaux de la constitutionnalisation des droits ancestraux dans la *Loi constitutionnelle de 1982*. Comme je l'ai déjà mentionné, le par. 35(1) constitutionnalise la doctrine de common law des droits ancestraux, qui reconnaît les intérêts des autochtones qui découlent de l'occupation et de l'utilisation historiques par ceux-ci de leurs terres ancestrales. À mon avis, c'est ainsi que devrait être envisagée la notion de «partie intégrante d'une culture autochtone distinctive». L'expression «culture autochtone distinctive» doit être considérée comme tenant compte du fait que, en dépit de la souveraineté britannique, les autochtones ont constitué la première société organisée à occuper et à utiliser le territoire canadien: *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, à la p. 328, le juge Judson; et *Guerin*, précité, à la p. 379, le juge Dickson J. (plus tard Juge en chef).

160 Ce raisonnement devrait être appliqué dans la caractérisation des activités autochtones qui commandent la protection de la Constitution en tant que droits ancestraux. Les coutumes, pratiques et traditions protégées en vertu du par. 35(1) devraient être celles qui

sont suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture d'un groupe particulier d'autochtones. Voir *Delgamuukw c. British Columbia*, précité, aux pp. 646 et 647, le juge Lambert, dissident; voir aussi Asch et Macklem, «Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R. v. Sparrow*», *loc. cit.*, à la p. 505 et Pentney, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II -- Section 35: The Substantive Guarantee», *loc. cit.*, aux pp. 258 et 259.

161 En d'autres mots, les coutumes, pratiques et traditions qui sont au centre de la vie des peuples autochtones et qui leur assurent les moyens de vivre en société organisée relèveront du champ d'application de la protection constitutionnelle offerte par le par. 35(1). C'est ce que le juge Lambert, dans sa dissidence en Cour d'appel, a décrit comme étant la forme «sociale» de description des droits ancestraux (au par. 140), énoncé que rejette le Juge en chef. Le juge Lambert a distingué ces activités autochtones des pratiques ou habitudes qui étaient simplement des aspects accessoires de la vie d'un groupe particulier d'autochtones et qui, en tant que telles, ne commanderaient pas la protection du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Je suis d'accord avec cette description qui, quoique souple, constitue un critère qui délimite l'interprétation de la nature et de l'étendue des droits ancestraux, et qui, contrairement à ce qu'affirme ma collègue le juge McLachlin, ne souffre pas d'imprécision et n'a pas une portée excessive, suivant le sens donné à ces termes par notre Cour (voir les arrêts *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606 et *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031).

162 D'autres commentaires s'imposent relativement à cette analyse. Le test de la «culture autochtone distinctive» ne devrait pas être restreint aux activités exercées uniquement par les autochtones et non par les non-autochtones. Au contraire, toutes les coutumes, pratiques et traditions ayant un lien suffisant avec le sentiment d'identité et le désir de

préservation des sociétés autochtones organisées devraient être considérées comme valant d'être protégées en vertu du par. 35(1). Qui plus est, il faudrait interpréter ces activités de façon généreuse, large et libérale afin de donner plein effet à la reconnaissance constitutionnelle du caractère distinctif de la culture autochtone. Enfin, c'est presque un truisme de dire que ce qui constitue une coutume, pratique ou tradition distinctive pour une culture et une société autochtones doit être examiné avec les yeux des autochtones, plutôt qu'avec ceux de la majorité non autochtone ou encore à travers le prisme déformant des règlements existants.

- 163 Il faut maintenant examiner la question de la période pertinente pour apprécier les coutumes, pratiques et traditions qui font partie de la culture distinctive d'un groupe particulier d'autochtones.

Période pertinente pour l'examen des droits ancestraux

- 164 La question de la période pertinente pour la reconnaissance de droits ancestraux amène à se demander si la coutume, pratique ou tradition doit avoir existé avant une date spécifique, et quelle est la période nécessaire pendant laquelle une activité autochtone doit avoir été exercée pour être reconnue comme un droit visé au par. 35(1). Une fois encore, deux méthodes principales ont été préconisées devant les tribunaux inférieurs (voir les arrêts de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en l'espèce et dans *Delgamuukw c. British Columbia*, précité): la méthode fondée sur les «droits figés» et celle fondée sur le «caractère dynamique des droits». L'examen de chacune de ces méthodes démontrera qu'il y a lieu de préférer la dernière.

- 165 Suivant la méthode fondée sur les «droits figés», seraient reconnues les coutumes, pratiques et traditions -- faisant partie intégrante d'une culture autochtone distinctive --

qui existaient depuis longtemps au moment de la souveraineté britannique: voir Slattery, «Understanding Aboriginal Rights», *loc. cit.*, aux pp. 758 et 759. Il s'ensuit que la personne qui revendique les droits ancestraux doit prouver deux choses: (1) que l'activité autochtone existe «de temps immémorial», et (2) qu'elle existait avant l'affirmation de la souveraineté. Déterminer les droits ancestraux existants en fonction des coutumes, pratiques et traditions antérieures au contact avec les Européens ou à l'affirmation de la souveraineté britannique sous-entend que la culture autochtone s'est cristallisée au cours d'une sorte d'«époque aborigène», avant l'arrivée des Européens. Contrairement au Juge en chef, je ne crois pas, pour les motifs qui suivent, qu'il y a lieu d'adopter cette méthode.

166 Premièrement, le fait de s'appuyer sur la proclamation de souveraineté par l'empire britannique comme «date limite» de formation des coutumes, pratiques et traditions autochtones exagère l'incidence de l'influence européenne sur les collectivités autochtones: voir Bowker, «*Sparrow's Promise: Aboriginal Rights in the B.C. Court of Appeal*», *loc. cit.*, à la p. 22. Du point de vue des autochtones, l'arrivée des colons est un des nombreux facteurs -- facteur très important évidemment -- qui ont marqué l'évolution constante de leur société. Le fait de considérer la souveraineté britannique comme le point tournant de la culture autochtone suppose que tout ce que les autochtones ont fait après cette date n'était pas suffisamment important et fondamental pour leur culture et leur organisation sociale. Cette prémisse est sans aucun doute à l'opposé du point de vue des autochtones sur l'importance qu'a eue l'arrivée des Européens sur leurs droits.

167 Deuxièmement, la cristallisation des coutumes, pratiques et traditions autochtones au moment de la souveraineté britannique a pour effet de fixer une date arbitraire pour l'appréciation des droits ancestraux existants: voir Sébastien Grammond, «La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt *Sparrow*»

(1991), 36 *R.D. McGill* 1382, aux pp. 1403 et 1404. En effet, comment déterminerait-on la date cruciale de la souveraineté pour l'application du par. 35(1)? S'agit-il des tout premiers contacts entre les Européens et les sociétés autochtones, à l'époque des voyages de Cabot, de Verrazzano et de Cartier? Est-ce plutôt à une date ultérieure, à la date de la fondation des colonies européennes permanentes au début du XVII^e siècle? En Colombie-Britannique, la souveraineté est-elle survenue en 1846 -- année de la signature du Traité Oregon -- comme l'a conclu la Cour d'appel en l'espèce? Peu importe la façon dont on convient de la date déterminante, celle-ci sera incompatible avec le point de vue des autochtones sur l'effet de la venue des Européens.

- 168 Troisièmement, sur le plan de la preuve, la méthode fondée sur les «droits figés» impose aux autochtones un fardeau lourd et injuste. En effet, le demandeur qui revendique un droit ancestral doit prouver que la coutume, pratique ou tradition autochtone est non seulement suffisamment importante et fondamentale pour l'organisation sociale et la culture du groupe autochtone, mais aussi qu'elle a existé de façon ininterrompue pendant une longue période indéterminée avant la souveraineté britannique, quoique, comme le souligne le Juge en chef, il ait pu y avoir interruption pendant un certain temps. Ce critère intègre des hypothèses inappropriées et improuvables en ce qui concerne la culture et la société autochtones. Il oblige le demandeur à se lancer à la recherche d'une société autochtone originale et à prouver que l'activité existait «de temps immémorial» avant l'arrivée des Européens. Il s'agit là, pour le moins, d'un fardeau de preuve exigeant, que l'assouplissement des normes de preuve suggéré par le Juge en chef ne permet pas d'atténuer. De fait, ce critère va à l'encontre de la méthode d'interprétation avancée par notre Cour dans *Sparrow*, précité, qui commande une interprétation des droits ancestraux libérale, favorable et fondée sur l'objet.

169 De plus, l'examen du texte des dispositions constitutionnelles concernant les droits ancestraux tend à indiquer que la protection ne devrait pas s'appliquer uniquement aux coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens ou l'affirmation de la souveraineté. En effet, le par. 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* dit que l'expression «peuples autochtones du Canada» s'entend notamment des Indiens, des Inuits et des Métis du Canada» (je souligne). Il n'existait évidemment pas de Métis avant le contact avec les Européens, puisque les premiers sont issus de mariages entre autochtones et Européens: voir Pentney, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II -- Section 35: The Substantive Guarantee», *loc. cit.*, aux pp. 272 à 274. Le paragraphe 35(2) indique clairement que les droits ancestraux sont effectivement garantis aux Métis. En conséquence, selon le texte de la Constitution du Canada, il faut que des droits ancestraux puissent être nés après l'affirmation de la souveraineté britannique pour que les Métis puissent bénéficier de la protection constitutionnelle offerte par le par. 35(1). L'application cas par cas du par. 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* que propose le Juge en chef ne règle pas la question de l'interprétation de cette disposition.

170 Enfin, la méthode fondée sur les «droits figés» est incompatible avec la position adoptée par notre Cour dans *Sparrow*, précité, où elle a refusé de définir les droits ancestraux existants de façon à intégrer la manière dont ils étaient réglementés en 1982. L'extrait suivant des motifs du juge en chef Dickson et du juge La Forest exprime ce point (à la p. 1093):

Loin d'être définie selon le régime de réglementation en vigueur en 1982, l'expression «droits ancestraux existants» doit recevoir une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d'évoluer avec le temps. Pour reprendre l'expression du professeur Slattery, dans

«Understanding Aboriginal Rights,» précité, à la p. 782, le mot «existants» laisse supposer que ces droits sont [TRADUCTION] «confirmés dans leur état actuel plutôt que dans leur simplicité et vigueur primitives». Il est alors évident qu'il faut rejeter une interprétation de la garantie constitutionnelle énoncée au par. 35(1) qui engloberait des «droits figés». [Je souligne.]

Cette proposition générale doit être considérée comme visant non seulement le sens du mot «existants» qui figure au par. 35(1), mais aussi la question plus fondamentale de la période servant à la détermination du contenu des droits eux-mêmes. En conséquence, l'interprétation de la nature et de l'étendue des droits ancestraux doit «permettre leur évolution dans le temps».

- 171 Il ressort de l'examen qui précède que l'application de la méthode fondée sur les «droits figés», afin de définir la nature et l'étendue des droits ancestraux, comporte plusieurs restrictions et inconvénients importants. À mon avis, une meilleure méthode en serait une qui tiendrait compte de l'évolution des droits et de la perspective autochtone. Comme le démontrera l'analyse qui suit, l'application d'une méthode fondée sur le «caractère dynamique des droits» permettra d'atteindre ces objectifs.
- 172 L'interprétation de la nature et de l'étendue des droits ancestraux par la méthode fondée sur le «caractère dynamique des droits» repose sur le principe que «l'expression «droits ancestraux existants» doit recevoir une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d'évoluer avec le temps» (*Sparrow*, à la p. 1093). Selon ce principe, il faut permettre aux droits ancestraux de conserver une pertinence contemporaine par rapport aux besoins des autochtones, au fur et à mesure que leurs coutumes, pratiques et traditions changent et évoluent en même temps que l'ensemble de la société dans laquelle

ils vivent. Cette interprétation généreuse, large et libérale des droits ancestraux protégés en vertu du par. 35(1) garantirait leur vitalité continue.

173 La culture autochtone distinctive ne serait pas figée à un moment donné, mais elle évoluerait, de sorte que les coutumes, pratiques et traditions conserveraient leur pertinence pour les sociétés autochtones qui vivent dans le monde d'aujourd'hui. Au lieu d'être perçue comme le point tournant pour la culture autochtone, la souveraineté britannique serait plutôt considérée comme ayant reconnu et confirmé les coutumes, pratiques et traditions qui sont suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture des autochtones. Cette idée se rattache à la [TRADUCTION] «doctrine de la continuité», fondée sur le droit constitutionnel impérial britannique et selon laquelle, en cas d'acquisition de nouveaux territoires, la *lex loci* des sociétés organisées, en l'occurrence les sociétés autochtones, continue de s'appliquer en vertu de la common law.

174 Voir, sur la doctrine de la continuité en général, Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1769), vol. 2, à la p. 51; Joseph Chitty, *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown* (1820), à la p. 119; et Sir William Searle Holdsworth, *A History of English Law* (1938), vol. 11, aux pp. 3 à 274. Voir aussi dans le contexte du droit canadien en matière autochtone, Brian Slattery, *Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title* (1983), Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (1989), Mark Walters, «British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*» (1992), 17 *Queen's L.J.* 350; Lafontaine, «La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones», *loc. cit.*, à la p. 719; et Émond, «Le sable dans l'engrenage du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale», *loc. cit.*, à la p. 96.

175 En conséquence, pour qu'un droit ancestral soit reconnu et confirmé en vertu du par. 35(1), il n'est pas impératif que les coutumes, pratiques et traditions aient existé avant l'affirmation de la souveraineté britannique et, a fortiori, avant le contact avec les Européens, date limite préconisée par le Juge en chef. De fait, le facteur déterminant devrait uniquement être le fait que l'activité autochtone ait fait partie intégrante d'une culture autochtone distinctive -- c'est-à-dire avoir été suffisamment importante et fondamentale pour l'organisation sociale et la culture du groupe autochtone visé -- pendant une période considérable et ininterrompue, au sens indiqué précédemment.

176 Cette exigence temporelle est moins rigoureuse que le critère du «temps immémorial» fixé dans le contexte du titre aborigène: voir *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, et *Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, précité; voir aussi Grammond, «La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt *Sparrow*», *loc. cit.*, à la p. 1394. Cette réserve apportée au critère du temps immémorial trouve appui dans les *obiter dicta* de notre Cour dans *Sparrow*, précité, à la p. 1095, relativement au droit de pêche ancestral de la bande des Musqueams:

Il est vrai qu'en ce qui concerne la période de 1867 à 1961 la preuve est sommaire. Mais la preuve n'a pas été contestée ni contredite devant les tribunaux d'instance inférieure et il y a preuve d'un exercice ininterrompu suffisant du droit pour justifier la conclusion de la Cour d'appel et nous n'y toucherons pas. [Je souligne.]

177 En ce qui concerne la période considérable et ininterrompue au cours de laquelle la coutume, pratique ou tradition doit avoir été suivie, elle dépendra des circonstances et de

la nature du droit ancestral revendiqué. Cependant, comme l'a proposé le professeur Slattery dans «Understanding Aboriginal Rights», *loc. cit.*, à la p. 758, à l'égard du titre aborigène, [TRADUCTION] «dans la plupart des cas, il semble qu'une période de vingt à cinquante ans serait suffisante». Cette période devrait, à mon avis, constituer la période de référence pour déterminer si une activité autochtone existe depuis assez longtemps pour justifier que lui soit accordée la protection de la Constitution en vertu du par. 35(1).

178 Bref, la période considérable et ininterrompue nécessaire pour la reconnaissance des droits ancestraux devrait être appréciée en fonction des critères suivants: (1) le type de coutumes, pratiques et traditions autochtones en cause, (2) la culture et la société autochtones particulières visées, et (3) la période de référence de 20 à 50 ans. Une telle période ne minimise pas le fait que, pour profiter de la protection du par. 35(1), les activités autochtones visées doivent être au centre de la vie des autochtones concernés. Une telle position ne peut certainement pas être qualifiée d'extrême, comme l'affirme ma collègue madame le juge McLachlin.

179 L'avantage le plus appréciable de la méthode fondée sur le «caractère dynamique des droits» pour interpréter la nature et l'étendue des droits ancestraux est qu'elle permet de tenir compte, comme il se doit, de la perspective des autochtones en ce qui concerne la signification de leurs droits existants. Elle reconnaît que la culture autochtone distinctive n'est pas une chose du passé, préservée et exposée dans un musée, mais bien une caractéristique qui a évolué en même temps que les autochtones, au fur et à mesure que ceux-ci ont changé, se sont modernisés et ont prospéré au fil du temps, parallèlement au reste de la société canadienne. Voilà manifestement quel est, du point de vue des autochtones, le sens véritable de la protection constitutionnelle accordée aux droits ancestraux par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Résumé

180 En définitive, les lignes directrices générales proposées pour l'interprétation de la nature et de l'étendue des droits protégés constitutionnellement par le par. 35(1) peuvent être résumées ainsi. La caractérisation des droits ancestraux devrait se faire en fonction du fondement de la doctrine des droits ancestraux, c.-à-d. l'occupation et l'utilisation historiques par les autochtones de leurs terres ancestrales. En conséquence, les coutumes, pratiques et traditions autochtones seront reconnues et confirmées en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* si elles sont suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture d'un groupe particulier d'autochtones. De plus, la période pertinente pour l'appréciation des activités autochtones ne devrait pas être fonction d'une date spécifique, par exemple l'affirmation de la souveraineté britannique, car cela aurait pour effet de cristalliser dans le temps la culture autochtone distinctive. Au contraire, comme les coutumes, pratiques et traditions autochtones changent et évoluent, elles seront protégées par le par. 35(1) si elles ont fait partie intégrante de la culture autochtone distinctive pendant une période considérable et ininterrompue.

181 Après avoir exposé cette méthode, je vais maintenant aborder la question précise qui se soulève en l'espèce. Est-ce que le droit de pêche ancestral des Sto:lo inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance? Avant d'examiner la culture autochtone distinctive des Sto:lo à cet égard, il est utile, pour bien cerner la question en litige, de passer brièvement en revue la jurisprudence concernant les activités d'échange des autochtones, jurisprudence qui montre que les coutumes, pratiques et traditions autochtones peuvent avoir des fins différentes.

IV. La jurisprudence concernant les activités d'échange des autochtones

- 182 La Cour d'appel de la Colombie-Britannique à la majorité a indiqué que la question en litige était de savoir si les Sto:lo possèdent un droit de pêche ancestral incluant le droit de faire une utilisation commerciale du poisson. Le juge Macfarlane a formulé la question en ces termes parce que [TRADUCTION] «[e]ssentiellement, [la présente affaire] porte sur la revendication par des Indiens du droit de vendre commercialement du poisson attribué à des fins alimentaires» (par. 30). Je laisse de côté pour le moment la définition du droit ancestral revendiqué en l'espèce afin d'examiner la jurisprudence relative aux droits ancestraux ou issus de traités concernant les échanges pour montrer qu'il faut faire une distinction importante entre, d'une part, la vente, l'échange et le troc de poisson à des fins de subsistance, et, d'autre part, la vente et l'échange de poisson à des fins purement commerciales.
- 183 Dans *Sparrow*, précité, notre Cour a remis à une autre occasion l'examen des aspects commerciaux du droit de pêche, puisque cette (à la p. 1101) «affaire n'a[vait] pas été débattue en fonction de l'existence d'un droit ancestral de pêcher à des fins commerciales ou de subsistance» (je souligne). En conséquence, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont limité leurs motifs au droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles. Cependant, ce faisant, ils semblent avoir implicitement établi une distinction entre (1) le droit de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles (qui a été reconnu à la bande des Musqueams), (2) le droit de pêcher à des fins de subsistance, et (3) le droit de pêcher à des fins purement commerciales (voir *Sparrow*, aux pp. 1100 et 1101). La distinction entre ces deux dernières catégories, qui revêt une importance capitale en l'espèce, a été examinée et précisée par le juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Horseman*, précité.

184 Dans *Horseman*, notre Cour a examiné la portée du droit de chasse de la bande indienne de Horse Lakes en vertu du *Traité n° 8*, 1899, modifié par la *Convention sur le transfert des ressources naturelles* de 1930 (Alberta) (la «*Convention*»). Dans cette affaire, l'appelant, Bert Horseman, avait été accusé d'avoir illégalement [TRADUCTION] «fait le trafic» d'un animal sauvage en contravention de l'art. 42 de la *Wildlife Act*, R.S.A. 1980, ch. W-9, infraction définie comme étant [TRADUCTION] «le fait de vendre, d'acheter, de troquer, de solliciter ou d'échanger». L'appelant a, dans un acte de légitime défense, tué un grizzli pendant qu'il chassait légalement l'original pour se nourrir. Il a par la suite vendu la peau du grizzli, car il avait besoin d'argent pour subvenir aux besoins de sa famille. Horseman a plaidé que la *Wildlife Act* ne s'appliquait pas à lui parce qu'il avait exercé des droits que lui conférait le *Traité n° 8* quand il a vendu la peau de l'ours.

185 Le juge Cory (avec l'appui des juges Lamer, La Forest et Gonthier), s'exprimant au nom de la majorité, a statué que la *Convention* avait limité le droit général de chasse énoncé au *Traité n° 8* au droit de chasser pour «se nourrir» seulement. Cependant, il a clairement indiqué que, avant la *Convention* (1930), les Indiens de Horse Lakes avaient le droit de chasser à des fins commerciales en vertu du *Traité n° 8* (aux pp. 928 et 929):

De toute évidence, au moment de la signature du traité, l'économie de la population indienne avait évolué au point où la chasse et la pêche à des fins commerciales faisaient partie intégrante du mode de vie des Indiens.

...

Je souscris entièrement à la conclusion du juge de première instance que le droit initial conféré par le traité comprenait manifestement la chasse à des fins du commerce. La prochaine question à laquelle il faut répondre est de savoir si ce droit a été de quelque manière limité ou modifié par la Convention de transfert de 1930. [Je souligne.]

Ce passage reconnaît le fait que les coutumes, pratiques et traditions des Indiens de Horse Lakes n'ont pas été figées au moment de l'affirmation de la souveraineté britannique, et que leurs activités avaient, lors de la signature du *Traité n° 8* en 1899, évolué au point où la chasse et la pêche commerciales faisaient «partie intégrante» de leur culture et de leur société.

- 186 En outre, le juge Cory a confirmé les conclusions des tribunaux inférieurs que la vente de la peau du grizzli constituait une activité de chasse commerciale qui, en conséquence, n'était pas visée par les droits de chasse conférés par le Traité. Il a écrit ceci, à la p. 936:

Nous avons constaté que la Convention de transfert de 1930 a limité les droits de chasse conférés par le Traité n° 8 au droit de chasser pour se nourrir, c'est-à-dire pour la subsistance de l'Indien ou de sa famille. En l'espèce, la vente de la peau de l'ours s'inscrivait dans un «processus à plusieurs étapes», la vente ayant pour but l'obtention d'argent pour des fins pouvant comprendre l'achat de denrées alimentaires. Les tribunaux d'instance inférieure ont conclu, à juste titre, que la vente de la peau de l'ours constituait un acte relié à la chasse qui n'était plus de la chasse "pour se nourrir", mais plutôt un acte de commerce. Il ne s'agissait plus en conséquence d'un droit protégé par le Traité n° 8, modifié par la Convention de transfert de 1930. [Je souligne.]

Le juge Cory a conclu que la *Wildlife Act* s'appliquait et il a déclaré l'appelant coupable d'avoir illégalement fait le trafic d'un animal sauvage.

- 187 Le juge Wilson (avec l'appui du juge en chef Dickson et de moi-même), dissidente, était d'avis que, du point de vue des autochtones, la simple dichotomie entre la chasse pratiquée pour subvenir à des besoins domestiques et celle pratiquée à des fins

commerciales ne devrait pas être déterminante en ce qui concerne les droits issus de traités. Le *Traité n° 8* et la *Convention* devaient plutôt être interprétés de façon à préserver l'engagement solennel que Sa Majesté avait pris de respecter le mode de vie des Indiens de Horse Lakes et la façon dont ceux-ci avaient traditionnellement gagné leur vie.

188 Contrairement au juge Cory, le juge Wilson a statué que l'expression «pour se nourrir» dans la *Convention* n'avait pas eu pour effet d'imposer des limites importantes à l'étendue des pratiques de chasse autorisées par le *Traité n° 8*. Après avoir examiné les arrêts de notre Cour *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95, et *Moosehunter*, précité, le juge Wilson a conclu que le droit de chasser «pour se nourrir» prévu au *Traité* équivalait à un droit de chasse à des fins de subsistance. Elle a expliqué ainsi son point de vue, à la p. 919:

Et si nous voulons donner à l'art. 12 [de la *Convention*] l'interprétation «large et libérale» qu'exige l'arrêt *Sutherland*, une interprétation qui reflète le principe énoncé dans les arrêts *Nowegijick* et *Simon* que les lois relatives aux Indiens doivent être «interprétées de façon juste, large et libérale», nous devrions alors être prêts à accepter que l'étendue des activités visées par l'expression «pour se nourrir» s'étend à la chasse à des fins de «support et [de] subsistance», c'est-à-dire à la chasse non seulement en vue de la consommation directe mais également à la chasse en vue d'échanger le produit de la chasse pour d'autres articles comme c'était leur habitude, par opposition à la chasse purement commerciale ou sportive.

Et d'ailleurs, quand on y pense, cela est tout à fait logique. Le *Traité n° 8* était axé principalement sur la préservation du mode de vie traditionnel des Indiens. Mais cela ne voulait certainement pas dire que les Indiens devraient à tout jamais s'astreindre à un régime de viande et de poisson et qu'ils ne pourraient pas bénéficier eux aussi des progrès de la civilisation moderne au cours du siècle suivant. Les droits de chasse et de pêche des Indiens devaient évidemment être conservés et protégés; les Indiens n'auraient pu

survivre autrement. Mais cela ne signifie pas qu'en 1990 ils ne peuvent vendre leur viande et leur poisson pour acheter d'autres articles nécessaires à leur subsistance et à celle de leurs enfants. Pourvu qu'ils chassent en vue de consommer la viande, de l'échanger ou de la vendre pour se nourrir et nourrir leur famille, je ne vois pas comment une interprétation conforme au bon sens de l'expression «pour se nourrir» peut interdire cela. Il va sans dire que la question de savoir si une vente est faite à des fins de subsistance ou à des fins purement commerciales est une question de fait à trancher dans chaque cas. [Je souligne.]

Le juge Wilson a statué que la *Wildlife Act* ne pouvait interdire les activités faisant partie du mode de vie autochtone traditionnel et qui sont liées à la subsistance des Indiens de Horse Lakes. En conséquence, elle aurait acquitté l'appelant, étant donné qu'il avait vendu la peau du grizzli non pas à des fins commerciales, mais pour acheter de la nourriture pour sa famille.

189 En ce qui concerne le présent pourvoi, deux points ressortent de l'analyse qui précède des motifs prononcés dans *Horseman*, précité. Premièrement, il a été jugé que les coutumes, pratiques et traditions originales des Indiens de Horse Lakes en matière de chasse avaient évolué et incluaient, au moment de la conclusion du *Traité n° 8*, le droit de faire une certaine utilisation commerciale du gibier. Deuxièmement, point encore plus important, pour déterminer si un droit issu de traité existe (principe qui s'applique sans aucun doute aussi aux droits ancestraux), il faut établir une distinction entre, d'une part, les activités de subsistance des autochtones, et, d'autre part, celles exercées à des fins purement commerciales. Une telle distinction est loin d'être artificielle, comme semble le suggérer le juge McLachlin, et, de fait, elle devrait être utilisée dans le contexte du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* tout comme dans d'autres contextes. Bref, il y a des ventes

qui n'ont pas un caractère commercial (voir, par exemple, la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q. 1977, ch. P-40.1).

190 Cette distinction a été adoptée par la Cour de l'Ontario (Div. prov.) dans l'affaire *R. c. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421. Dans cette affaire, les défendeurs, membres des Chippewas de Nawash, avaient été accusés de l'infraction d'avoir pêché un nombre de truites supérieur à celui autorisé par le permis de pêche commerciale de la bande, en contravention du *Règlement de pêche de l'Ontario de 1989*, pris en vertu de la *Loi sur les pêches*. Les défendeurs ont prétendu que le contingent imposé par le permis de la bande portait atteinte au droit ancestral ou issu de traité qui leur était garanti en matière de pêche commerciale. Après s'être référé aux motifs du juge Cory et à ceux du juge Wilson dans *Horseman*, précité, le juge Fairgrieve de la Cour provinciale a formulé les conclusions suivantes, aux pp. 440 et 441:

[TRADUCTION] L'examen de la preuve historique, anthropologique et archivistique révèle l'existence d'un droit ancestral existant de pêcher à des fins commerciales qui coïncide essentiellement avec le droit issu de traité déjà mentionné: les Saugeens possèdent un droit ancestral collectif de pêche à des fins de subsistance dans leurs secteurs de pêche traditionnels. Sauf dans les eaux adjacentes aux deux réserves et à leurs îles non cédées, le droit ancestral de pêche à des fins commerciales n'a pas un caractère exclusif, mais il autorise néanmoins les Saugeens à pêcher partout dans leurs secteurs de pêche des deux côtés de la péninsule. Pour employer les termes de M^{me} Blair [pour les défendeurs], la nature du droit ancestral exercé vise «une utilisation de la ressource à des fins de subsistance par opposition à une entreprise commercialement rentable». C'est le droit collectif continu de la bande de continuer de tirer sa «subsistance» des ressources de la pêcherie,

qui a toujours constitué un élément essentiel de la base économique de la collectivité. [Je souligne.]

Voir aussi *R. c. King*, [1993] O.J. No. 1794 (C. Ont. Div. prov.), au par. 51; et *R. c. Fraser*, [1994] 3 C.N.L.R. 139 (C. prov. C.-B.), à la p. 145; ainsi que les auteurs Binnie, «The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning?», *loc. cit.*, aux pp. 234 et 235, et Bowker, «*Sparrow's* Promise: Aboriginal Rights in the B.C. Court of Appeal», *loc. cit.*, à la p. 8.

191 Bref, comme l'indique l'arrêt *Sparrow*, précité, les fins pour lesquelles sont exercées les activités en cause sont considérées comme hautement pertinentes dans l'examen de la question de savoir si les coutumes, pratiques et traditions autochtones ont été suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture d'un groupe particulier d'autochtones, et ce pendant une période considérable et ininterrompue. Une activité autochtone peut faire partie intégrante de la culture distinctive d'un groupe d'autochtones si elle est exercée pour certaines fins, par exemple à des fins de subsistance. Toutefois, la même activité pourrait être considérée comme ne faisant pas partie de cette culture autochtone distinctive si elle vise d'autres fins, par exemple des fins purement commerciales. Le Juge en chef omet d'établir cette distinction, que j'estime hautement pertinente, quoiqu'il reconnaisse que la Cour d'appel a mal caractérisé le droit ancestral revendiqué en l'espèce.

192 Cet examen des droits ancestraux ou issus de traités, qui est fondé sur la fin visée par l'activité en cause, a pour objet de faciliter la définition des droits revendiqués, de même que la détermination et l'appréciation de la preuve présentée au soutien de ces droits. Cependant, tout comme dans *Horseman*, précité, afin de respecter la perspective autochtone sur la question, les fins pour lesquelles les activités autochtones sont exercées

ne peuvent pas et ne devraient pas être compartimentées de manière stricte. À mon avis, ces fins devraient plutôt être considérées comme les divers éléments d'une gamme sur laquelle les activités autochtones exercées seulement à des fins alimentaires se trouveraient à une extrémité et celles visant des fins purement commerciales à l'autre extrémité, alors que les activités faites à des fins de subsistance occuperaient le centre.

193 Cela dit, en l'espèce, comme je l'ai déjà affirmé, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a dit que la question était de savoir si les Sto:lo possèdent un droit de pêche ancestral incluant le droit de faire une utilisation commerciale du poisson. Non seulement une telle formulation ne tient pas compte de la distinction établie précédemment entre les fins pour lesquelles le poisson peut être vendu et échangé, mais elle caractérise erronément les faits de l'espèce, interprète mal les prétentions de l'appelante et fait abstraction de la disposition législative visée par la présente contestation constitutionnelle.

194 Premièrement, les faits à l'origine de la présente affaire ne permettent pas, comme l'a fait la Cour d'appel, de formuler la question sous l'angle de la pêche commerciale. L'appelante, Dorothy Van der Peet, a été accusée d'avoir vendu des saumons qui avaient été pêchés légalement par son conjoint de fait et le frère de celui-ci. L'appelante a vendu 10 saumons. Il n'existe pas de preuve concernant les fins de la vente ou l'utilisation qu'on entendait faire du produit de celle-ci. Cependant, il est clair que l'opération reprochée et dont le ministère public a fait la preuve, ne s'inscrit pas dans le cadre d'une entreprise commerciale et ne constitue pas non plus un acte visant à réaliser un profit. Toutefois, la situation serait différente si le ministère public avait démontré, par exemple, que l'appelante avait vendu 10 saumons par jour pendant une année, ou encore qu'elle vendait du poisson à des fins commerciales. Cependant, ce n'est pas le scénario qui nous a été présenté et, suivant les faits au dossier, il est raisonnable d'inférer de ceux-ci que

l'appelante a vendu les 10 saumons non pas à des fins commerciales, mais pour subvenir à ses besoins et à ceux de sa famille.

195 Qui plus est, l'appelante n'a pas plaidé devant les tribunaux inférieurs ni devant notre Cour que les Sto:lo possèdent un droit ancestral de pêcher à des fins commerciales. Elle a seulement prétendu que le droit de pêche ancestral des Sto:lo inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. De fait, devant notre Cour, l'appelante s'est fondée sur l'opinion dissidente du juge Lambert de la Cour d'appel qui a affirmé (au par. 150) que les Sto:lo avaient le droit [TRADUCTION] «de prendre et, s'ils le désirent, de vendre eux-mêmes et par l'entremise d'autres Sto:lo, suffisamment de saumon pour assurer à tous ceux qui souhaitent pêcher -- ainsi qu'aux personnes à leur charge --, compte tenu de leurs autres ressources financières, une *subsistance convenable*» (j'ai omis les italiques et je souligne). Il est bien établi que, dans la formulation de la question en litige, les tribunaux ne peuvent faire abstraction des prétentions des parties. En l'espèce, l'appelante n'a pas demandé que soit reconnu et confirmé un droit ancestral de pêcher à des fins commerciales.

196 Enfin, la disposition législative visée par la présente contestation constitutionnelle ne concerne pas seulement la pêche commerciale, mais elle interdit de vendre et d'échanger du poisson tant à des fins commerciales que non commerciales. Par souci de commodité, je reproduis à nouveau le par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*:

27. . . .

(5) Il est interdit à quiconque de vendre, d'échanger ou d'offrir de vendre ou d'échanger du poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens. [Je souligne.]

Le paragraphe 27(5) vise la vente et l'échange de poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens. Si l'interdiction visait la vente et l'échange de poisson à des fins commerciales, la question de la validité du Règlement soulèverait une question différente, qui ne se présente pas compte tenu des faits de la présente affaire, étant donné qu'aucun droit ancestral de pêcher à des fins commerciales n'est revendiqué en l'espèce. Le paragraphe 27(5) interdit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance, et il nous faut déterminer si cette disposition, de la façon dont elle est libellée, est compatible avec la protection constitutionnelle accordée aux droits ancestraux par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

197 Cela dit, il n'est pas nécessaire qu'une activité autochtone soit accomplie à des fins de subsistance pour bénéficier de la protection du par. 35(1). En d'autres termes, la distinction faite précédemment et fondée sur les fins visées par les activités autochtones n'impose pas un fardeau additionnel au demandeur qui revendique un droit ancestral. Il est possible que, pour un groupe particulier d'autochtones, les coutumes, pratiques et traditions se rapportant à certaines activités commerciales respectent le critère applicable en vue de la reconnaissance d'un droit ancestral, c'est-à-dire avoir été suffisamment importantes et fondamentales pour leur organisation sociale et leur culture pendant une période considérable et ininterrompue. Cette question doit être tranchée à partir des faits propres à chaque cas et prouvés par le ministère public, compte tenu de la culture autochtone en cause et de la preuve étayant la reconnaissance du droit revendiqué. De fait, l'examen des activités autochtones en fonction des fins visées par celles-ci a tout simplement pour but de faciliter la définition des droits ancestraux revendiqués, ainsi que la détermination et l'appréciation de la preuve présentée à l'appui de ces droits.

198 En l'espèce, notre Cour est uniquement appelée à décider si le droit de pêche des Sto:lo inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance, et non pas si ce droit inclut celui de faire une utilisation commerciale du poisson. À cet égard, il est nécessaire d'examiner la preuve afin de déterminer si ces activités ont fait partie intégrante de la culture autochtone distinctive des Sto:lo pendant une période considérable et ininterrompue, de façon à donner naissance à un droit ancestral. C'est maintenant ce que je me propose de faire.

V. Le présent pourvoi

199 En l'espèce, la question est de savoir si le groupe particulier d'autochtones, la bande Sto:lo, dont fait partie l'appelante, a vendu et échangé du poisson à des fins de subsistance, et ce d'une manière suffisamment importante et fondamentale pour son organisation sociale et sa culture pendant une période considérable et ininterrompue, de sorte que ce groupe bénéficierait à cet égard d'un droit ancestral protégé par la Constitution.

200 Au procès, après avoir examiné la preuve de nature historique présentée par les parties, le juge Scarlett de la Cour provinciale est arrivé aux conclusions suivantes (à la p. 160):

[TRADUCTION] La présente cour n'est pas convaincue, à la lumière de la preuve, que le commerce du saumon existait chez les autochtones au sens d'un commerce organisé, d'un marché. Il ressort des témoignages oraux que le commerce était un aspect accessoire de la pêche pratiquée à des fins alimentaires. Les éléments de preuve anthropologique et archéologique étaient contradictoires. La présente cour préfère les témoignages de M. Stryd et de John Dewhurst [*sic*] à celui de M. Daly et, en conséquence, accepte que la culture des Sto:lo était celle d'une bande plutôt que d'une tribu. Même si les bandes étaient guidées par des siem ou familles importantes, il n'y avait pas de commerce organisé du saumon au temps des aborigènes. Le commerce qui se faisait résultait soit d'échanges faits à des fins rituelles soit d'échanges découlant d'occasions fortuites. Ces échanges avaient seulement un caractère accessoire. La preuve présentée par le

ministère public que les Sto:lo ne disposaient pas de sel permettant de conserver le poisson est acceptée.

Les échanges de poisson étaient tributaires des conditions locales sur le plan de la disponibilité, du transport et de la conservation. C'est l'établissement de la Compagnie de la Baie d'Hudson au fort situé à Langley qui a créé le marché et le commerce du saumon frais. Les échanges de saumon séché au temps des aborigènes n'avaient, comme il a été dit plus tôt, qu'un caractère minimal et fortuit. Par conséquent, la Cour conclut, à la lumière de la preuve, que le droit ancestral des Sto:lo de pêcher à des fins alimentaires et rituelles n'inclut pas le droit de vendre le poisson ainsi pris [Je souligne.]

201 Je suis d'accord avec le Juge en chef qu'il est bien établi, tant en matière criminelle que civile, qu'une cour d'appel ne modifie pas les conclusions de fait du juge du procès en l'absence d'une «erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits» (je souligne): voir *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, à la p. 808; voir aussi *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2, *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672, *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570, *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351, *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377 et *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254.

202 Le juge Selbie de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a estimé que le juge du procès avait commis une telle erreur et il a en conséquence substitué ses propres conclusions de fait (aux par. 15 et 16):

[TRADUCTION] Avec égards, je suis d'avis que le juge du procès a commis une erreur en utilisant des critères contemporains de «commercialisation» pour déterminer si l'autochtone avait agi d'une façon

compatible avec les usages du commerce, quoique de la manière rudimentaire dictée par l'époque.

À mon avis, lorsqu'on examine la preuve en l'espèce - orale, historique et d'opinion -- à la lumière des principes d'interprétation des droits ancestraux qui ont été mentionnés plus tôt, on constate qu'elle est davantage compatible avec l'existence d'un droit de pêche ancestral incluant le droit de vendre ou d'échanger le produit de la pêche, que le contraire, et il faut conclure en ce sens. Après tout, fondamentalement nous examinons l'existence, dans les temps anciens, du droit d'un autochtone de disposer de son poisson autrement qu'en le consommant lui-même ou en l'utilisant à des fins rituelles -- les termes «vendre», «troquer», «échanger», «partager» n'étant que des variantes de l'idée de «disposer». Il est contraire au bon sens de penser que si un autochtone ne voulait pas le poisson pour lui-même, -- quelque chose l'empêchait d'en disposer d'une façon qui l'avantagerait. Nous parlons d'un «droit» autochtone qui existait dans les temps anciens et qui ne devrait pas être interprété restrictivement par rapport aux normes actuelles. Je suis convaincu que quand le premier Indien a pris le premier saumon il avait le «droit» d'en faire ce qu'il voulait -- le manger, l'échanger contre de la viande de chevreuil, le remettre à l'eau ou le garder pour les temps plus difficiles. Au fil du temps, et pour une gamme de raisons, ce «droit» de prendre du poisson et d'en disposer à sa guise a été circonscrit par des règles fondées sur la religion, la coutume, la nécessité et les changements sociaux. L'une de ces restrictions, qui a entraîné une adaptation des droits du premier Indien, a été l'obligation dictée par la coutume ou la religion de partager la première capture -- ne pas le faire l'aurait exposé au châtement de son dieu ou du peuple. L'un des changements sociaux a été l'arrivée des Blancs, circonstance à laquelle, comme toutes les autres, l'Indien a dû

s'adapter. Les Blancs sont arrivés avec de nouvelles coutumes, de nouvelles manières de faire et de nouveaux incitatifs à modifier son mode de vie, y compris ses méthodes de troc et d'échange. À tort ou à raison, pour le meilleur ou pour le pire, les vieilles coutumes ont changé et l'Indien a dû évoluer avec elles -- ce qu'il a fait. Une économie monétaire s'est éventuellement établie et l'Indien s'y est également adapté -- commençant à vendre du poisson pour de l'argent. Il s'agissait d'un changement considérable par rapport à ses anciennes pratiques de partage, d'échange et de troc, mais néanmoins d'une progression logique. Il a été statué que le droit de chasse ancestral n'est pas figé dans le temps -- sinon, l'autochtone ne pourrait se servir que d'un arc et des flèches pour l'exercer -- que le droit évolue avec le temps: voir *Simon c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 387 En conséquence, à mon avis, le droit de prendre du poisson et d'en disposer inclut, selon la preuve, le droit de l'échanger ou de le troquer. Le droit de l'Indien d'échanger le poisson n'est pas figé dans le temps -- sinon il ne pourrait en disposer que dans le cadre de potlatch et d'autres occasions du genre; de fait, sous réserve d'extinction du droit ou de restrictions justifiables de celui-ci, l'Indien peut profiter des progrès réalisés avec le temps et disposer du poisson par des méthodes modernes, s'il le désire, comme le fait de le vendre contre de l'argent. Je suis donc d'avis que le droit de pêche ancestral des Sto:lo inclut le droit de vendre et d'échanger le poisson pris. A mon avis, le juge a rendu une décision incompatible avec la preuve et l'importance qui devait lui être accordée. [Je souligne.]

203 S'exprimant au nom de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique à la majorité, le juge Macfarlane (avec l'appui du juge Taggart) et le juge Wallace ont exprimé le point de vue qu'un droit ancestral ne sera reconnu que si les manifestations de la culture autochtone

distinctive -- les coutumes, pratiques ou traditions autochtones particulières -- étaient propres à la culture autochtone et non communes aux sociétés non autochtones. De plus, il faudrait que la preuve établisse que, au moment de l'affirmation de la souveraineté britannique, les activités en question étaient exercées de temps immémorial. Le juge Macfarlane a écrit ce qui suit (au par. 21):

[TRADUCTION] Pour être considérées comme telles, ces pratiques doivent avoir fait partie intégrante de la culture distinctive de la société autochtone qui leur aurait donné naissance. Une forme modernisée d'une telle pratique n'en constituerait pas moins un droit ancestral. Une pratique qui n'aurait pas fait partie intégrante de la société organisée et de sa culture distinctive, mais qui ne se serait répandue [que] du seul fait des influences européennes, ne pourrait pas être protégée en tant que droit ancestral. [Je souligne.]

La Cour d'appel à la majorité a souscrit aux conclusions du juge du procès et statué que les coutumes, pratiques et traditions des Sto:lo ne justifiaient pas la reconnaissance d'un droit ancestral de pêcher à des fins commerciales.

204 Le juge Lambert, dissident, a appliqué ce qu'il a appelé une forme «sociale» de description des droits ancestraux n'ayant pas pour effet de «figer» les coutumes, pratiques et traditions autochtones. Au vu de la preuve, il a conclu que la culture autochtone distinctive des Sto:lo justifiait de leur reconnaître un droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson de manière à s'assurer «une subsistance convenable». Il a déclaré ceci (au par. 150):

[TRADUCTION] *Pour ces motifs, je conclus que la meilleure façon de décrire les coutumes, pratiques et traditions autochtones des Sto:lo relativement à la*

remonte de saumon rouge dans le fleuve Fraser est de dire que leurs coutumes, pratiques et traditions ont donné naissance à un droit ancestral, qui doit être exercé conformément à leurs droits à l'autoréglementation, y compris la reconnaissance des besoins de conservation, de prendre et, s'ils le désirent, de vendre eux-mêmes et par l'entremise d'autres Sto:lo suffisamment de saumon pour assurer à tous ceux qui veulent pêcher -- ainsi qu'aux personnes à leur charge --, compte tenu de leurs autres ressources financières, une subsistance convenable; la quantité de saumon ne devant pas, quoi qu'il en soit, être inférieure à la quantité requise pour fournir à chacun des détenteurs à titre collectif du droit ancestral la même quantité annuelle de saumon par personne que ces derniers auraient pu consommer ou utiliser par ailleurs, en moyenne, lors d'une remonte annuelle comparable de saumon, disons en 1800. [En italique dans l'original; je souligne.]

205 Il ressort de l'examen que je viens de faire des jugements des tribunaux inférieurs que les conclusions tirées des constatations de fait touchant la question de savoir si les Sto:lo possèdent un droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson ont varié en fonction de la définition du droit ancestral revendiqué et de la méthode utilisée pour interpréter ce droit. Le juge du procès et les juges de la majorité de la Cour d'appel ont dit que la question était de savoir si les Sto:lo possèdent un droit ancestral de pêcher à des fins commerciales, et ils ont appliqué une méthode fondée sur les manifestations de la culture autochtone distinctive, qui distingue entre les pratiques autochtones et non autochtones et qui «fige» les droits ancestraux dans l'état où ils étaient à une époque autochtone, avant le contact avec les Européens ou l'affirmation de la souveraineté britannique. Le juge d'appel des poursuites sommaires et le juge Lambert de la Cour d'appel ont pour leur part estimé que la question était de savoir si les Sto:lo possèdent un droit ancestral de

vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. De plus, ils ont examiné le droit ancestral revendiqué selon un certain niveau d'abstraction, mettant l'accent sur la culture autochtone distinctive des Sto:lo et le caractère évolutif du droit.

206 Comme je l'ai déjà mentionné, la question qui se pose dans le présent pourvoi est de savoir si le droit de pêche ancestral inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. En conséquence, le juge du procès et les juges de la majorité de la Cour d'appel ont commis une erreur dans la formulation de la question en litige. En outre, je suis d'avis que la nature et l'étendue des droits ancestraux protégés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* doivent être interprétées par application de la notion de «partie intégrante d'une culture autochtone distinctive», c.-à-d. en se demandant si la coutume, pratique ou tradition autochtone en cause a été suffisamment importante et fondamentale pour l'organisation sociale et la culture du groupe particulier d'autochtones, pendant une période considérable et ininterrompue. En conséquence, en appliquant la méthode des «droits figés», qui est axée sur la pratique autochtone, pour définir la nature et l'étendue du droit ancestral, le juge Scarlett de la Cour provinciale et les juges de la majorité de la Cour d'appel ont également commis une erreur.

207 Par conséquent, lorsque le juge du procès a apprécié la preuve historique présentée, il s'est posé les mauvaises questions et a fait erreur quant à la preuve requise pour établir l'existence d'un droit ancestral visé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En conséquence, il n'a pas tiré de conclusion de fait - ou celles qu'il a tirées étaient insuffisantes -- au sujet de la culture autochtone distinctive des Sto:lo en ce qui a trait à la vente et à l'échange de poisson à des fins de subsistance. Il convient également de signaler que le premier juge d'appel, qui lui s'est posé les bonnes questions, a tiré des conclusions de fait diamétralement opposées à partir de la preuve présentée au procès.

208 Vu ces erreurs manifestes et dominantes, qui ont faussé l'appréciation des faits par le juge du procès, une cour d'appel est justifiée de modifier -- comme l'a fait le juge d'appel des poursuites sommaires -- les conclusions de fait du juge de première instance et de substituer son appréciation de la preuve présentée au procès à celle du juge de première instance: voir l'arrêt *Stein c. Le navire «Kathy K»*, précité. Je tiens aussi à faire remarquer que notre Cour, en tant que juridiction subséquente d'appel dans de telles circonstances, n'a pas à faire preuve de retenue à l'égard de l'appréciation de la preuve faite par les tribunaux d'appel inférieurs. Comme notre Cour n'est pas dans une situation moins avantageuse ou moins privilégiée que les tribunaux d'appel inférieurs pour apprécier la preuve à partir du dossier, nous sommes libres de réexaminer la preuve et de substituer nos propres conclusions de fait (voir l'arrêt *Schwartz c. Canada*, précité, aux par. 36 et 37) à celles déjà tirées. Cependant, je suis d'accord de façon générale avec les conclusions de fait du juge Selbie, juge d'appel des poursuites sommaires, et celles du juge Lambert de la Cour d'appel. Néanmoins, je vais réexaminer la preuve afin de déterminer si elle révèle que la vente et l'échange de poisson à des fins de subsistance ont fait partie intégrante de la culture autochtone distinctive des Sto:lo pendant une période considérable et ininterrompue.

209 Les Sto:lo, qui font partie de la nation des Salish de la côte, ont vécu dans leurs villages le long du fleuve Fraser, de Langley jusque passé Yale. Ils formaient une société organisée, dont la principale unité socio-politique était la famille élargie. Le fleuve Fraser était leur principale source de nourriture à longueur d'année et, pour cette raison, les Sto:lo considéraient ce cours d'eau comme sacré. Il est intéressant de noter que leur nom, les «Sto:lo», signifie «les gens du fleuve»: voir Wilson Duff, *The Upper Stalo Indians of the Fraser Valley, British Columbia (Anthropology in British Columbia — Memoir No. 1)*, 1952, à la p. 11.

210 La preuve archéologique démontre que les Sto:lo vivent de la pêche depuis des siècles. Située près de l'embouchure du fleuve Fraser, la pêcherie compte cinq espèces de saumon -- le saumon rouge, le saumon quinnat, le saumon coho, le saumon kéta et le saumon rose -- ainsi que de l'esturgeon, de l'eulakane et de la truite. Les Sto:lo utilisaient de nombreuses méthodes et de nombreux engins pour pêcher le saumon: épuisette, harpon, bordigue, trappe en filet et gaffe. Tant le vent dans le canyon du Fraser que la capacité calorifique de la géographie de ce lieu font de celui-ci un excellent endroit pour le séchage au vent du poisson. En conséquence, même s'ils pouvaient se procurer du poisson frais tout au long de l'année, les Sto:lo en séchaient ou en boucanaient de grandes quantités à la fin de l'été en vue des périodes difficiles de l'hiver.

211 Comme, sur le plan géographique, la collectivité sto:lo est située entre deux zones biogéoclimatiques -- la région du plateau intérieur et la région côtière maritime --, ses membres ont depuis longtemps l'occasion d'échanger des produits régionaux avec les habitants de ces zones. À cet égard, voir le rapport de M. Richard Daly, expert en anthropologie sociale et culturelle, qui a été assigné par l'appelante et a témoigné en cette qualité sur l'organisation sociale et la culture des Sto:lo, et aussi Duff, *The Upper Stalo Indians of the Fraser Valley, British Columbia, op. cit.*, à la p. 95.

212 Les récits oraux, corroborés par les témoignages d'expert, démontrent l'existence d'une longue tradition de rapports commerciaux entre les Sto:lo et leurs voisins, tant avant l'arrivée des Européens que de nos jours. Monsieur Arnoud Henry Stryd, spécialiste de l'archéologie possédant un solide bagage en anthropologie, qui a été assigné par l'intimée pour témoigner à titre d'expert et parler des documents archéologiques, a affirmé que l'échange de biens est une caractéristique de l'humanité depuis les temps les plus anciens:

Q. Oui. Vous dites qu'on trouve dans la majeure partie des documents archéologiques concernant la Colombie-Britannique des preuves de l'existence d'un commerce d'articles non périssables.

R. Oui, c'est exact. À mon avis, la tendance à commercer est quelque chose de très humain; si vous avez quelque chose dont vous n'avez pas besoin et que vos voisins ont quelque chose que vous aimeriez avoir et dont ils n'ont pas besoin, il semble très évident qu'il se produira un certain type d'échange de biens; l'échange de biens remonte au tout début de l'humanité. [Je souligne.]

213 De même, M. John Trevor Dewhirst, anthropologue et ethno-historien assigné par l'intimée, a témoigné à titre d'expert relativement au commerce du saumon par les ancêtres des Sto:lo. Même s'il a insisté sur le fait qu'il n'y avait pas [TRADUCTION] «d'activités systématisées et organisées d'échange de saumon sur une grande échelle» au temps des aborigènes, avant le contact avec les Européens ou l'affirmation de la souveraineté britannique, il a témoigné que les Sto:lo échangeaient et troquaient effectivement du saumon, entre eux et avec d'autres peuples autochtones, et que ces activités étaient enracinées dans leur culture:

[TRADUCTION]

Q. Monsieur, nous en étions au point, si j'ai bien compris, où -- nous en sommes au point dans votre témoignage, Monsieur, où il est question d'échange de saumon entre les Indiens - vous avez mentionné, Monsieur, qu'il y avait échange de saumon entre les Indiens?

R. Oui. Très certainement.

Q. Oui. Pourriez-vous préciser s'il vous plaît?

R. Oui. J'estime qu'il ressort très clairement -- tant des archives historiques que -- de la preuve anthropologique, de la preuve ethnographique recueillies par diverses personnes, Wilson Duff, Marion Smith, M. Daly et d'autres personnes que nous avons mentionnées -- et Suttles -- que l'échange de saumon contre d'autres denrées alimentaires et peut-être d'autres produits

non alimentaires se pratiquait sûrement chez les Sto:lo et constituait nettement une caractéristique de leur société et culture.

J'aimerais passer en revue certains de ces éléments de preuve matérielle concernant l'échange de saumon et les examiner sous l'angle -- du commerce et -- essayer -- essayer de déterminer -- essayer d'établir le contexte de ce qui se passait dans les faits, à tout le moins dans certains de ces cas.

...

R. Je crois que le dossier ne révèle pas l'existence d'activités systématiques et organisées d'échange de saumon sur une grande échelle, entre les Sto:lo eux-mêmes ou entre les Sto:lo et d'autres peuples autochtones; par échange sur une grande échelle, je -- je pense -- plutôt, par échange de saumon, je pense qu'il est important d'examiner ce contexte et de déterminer s'il existe en fait une sorte de situation de marché. Je veux dire que, dans la plupart des cultures, dans la plupart des sociétés, il y a échange de biens entre parents, amis et ainsi de suite. Je pense que l'on peut se demander s'il est possible dans ce cas de parler de commerce -- dans le sens d'une -- sorte de marché, et j'aimerais maintenant examiner certains des -- certains éléments de preuve présentés. [Je souligne.]

214 Il semble bien fondé de conclure, comme l'ont fait les témoins experts de l'intimée, qu'il n'existait pas de système de marché organisé pour le commerce du saumon au sein de la société sto:lo originale, étant donné que le commerce organisé du saumon sur une grande échelle paraît, en fait, aller à l'encontre de la culture autochtone des Sto:lo. Pour eux, le saumon était plus qu'une denrée alimentaire, ils le traitaient avec un certain respect puisque leur collectivité dépendait beaucoup des ressources de la pêche. D'une part, les Sto:lo pêchaient le saumon très activement à des fins de subsistance. D'autre part, toutefois, ils étaient suffisamment soucieux de ne pas abuser des richesses du fleuve, et

ils enseignaient à leurs enfants une attitude de parcimonie à l'égard du saumon ainsi que les moyens de conserver cette ressource.

215 Comme l'a expliqué, au procès, Richard Daly, anthropologue social et culturel, l'échange de saumon pratiqué par les Sto:lo entre eux et avec leurs voisins était guidé par le principe qu'il fallait nourrir la population et ne prendre et n'échanger que le poisson nécessaire pour subvenir à leurs propres besoins et à ceux des personnes avec qui ils avaient des rapports directs:

[TRADUCTION]

Q. À votre avis, la vente de poisson ou d'autres denrées alimentaires fait-elle également partie de la culture sto:lo?

R. Comme me l'ont expliqué des membres de la collectivité sto:lo, tout cela fait partie du fait de se nourrir et de nourrir les autres. On doit subvenir à ses besoins essentiels. Et aujourd'hui, tout se fait au moyen de l'argent. Il est possible qu'on n'ait rien à offrir en contrepartie lorsque -- lorsque des autochtones d'une autre région arrivent de l'Intérieur avec des peaux tannées -- qui serviront à la confection d'objets d'artisanat. Vous pourriez n'avoir rien à offrir en échange, auquel cas vous payez ces peaux comme le ferait toute autre personne. Cependant, lorsque vous offrez votre saumon ou que vous pouvez leur apporter une cargaison de saumon frais, vous faites de même et ils vous paient. Mais c'est -- c'est considéré comme une procédure analogue au troc parce que ça satisfait les besoins essentiels.

Les gens me disent également qu'ils vont à la pêche pour obtenir de l'argent pour acheter de l'essence pour se rendre aux sites de pêche, pour faire réparer leurs filets et -- pour gagner une partie de l'argent dont ils ont besoin pour subvenir à leurs besoins courants. Et j'ai observé que des gens vont à la pêche avec l'intention de vendre le poisson pris. Ils ne vont pas prendre le plus de poissons possible et les vendre sur le marché -- au prix courant. Ils les vendent au prix courant -- mais ils ne prennent pas plus que le nombre qu'on leur a commandé parce que c'est -- ce n'est pas la bonne attitude à avoir à l'égard du poisson et de la pêche. À mon avis, dans un

sens, ces pratiques sont très conformes au type de troc qui les ont précédées, et elles y sont assimilables en quelque sorte. [Je souligne.]

216 L'examen qui précède de la preuve de nature historique au dossier révèle qu'il y avait, entre les Sto:lo eux-mêmes et entre les Sto:lo et d'autres peuples autochtones, des échanges de saumon à des fins de subsistance, et, fait encore plus important, que ces activités faisaient partie de la culture autochtone distinctive des Sto:lo et étaient indubitablement enracinées dans celle-ci. Bref, la pêche a toujours été un aspect central de la vie et de la subsistance des Sto:lo, qui ont toujours échangé du saumon afin d'assurer leur subsistance et celle de leur famille. En conséquence, pour employer la formulation du critère proposé plus tôt, les activités de vente et d'échange de poisson à des fins de subsistance étaient suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture des Sto:lo.

217 Cela dit, précisons que la période de commerce intensif du poisson dans une économie de marché à laquelle ont participé les Sto:lo a commencé après l'arrivée des Européens, vers 1820, lorsque la Compagnie de la Baie d'Hudson a établi un poste de traite à Fort Langley, le long du fleuve Fraser. Par la suite, les Sto:lo ont participé à de florissantes activités de pêche commerciale axées sur le commerce du saumon. Selon Jamie Morton, historien assigné par l'appelante pour déposer, à titre de témoin expert, sur l'histoire du commerce des Européens avec les autochtones, environ 1 500 à 3 000 barils de saumon fumé (60 à 90 poissons par baril) étaient vendus chaque année à la Compagnie de la Baie d'Hudson, qui les expédiait ensuite à destination d'Hawaii et d'autres ports internationaux. (Voir aussi les motifs du juge Lambert de la Cour d'appel, au par. 121.)

218 Cependant, l'existence de ce commerce du saumon dans une économie de marché n'est pas un fait pertinent pour déterminer si les Sto:lo possèdent le droit

ancestral de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. En passant, je tiens à préciser qu'une telle utilisation commerciale du poisson semble intrinsèquement incompatible avec la culture des Sto:lo avant le contact avec les Européens ou l'affirmation de la souveraineté britannique, culture qui commandait que l'utilisation du saumon, y compris la vente et l'échange de ce bien, ne vise que des fins de subsistance, et non des fins purement commerciales.

219 En ce qui concerne la question en litige en l'espèce, les activités de vente et d'échange de poisson à des fins de subsistance ont toujours été suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture des Sto:lo. Cette conclusion est sans aucun doute compatible avec le point de vue des Sto:lo en ce qui concerne l'importance du commerce du saumon dans leur société. En conséquence, le critère applicable afin de caractériser les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* est respecté.

220 Qui plus est, il n'y a pas de doute que ces activités ont fait partie de la culture autochtone distinctive des Sto:lo pendant une période considérable et ininterrompue. Sur ce point, il nous faut tenir compte du type de coutumes, pratiques et traditions autochtones en cause, de la culture et de la société autochtones visées et, enfin, de la période de référence de 20 à 50 ans. En l'espèce, la preuve historique révèle que les coutumes, pratiques et traditions des Sto:lo relativement au commerce du saumon à des fins de subsistance ont existé pendant des siècles avant l'arrivée des Européens. De plus, il semble que ces activités continuent d'être pratiquées de nos jours, quoique sous des formes modernes. En conséquence, l'exigence de durée applicable pour la reconnaissance d'un droit ancestral est également satisfaite.

221 Par conséquent, je conclus que la bande des Sto:lo, dont fait partie l'appelante, possède le droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. Ce droit est protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

VI. Dispositif

222 Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi en ce qui concerne la question de savoir si les Sto:lo possèdent un droit de pêche ancestral incluant le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. La question de l'extinction de ce droit ainsi que les questions de l'atteinte *prima facie* et de la justification doivent être renvoyées au tribunal de première instance en vue de la tenue d'un nouveau procès, étant donné que la preuve est insuffisante pour permettre à notre Cour de statuer sur celles-ci. En conséquence, il n'est possible de répondre à la question constitutionnelle qu'en partie:

Question: Le paragraphe 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait le 11 septembre 1987, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque?

Réponse: Les droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* invoqués par l'appelante sont reconnus, et la réponse à la question visant de savoir si le par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique* est, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dépendra de la façon dont seront tranchées au

cours d'un nouveau procès, les questions de l'extinction, de l'atteinte *prima facie* et de la justification.

223 Le tout sans frais.

//Le juge McLachlin//

Version française des motifs rendus par

224 LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) -- Le présent pourvoi concerne le droit des Sto:lo de la Colombie-Britannique de vendre du poisson pris dans le fleuve Fraser. L'appelante, M^{me} Van der Peet, a vendu du saumon qui avait été pris par son conjoint de fait et le frère de celui-ci en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens. Or, il était interdit de vendre du saumon pris en vertu d'un tel permis de pêche. Madame Van der Peet a été accusée d'avoir vendu du poisson contrairement à un règlement d'application de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14. Au procès, elle a fait valoir en défense que les dispositions réglementaires en vertu desquelles elle a été accusée étaient invalides parce qu'elles portaient atteinte à son droit ancestral, confirmé par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de prendre et de vendre du poisson. Si c'est le cas, l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* rend ces dispositions réglementaires inopérantes.

225 L'examen porte donc principalement sur le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui dit que «[l]es droits existants -- ancestraux ou issus de traités -- des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés». Le paragraphe 35(1) accorde la protection de la Constitution non seulement aux droits ancestraux qui étaient codifiés dans des traités au moment de son adoption en 1982, mais également aux droits ancestraux qui n'avaient pas été officiellement reconnus à cette date: *R. c. Sparrow*,

[1990] 1 R.C.S. 1075, le juge en chef Dickson et le juge La Forest, aux pp. 1105 et 1106. L'État n'a jamais conclu de traité avec les Sto:lo. Ceux-ci invoquent non pas un droit ancestral codifié, mais plutôt un droit ancestral qu'ils demandent aux tribunaux de reconnaître en vertu du par. 35(1).

226 Sur cette toile de fond, je me penche maintenant sur les questions que soulève le présent pourvoi:

1. Les Sto:lo possèdent-ils, en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, un droit ancestral de vendre du poisson?
 - a) A-t-on établi, à première vue, l'existence d'un tel droit?
 - b) Si oui, ce droit a-t-il été éteint?
2. Si l'existence du droit a été établie, les dispositions réglementaires prises par l'État pour interdire la vente portent-elles atteinte à ce droit?
3. Si les dispositions réglementaires portent atteinte à ce droit, sont-elles justifiées?

227 Mes conclusions dans le cadre du présent pourvoi peuvent être résumées ainsi. Je suis d'avis que, pour répondre à la question de savoir ce qui constitue un droit ancestral, il convient d'examiner les droits qui ont historiquement été reconnus, en droit, comme étant des droits ancestraux fondamentaux. Sont compris parmi ces droits celui qu'a un peuple autochtone de tirer sa subsistance du territoire ou des eaux qu'il a traditionnellement exploités à cette fin. Ce peuple peut exercer le droit en question en échangeant la ressource dans la mesure nécessaire pour s'assurer la subsistance qu'il en a traditionnellement tirée. Ce droit subsiste tant qu'il n'a pas été éteint par traité ou autrement. Ce droit est restreint par les limites de l'exploitation historique de la ressource faite par le peuple autochtone, ainsi que par le pouvoir de l'État de limiter ou d'interdire

l'exploitation de la ressource qui serait incompatible avec l'utilisation responsable de celle-ci. Appliquant ces principes, je conclus que les Sto:lo possèdent un droit ancestral de pêcher commercialement pour pourvoir à leurs besoins fondamentaux, que ce droit n'a pas été éteint, que la disposition réglementaire interdisant complètement la vente de poisson constitue une atteinte à première vue à ce droit et que cette atteinte n'est pas justifiée. En conséquence, je conclus que la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelante doit être annulée.

1. Les Sto:lo possèdent-ils un droit ancestral de vendre du poisson qui est protégé par le par. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982?

A. *A-t-on établi, à première vue, l'existence d'un tel droit?*

228 Je vais d'abord examiner les principes applicables pour déterminer l'existence d'un droit ancestral.

(i) Principes généraux d'interprétation

229 Dans *Sparrow*, précité, notre Cour a étudié, dans le contexte de la pêche, l'importance que revêt, à deux égards, le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le paragraphe 35(1) est important à un premier égard en ce qu'il constitutionnalise les droits ancestraux qui existaient à la date de son adoption en 1982. Avant cette date, les droits de pêche ancestraux pouvaient être réglementés et éteints par décision unilatérale de l'État. Depuis l'adoption de l'art. 35, ces droits ne peuvent être restreints que par traité. Toutefois, le par. 35(1) est également important à un autre égard, plus général celui-là. En effet, il peut être considéré comme la consécration du droit des peuples autochtones d'obtenir, en toute justice, la reconnaissance de leurs droits ancestraux et le règlement de leurs revendications. Voici d'ailleurs ce qu'ont écrit le juge en chef Dickson et le juge La Forest dans l'arrêt *Sparrow*, à la p. 1105:

... le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* représente l'aboutissement d'une bataille longue et difficile à la fois dans l'arène politique et devant les tribunaux pour la reconnaissance de droits ancestraux. La forte représentation des associations autochtones et d'autres groupes soucieux du bien-être des peuples autochtones du Canada a rendu possible l'adoption du par. 35(1) [. . .] Le paragraphe 35(1) procure, tout au moins, un fondement constitutionnel solide à partir duquel des négociations ultérieures peuvent être entreprises. Il accorde également aux autochtones une protection constitutionnelle contre la compétence législative provinciale.

Le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont poursuivi, à la p. 1106, en citant les propos suivants du professeur Lyon dans «An Essay on Constitutional Interpretation» (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 95, à la p. 100:

[TRADUCTION] . . . le contexte de l'année 1982 nous fournit assurément une indication suffisante qu'il ne s'agit pas d'une simple codification de la jurisprudence portant sur les droits ancestraux qui existait en 1982.

L'article 35 exige un règlement équitable en faveur des peuples autochtones.

Il écarte les anciennes règles du jeu en vertu desquelles Sa Majesté établissait des cours de justice auxquelles elle refusait le pouvoir de mettre en doute Ses revendications souveraines.

230 Il n'est peut-être pas faux d'affirmer, à l'instar du Juge en chef, que le par. 35(1) vise deux objets: premièrement, reconnaître le fait que, avant l'arrivée des Européens, le territoire était occupé; et, deuxièmement, concilier l'affirmation de la souveraineté sur ce territoire avec cette occupation antérieure. Toutefois, en toute déférence, je suis d'avis que cette affirmation est incomplète. Comme l'attestent les passages précités de l'arrêt *Sparrow*, le par. 35(1) reconnaît non seulement l'occupation antérieure du territoire par les autochtones, mais également l'existence d'un régime juridique antérieur ayant donné naissance à des droits ancestraux qui subsistent, à moins d'avoir été éteints. Ce paragraphe vise non seulement à concilier ces droits avec la colonisation du territoire par les Européens et l'affirmation de leur souveraineté sur celui-ci, mais également à les concilier d'une manière propre à servir d'assise à un règlement juste et durable des revendications autochtones, compatible avec la norme élevée que le droit impose à l'État dans ses rapports avec les peuples autochtones.

231 Appliquant ces préceptes, notre Cour a déclaré, aux pp. 1106 et 1107, dans *Sparrow*, que le par. 35(1) doit recevoir une interprétation généreuse, libérale et fondée sur l'objet qu'il vise. Il constitue «un engagement solennel qui doit avoir un sens utile» (p. 1108). Il englobe et confirme l'obligation de fiduciaire de l'État envers les peuples autochtones (p. 1109). Il ne supprime pas le pouvoir du fédéral de légiférer à l'égard des autochtones, et les droits qu'il confère ne sont pas absolus. Le pouvoir fédéral doit être concilié avec les droits ancestraux par l'application de la doctrine de la justification. Le gouvernement fédéral peut légiférer afin de limiter l'exercice de droits ancestraux, mais

seulement dans la mesure où cette limitation est justifiée et respecte la norme élevée -- savoir celle d'agir honorablement -- que la Constitution et les autres règles de droit imposent à l'État dans ses rapports avec les peuples autochtones (p. 1109).

232 En résumé, le tribunal qui est appelé à décider si une pratique donnée est l'exercice d'un droit ancestral protégé par la Constitution en vertu du par. 35(1) doit adopter une méthode (1) qui reconnaisse les deux objets du par. 35(1) (savoir empêcher l'extinction des droits ancestraux et constituer une assise solide en vue du règlement des revendications autochtones), (2) qui soit libérale et généreuse envers les intérêts des autochtones, (3) qui considère le droit ancestral revendiqué dans le contexte du mode de vie historique du peuple qui l'invoque; (4) et, par-dessus tout, qui soit respectueuse du rôle de fiduciaire que l'État joue depuis toujours auprès des premiers habitants du pays. Finalement, je souscris aux propos du Juge en chef qui affirme, conformément à l'opinion émise par Mark Walters, dans «British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*» (1992), 17 *Queen's L.J.* 350, aux pp. 413 et 412 respectivement, qu'[TRADUCTION] «une conception moralement et politiquement défendable des droits ancestraux intégrera [les] deux points de vue juridiques», qui émanent des «deux cultures juridiques extrêmement dissemblables» des sociétés européennes et autochtones. Nous appliquons la common law, mais la common law que nous appliquons doit reconnaître pleinement la tradition autochtone préexistante.

(ii) Le droit revendiqué -- le droit de pêcher à des fins commerciales

233 La première étape consiste à déterminer quel est le droit ancestral revendiqué par M^{me} Van der Peet. S'agit-il du droit de pêcher, de celui de vendre, sur une petite échelle, du poisson à des fins de subsistance ou encore du droit de pêcher commercialement?

234 Le Juge en chef et le juge L'Heureux-Dubé disent que le présent pourvoi ne soulève pas la question du droit des Sto:lo de pratiquer la pêche commerciale. Ils affirment que la vente de quelques poissons à un voisin ne saurait être assimilée à un acte de commerce et que les tribunaux de la Colombie-Britannique ont commis une erreur en pensant ainsi.

235 Je suis aussi d'avis que la défense de M^{me} Van der Peet repose sur l'argument qu'elle a vendu le poisson à des fins de subsistance. Il ne s'agissait pas d'une activité lucrative d'une grosse entreprise commerciale. En fin de compte, comme nous le verrons, je suis d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé qu'une opération de grande envergure, visant la réalisation de bénéfices excédant ce que les autochtones ont historiquement tiré de l'exploitation du fleuve pourrait ne pas bénéficier de la protection de la Constitution.

236 Cela dit, je vois peu d'intérêt à qualifier autrement que d'acte de commerce la vente de poisson faite par M^{me} Van der Peet. Quand une personne vend quelque chose à autrui, c'est du commerce. Le commerce peut se faire sur une grande ou sur une petite échelle, mais ça reste du commerce. À mon sens, la question cruciale qui se pose n'est pas de savoir si, en l'espèce, la vente du poisson est ou non un acte de commerce, mais bien si elle peut être justifiée en tant qu'exercice d'un droit ancestral plus fondamental, qui serait la poursuite, par les autochtones concernés, de l'utilisation historique de la ressource.

237 Le fait d'établir une distinction artificielle entre l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens, d'une part, et l'échange de poisson à des fins commerciales, d'autre part, pourrait avoir des conséquences sérieuses, sinon dans la présente espèce,

alors dans d'autres affaires. Si le droit ancestral en cause est défini comme étant le droit de commercer massivement, au sens où on l'entend aujourd'hui, peu de peuples autochtones pourraient vraisemblablement établir un droit de pratiquer la pêche commerciale. Comme le Juge en chef le fait observer dans l'arrêt *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672 «[l]a revendication du droit ancestral d'échanger du poisson commercialement impose» à l'autochtone qui revendique le droit un fardeau plus lourd «que la revendication du droit d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens» (par. 20). Dans la première hypothèse, il faut prouver que le commerce était pratiqué avant le contact avec les Européens et «sur une échelle qu'il convient de qualifier de commerciale» (par. 20). Sauf rares exceptions (voir la preuve dans *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723 rendu à la même date), historiquement les autochtones n'étaient pas intéressés à effectuer des ventes massives. D'ailleurs, même s'ils l'avaient été, les sociétés dans lesquelles ils vivaient ne constituaient pas des marchés de masse.

(iii) Droits ancestraux et exercice de tels droits

238 Il est nécessaire, au départ, de faire une distinction entre un droit ancestral et l'exercice d'un tel droit. Les droits sont généralement énoncés en termes larges et généraux. Ils ne changent pas au fil des siècles. L'exercice des droits, en revanche, peut prendre diverses formes et varier selon les lieux et les époques.

239 Si une pratique moderne spécifique est considérée comme étant le droit en cause, l'analyse peut alors devenir sans objet, avant même d'avoir commencé, car il est possible que la pratique moderne par laquelle est exercé le droit plus fondamental n'ait pas eu d'équivalent dans la culture autochtone qui existait il y a deux ou trois siècles. Par conséquent, si nous nous demandons s'il existe un droit ancestral de pratiquer un type particulier de commerce du poisson, par exemple d'en faire le commerce sur une grande

échelle, la réponse sera négative dans la plupart des cas. Au contraire, si nous nous demandons s'il existe un droit ancestral d'utiliser les ressources halieutiques en vue de pourvoir aux besoins alimentaires, vestimentaires ou autres, il est bien possible que la réponse soit tout à fait différente. Une fois le droit fondamental sous-jacent défini en termes généraux, la question devient alors de savoir si la pratique moderne en cause peut être qualifiée d'exercice de ce droit.

240 Voilà de quelle façon nous concilions le principe que les droits des peuples autochtones qui sont reconnus et confirmés au par. 35(1) doivent être des droits ancestraux et l'insistance indéfectible de notre Cour sur le principe que les droits ancestraux ne sont pas figés. Il s'agit de droits ancestraux, c'est-à-dire des droits anciens qui ont été transmis par les générations précédentes. Toutefois, l'exercice de ces droits prend des formes modernes. Ne pas reconnaître la distinction entre les droits et la façon contemporaine dont ils sont exercés équivaut à figer les sociétés autochtones dans leurs anciens modes de vie et à les priver du droit qu'elles ont, à l'instar de tous les autres peuples, de s'adapter aux changements du monde dans lequel elles vivent.

241 Je partage la préoccupation exprimée par le juge L'Heureux-Dubé que, dans sa définition des droits en cause, le Juge en chef applique un trop fort degré de particularisation, ce qui lui permet de conclure à l'inexistence d'un droit ancestral là où une analyse différente aurait pu mener au résultat contraire. En insistant pour que la pratique moderne de M^{me} Van der Peet en matière de vente de poisson ait eu son équivalent dans les pratiques des Sto:lo avant le contact avec les Européens, il condamne effectivement les Sto:lo à exercer leur droit précisément comme ils le faisaient il y a des siècles, et exclut toute conclusion que la vente constitue l'exercice d'un droit ancestral.

242 Pour constituer un droit visé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le droit doit avoir une importance constitutionnelle. Un droit d'importance constitutionnelle peut être défini de façon générale comme un droit qui a priorité sur les principes juridiques ordinaires. Il s'agit d'une maxime qui fixe les limites à l'intérieur desquelles le droit doit s'appliquer. Même si les droits ancestraux n'étaient pas formellement garantis par la Constitution avant 1982, nous pouvons néanmoins dégager certains principes touchant les peuples autochtones qui étaient si fondamentaux qu'ils étaient généralement observés par ceux qui étaient chargés de traiter avec les peuples autochtones et de rédiger et d'appliquer des lois les concernant.

243 L'activité à l'égard de laquelle la protection de la Constitution est revendiquée en l'espèce est la vente de poisson pris dans le secteur du fleuve Fraser où les Sto:lo ont traditionnellement pêché pour subvenir aux besoins des leurs. Il s'agit de décider si cette activité peut être assimilée à l'exercice d'un droit qui soit a été reconnu, soit ressemble à tel point à un droit reconnu qu'il devrait, par extension de la loi, être reconnu comme tel.

(iv) La période de référence

244 Le Juge en chef et le juge L'Heureux-Dubé ne s'entendent pas sur la période à prendre en considération pour identifier les droits ancestraux. Le Juge en chef affirme que pour qu'une pratique soit considérée comme un droit ancestral elle doit remonter à l'époque qui a précédé le contact avec les Européens et avoir fait «partie intégrante», dans ces temps anciens, de la culture du groupe visé. Comme il n'a pas été établi que le troc de poisson était autre chose qu'un aspect accessoire de la société Sto:lo avant l'arrivée des Européens, le Juge en chef conclut que cette pratique ne constitue pas un droit ancestral.

245 À l'opposé, le juge L'Heureux-Dubé minimise l'importance des origines historiques du droit revendiqué. Pour elle, tout ce qui est requis c'est que la pratique qui, affirme-t-on, serait un droit, ait fait partie intégrante de l'organisation sociale et de la culture du groupe concerné pendant une période d'au moins 20 à 50 ans, et qu'elle continue de faire partie intégrante de la culture au moment où le droit est revendiqué.

246 Mon point de vue se situe entre ces deux pôles extrêmes. Je suis d'accord avec le Juge en chef pour dire que l'histoire est un facteur important. Une pratique d'adoption récente ne saurait généralement être qualifiée d' ancestrale. Les pratiques qui, dans le passé, ont été reconnues comme étant des droits ancestraux se rapportaient aux pratiques traditionnelles des peuples autochtones. Pour cette raison, notre Cour s'est toujours efforcée d'examiner les origines historiques des droits ancestraux revendiqués. Par exemple, dans *Sparrow*, notre Cour a commencé son examen du droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires par l'étude des pratiques des Musqueams en matière de pêche avant le contact avec les Européens.

247 Toutefois, je ne peux souscrire à l'avis du Juge en chef qu'il est essentiel qu'une pratique remonte à l'époque qui a précédé le contact avec les Européens pour être reconnue comme un droit constitutionnel. Les droits ancestraux ont leur origine non pas dans le moment magique du contact avec les Européens, mais dans les lois et coutumes traditionnelles du peuple autochtone en cause. Comme l'a dit le juge Brennan (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Mabo c. Queensland [No. 2]* 1992, 175 C.L.R. 1, à la p. 58, [TRADUCTION] «Le titre aborigène tire son origine et son contenu des coutumes et des lois traditionnelles observées et reconnues par les habitants autochtones d'un territoire.» Le texte français du par. 35(1) rend bien le principe directeur en la matière. En effet, les mots «[I]es droits existants -- ancestraux ou issus de traités --» nous indiquent que les

droits reconnus et confirmés par le par. 35(1) doivent avoir leur source dans les pratiques historiques ou ancestrales des autochtones concernés. Dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, notre Cour a appliqué un principe analogue: le juge Dickson (plus tard juge en chef) a décrit, à la p. 376, le «titre aborigène comme un droit, en common law, découlant de l'occupation et de la possession historiques par les Indiens de leurs terres tribales». On ne trouve, ni dans le par. 35(1) ni dans la jurisprudence, aucune indication que le contact avec les Européens serait la date décisive pour établir l'existence d'un droit ancestral. Le principe directeur est tout simplement fondé sur les coutumes et les lois que respectait le peuple en question avant que ne lui soient imposées celles des Européens. Ce qui doit être prouvé c'est l'existence d'une continuité entre la pratique moderne en cause et une loi ou coutume traditionnelle du peuple autochtone. La plupart du temps, il sera possible de retracer les origines de cette loi ou tradition aux temps immémoriaux; autrement, il ne s'agirait pas d'une loi ou coutume ancestrale autochtone. Cependant, la date du contact avec les Européens n'est pas le seul moment à prendre en considération. Ce qui s'est passé avant et après cette date peut aussi être pertinent.

248 Mon inquiétude est qu'on substitue un examen fondé sur le moment précis du contact avec les Européens -- examen qui peut s'avérer difficile -- à la véritable question litigieuse, savoir les coutumes et lois ancestrales observées par les peuples autochtones habitant le territoire. Par exemple, d'aucuns affirment que les Européens ont colonisé les régions maritimes de l'Est du Canada aux VII^e et VIII^e siècles après Jésus-Christ. Il serait peu logique de soutenir que les droits ancestraux se sont cristallisés à ce moment-là. Il est préférable de se demander quelles sont les lois et coutumes qui avaient cours avant qu'on leur surimpose les lois et coutumes européennes. Pour donner un autre exemple, mentionnons que, dans certaines régions de l'Ouest canadien, il s'est écoulé plus d'un siècle entre le premier contact avec les Européens et l'assujettissement au droit «canadien» ou «européen». Durant cette période, de nombreuses tribus ont, dans

une large mesure, vécu sans être touchées par les lois et coutumes européennes. Je ne vois aucune raison de ne pas prendre en considération, afin de déterminer la nature et la portée de leurs droits ancestraux, la preuve concernant les lois et coutumes respectées par les autochtones et les territoires occupés par ces derniers durant cet intervalle. Cette méthode est compatible avec l'inclusion expresse, au par.35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, des droits des Métis, qui sont les descendants d'explorateurs et de marchands européens et de femmes autochtones.

249 Non seulement le droit ancestral proposé doit avoir sa source dans les lois et coutumes historiques du peuple concerné, mais il faut également qu'il y ait continuité entre la pratique historique et le droit revendiqué. Comme l'a dit le juge Brennan dans l'arrêt *Mabo*, à la p. 60:

[TRADUCTION] La common law peut, par référence aux lois et coutumes traditionnelles d'un peuple autochtone, identifier et protéger les droits et intérêts des autochtones auxquels les premières donnent naissance. Toutefois, quand, par suite de la marche du temps, les coutumes et les lois traditionnelles ont, dans les faits, cessé d'être observées, le fondement du titre aborigène a disparu.

L'exigence de continuité n'oblige pas les autochtones à faire une chronique indiquant comment, année après année, le droit a été exercé depuis les temps immémoriaux. De fait, il n'est pas exceptionnel qu'un droit cesse d'être exercé pendant un certain temps. Le fait de ne pas exercer un droit ne prouve pas que celui-ci a été abandonné. Tout ce que les autochtones sont requis de faire, c'est d'établir un lien entre la pratique moderne et le droit historique qu'ils revendiquent.

250 Même si les droits ancestraux trouvent généralement leur origine dans l'histoire du peuple qui les revendique, les tribunaux doivent, comme je l'ai dit plus tôt, tenir compte du fait que la façon dont ces droits sont exercés évolue et change avec le

temps. La façon dont un droit est exercé aujourd'hui peut être très différente de son exercice traditionnel. Refuser de reconnaître un droit en raison de telles différences serait nier la réalité que les cultures autochtones, à l'instar de toutes les autres cultures, changent avec le temps et s'adaptent. Comme l'ont dit le juge en chef Dickson et le juge La Forest dans *Sparrow*, à la p. 1093, «[l]'expression «droits ancestraux existants» [au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*] doit recevoir une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d'évoluer avec le temps».

(v) La méthode permettant de déterminer l'existence d'un droit ancestral

251 Comme les autres peuples, les peuples autochtones se définissent par une myriade de pratiques, d'activités et de droits, dont un certain nombre, nous dit la *Charte canadienne des droits et libertés*, ont un caractère si fondamental qu'ils sont des «droits» constitutionnels d'une importance telle que l'État ne peut leur porter atteinte sans justification. Le problème que notre Cour doit résoudre est de déterminer quelles sont les activités, pratiques et droits qui relèvent de la catégorie des droits protégés par la Constitution.

252 La première catégorie évidente de droits et pratiques autochtones protégés par la Constitution est formée de ceux qui avaient été reconnus en droit avant l'adoption du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le paragraphe 35(1) confirme les droits ancestraux «existants». Il s'ensuit que les droits issus de traités ou reconnus par les tribunaux avant 1982 restent des droits visés au par. 35(1).

253 Toutefois, les droits ancestraux visés au par. 35(1) ne se limitent pas aux droits reconnus formellement par traité ou par les tribunaux avant 1982. Comme il a été indiqué précédemment, notre Cour a statué que le par. 35(1) n'est pas «une simple

codification de la jurisprudence portant sur les droits ancestraux qui existait en 1982. L'article 35 exige un règlement équitable en faveur des peuples autochtones»: *Sparrow*, à la p. 1106, citation des propos de Noel Lyon dans «An Essay on Constitutional Interpretation», *loc. cit.*, à la p. 100. Il faut donc se demander quels droits ancestraux nouveaux, non déjà reconnus, peuvent être revendiqués en vertu du par. 35(1).

254

Le Juge en chef définit les droits ancestraux comme étant les pratiques particulières qui datent d'avant le contact avec les Européens et faisaient «partie intégrante» de la «culture distinctive spécifique» du groupe autochtone visé. Adoptant une méthode fondée sur le caractère «dynamique» des droits, le juge L'Heureux-Dubé élargit la définition de droits ancestraux à toute activité, largement définie, qui fait partie intégrante de l'organisation sociale et de la culture distinctive d'un groupe d'autochtones, peu importe que l'activité précède ou non le contact avec les Européens. En toute déférence, même si ces deux approches tiennent compte de certaines facettes importantes des droits ancestraux, ni l'une ni l'autre ne constituent un critère satisfaisant pour déterminer si un droit ancestral existe.

(vi) Le critère de la «partie intégrante ou accessoire»

255 Je conviens avec le Juge en chef qui a dit, au par. 46, que pour constituer un droit ancestral, «une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question». Je conviens aussi avec le juge L'Heureux-Dubé qu'un droit ancestral doit faire «partie intégrante» de «l'organisation sociale et de la culture distinctive du groupe autochtones concerné». Dire cela, c'est simplement confirmer que le fondement des droits ancestraux réside dans les lois et les coutumes du peuple visé. C'est définir un attribut essentiel d'un droit ancestral. En toute déférence, toutefois, cela ne suffit pas pour constituer un critère juridique applicable pour déterminer, le cas échéant, la mesure dans laquelle la pêche commerciale peut constituer un droit ancestral. Le principe directeur de partie intégrante découle d'une description faite dans *Sparrow*, affaire où l'étendue du droit ancestral en cause (savoir celui de pêcher à des fins alimentaires) n'était pas vraiment en litige. Ce principe ne s'est jamais voulu un critère pour déterminer la portée d'exercices contestés de droits ancestraux.

256 Ma première préoccupation est que le critère proposé est trop large pour servir à distinguer, en droit, les droits garantis par la Constitution de ceux qui ne le sont pas. Bien que, dans la dernière partie de ses motifs, le Juge en chef semble assimiler «partie intégrante» à «élément non accessoire», il n'en reste pas moins que la notion de «partie intégrante» est large et capable d'englober pratiquement tout ce qu'un peuple autochtone faisait sur une base coutumière. Le *Shorter Oxford English Dictionary*, vol. 1 (3^e éd. 1973), donne deux acceptions du mot anglais «*integral*» («partie intégrante»): [TRADUCTION] 1. «Relatif au tout [. . .] composant, élément constitutif»; 2. «Composé d'éléments constitutifs contribuant à l'intégrité d'un ensemble». Il s'ensuit que, pour établir qu'une pratique fait «partie intégrante» de la culture d'un groupe, il faut démontrer qu'elle fait partie de l'ensemble des pratiques qui forment cette culture. Cela laisse supposer une définition très large: toute chose qui peut être considérée comme faisant

partie de la culture autochtone constituerait un droit ancestral protégé par la *Loi constitutionnelle de 1982*. Bénéficieraient ainsi de la protection de la Constitution une multitude d'activités allant des plus banales aux plus vitales. Le Juge en chef tente de restreindre la notion de «partie intégrante» en soulignant que le droit proposé doit faire partie de ce qui rend le groupe «distinctif», de ce qui en fait le peuple «spécifique» qu'il est, sans toutefois aller jusqu'à affirmer que la pratique doit être propre à ce groupe et n'appartenir à aucun autre. Cependant, l'addition des notions de caractère distinctif et de spécificité ne contrebalance pas, en toute déférence, la portée excessive du critère. Des pratiques mineures, qui n'ont pas l'importance que nous associons normalement aux droits de nature constitutionnelle, pourraient constituer des pratiques distinctes d'un groupe ou des pratiques spécifiques à celui-ci. Même l'ajout du facteur qui exige que la caractéristique soit fondamentale ou importante et non pas simplement «accessoire» ne résout pas le problème. Au contraire, elle ne fait que créer un problème supplémentaire, celui de déterminer ce qui est fondamental pour l'organisation sociale et la culture d'un peuple, et ce qui est accessoire.

257

Le problème de la portée excessive m'amène à faire état de ma deuxième préoccupation, savoir le problème de l'indétermination. Chercher à restreindre le critère proposé par le Juge en chef en y intégrant les notions de caractère distinctif, de spécificité et de caractère fondamental, c'est se buter au problème des conceptions individuelles de ce qui est distinctif, spécifique ou fondamental. Recourir à de telles notions comme balises des droits, c'est permettre que la détermination de ces droits soit teintée par les vues subjectives du décideur plutôt que fondée sur des normes objectives, c'est aussi susciter l'incertitude et la contestation dans l'examen visant à déterminer si une pratique donnée constitue un droit.

258 Finalement, le critère proposé est, en toute déférence, trop catégorique. Décider si une chose fait partie intégrante d'une autre, c'est appliquer le critère du tout ou rien. Une fois qu'il a été jugé qu'une pratique fait partie intégrante de la culture du peuple concerné, le droit de continuer cette pratique jouit alors d'une protection illimitée, sous réserve seulement du droit de l'État d'imposer des limites justifiées. Dans le présent pourvoi, l'exclusion par le Juge en chef de la «pêche commerciale» du droit revendiqué masque l'absence de limite intrinsèque dans le critère de la partie intégrante. La logique du critère n'en demeure pas moins inéluctable malgré tout: à supposer qu'un autre peuple, dans une autre affaire, établisse que la pêche commerciale faisait partie intégrante de sa culture ancestrale, logiquement ce peuple bénéficiera alors, suivant le critère de la partie intégrante, de la priorité absolue sur les pêcheurs non autochtones et sur les autres pêcheurs autochtones moins chanceux, sous réserve seulement de l'existence de limites justifiées. Tous les autres pêcheurs, y compris les pêcheurs autochtones incapables d'établir que la pêche commerciale faisait partie intégrante de leur culture particulière, pourraient bien n'avoir aucun droit de pêche que ce soit.

259 Dans ses motifs dans l'arrêt *R. c. Gladstone*, précité, rendu à la même date, le Juge en chef reconnaît la logique du tout ou rien dont procède le critère de la «partie intégrante» en matière de droits de pêche commerciale. Après avoir conclu, dans cet arrêt, à l'existence d'un droit de pêche commerciale, il fait remarquer, au par. 61, que, contrairement à la pêche pratiquée par les Indiens à des fins alimentaires, qui est définie en fonction des besoins alimentaires des gens concernés, le droit de pêcher commercialement «n'est pas assorti de limite intrinsèque». Faisant le raisonnement que, dans les cas où l'application du critère de détermination de l'existence d'un droit révèle que celui-ci n'est pas assorti de limite intrinsèque, le tribunal peut en imposer une, le Juge en chef adopte un large critère de justification qui ne ferait pas que limiter, comme cela est envisagé dans *Sparrow*, l'usage du droit aux fins essentielles à son exercice, mais

permettrait la réaffectation partielle du droit ancestral à des non-autochtones. Par contraste, le critère fondé sur l'histoire que je propose d'appliquer à l'égard des droits ancestraux comporte ses propres limites intrinsèques et respecte davantage les principes sur lesquels repose, selon moi, l'arrêt *Sparrow*.

(vii) L'approche empirico-historique

260 Les critères proposés par mes collègues définissent les attributs que sont censés posséder les droits ancestraux. Dans cette mesure, ils peuvent être informatifs et utiles. Toutefois, comme ils ont une portée excessive, qu'ils sont indéterminés et, en fin de compte, catégoriques, ils ne sauraient, en toute déférence, constituer un principe applicable, dans la pratique, pour cerner ce qui est visé par l'expression «droits ancestraux existants» au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

261 À mon avis, la meilleure façon de définir les droits ancestraux consiste à appliquer une approche empirique. Plutôt que d'essayer de définir a priori ce qu'est un droit ancestral, nous devons étudier l'histoire pour voir quelles sortes de pratiques ont été considérées comme des droits ancestraux dans le passé. Il est alors possible d'en tirer des inférences sur ce qui peut constituer un droit ancestral visé au par. 35(1). Lorsque nous sommes saisis d'une revendication donnée, nous devons nous demander: «S'agit-il d'une chose analogue à celles qui ont été reconnues en droit dans le passé?». C'est la méthode consacrée en common law. Le tribunal appelé à trancher un point de droit nouveau examine les solutions apportées dans le passé dans des cas analogues. Il évalue la nouvelle situation à la lumière des décisions rendues jusque-là et décide de la qualification appropriée. Ainsi, les principes juridiques évoluent de manière progressive et pragmatique.

262 Tout comme il y a deux types fondamentaux de raisonnement scientifique -- le raisonnement fondé sur des postulats de base et le raisonnement empirique, fondé sur l'expérience -- il existe deux types de raisonnement juridique. L'approche adoptée par le Juge en chef et le juge L'Heureux-Dubé dans le présent pourvoi peut être considérée comme un exemple de raisonnement fondé sur des postulats de base. On cherche un principe directeur qui sera applicable dans tous les cas ultérieurs. Vu le caractère complexe et délicat de la question de la définition de droits ancestraux qui n'ont encore jamais été définis, l'approche pragmatique généralement appliquée en common law -- le raisonnement fondé sur l'expérience découlant des précédents et des droits reconnus -- présente maints avantages. Dans cet esprit, et compte tenu des vérités importantes qui ressortent du critère de la «partie intégrante» proposé par le Juge en chef et par le juge L'Heureux-Dubé, je vais maintenant examiner ce que nous enseignent la common law et l'histoire du Canada au sujet des droits ancestraux.

(viii) Le principe de common law: la reconnaissance des coutumes et droits préexistants

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

264 Il est établi que, pendant des siècles, lorsqu'elle affirmait sa souveraineté sur un territoire, la Couronne britannique reconnaissait les droits de propriété et les droits

fondés sur la coutume existants de ses occupants. Les exemples abondent. Ainsi, après la conquête de l'Irlande, il a été décidé dans l'arrêt *The Case of Tanistry* (1608), Davis 28, 80 E.R. 516, que la Couronne n'avait pas effectivement pris possession des terres par la conquête et que les droits de propriété préexistants continuaient d'exister. De même, dans *In re Southern Rhodesia*, [1919] A.C. 211, à la p. 233, lord Sumner a écrit [TRADUCTION] «qu'il faut présumer, en l'absence de confiscation expresse ou de loi d'expropriation ultérieure, que le conquérant a respecté [les droits ancestraux préexistants] et a renoncé à les restreindre ou à les modifier». Lord Denning a confirmé cette règle dans *Oyekan c. Adele*, [1957] 2 All E.R. 785, à la p. 788:

[TRADUCTION] En se demandant . . . quels droits sont reconnus, il existe un principe directeur. Ce principe est le suivant: Les tribunaux présumeront que la Couronne britannique veut que l'on respecte intégralement les droits de propriété des habitants. Par conséquent, bien qu'en sa qualité de souverain, elle puisse adopter des lois lui permettant d'acquérir de force des terres à des fins publiques, la Couronne britannique verra à ce qu'une juste indemnité soit accordée à chacun des habitants qui possède un intérêt en vertu du droit autochtone; et les tribunaux déclareront que chaque habitant a droit à une indemnité selon son intérêt, même si pareil intérêt est d'un genre inconnu en droit anglais . . . [Je souligne.]

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

266 Au Canada, les tribunaux ont reconnu le même principe. Ainsi, dans l'arrêt *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, à la p. 328, le juge Judson a dit que le droit revendiqué était celui «de continuer à vivre sur leurs terres comme l'avaient fait leurs ancêtres et que ce droit n'a jamais été juridiquement éteint». À la page 416 du même arrêt, le juge Hall (dissident sur un autre point) a rejeté comme étant «entièrement erronée» «la proposition qu'après la conquête ou la découverte, les peuples aborigènes n'ont aucun droit à l'exception de ceux qui leur sont par la suite accordés ou reconnus par le conquérant ou le découvreur». Les décisions subséquentes de notre Cour sont compatibles avec le point de vue que l'État a pris possession des terres, sous réserve des droits ancestraux préexistants, et que les autochtones conservent ces droits, en l'absence d'extinction ou de cession par traité.

267 Dans l'arrêt *Guerin*, précité, notre Cour a réaffirmé ce principe et déclaré ceci, aux pp. 377 et 378:

En reconnaissant que la Proclamation ne constitue pas l'unique fondement du titre indien, l'arrêt *Calder* va plus loin que l'arrêt du Conseil privé *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46, où lord Watson a reconnu l'existence du titre aborigène, mais a affirmé que celui-ci avait son origine dans la Proclamation royale. À cet égard, l'arrêt *Calder* est compatible avec le point de vue exprimé par le juge en chef Marshall dans les arrêts de principe américains *Johnson v. M'Intosh*, 8 Wheaton 543 (1823), et *Worcester v. State of Georgia*, 6 Peters 515 (1832), que les juges Judson et Hall ont cités dans leurs motifs respectifs.

Dans l'arrêt *Johnson v. M'Intosh*, le juge en chef Marshall, tout en reconnaissant que la Proclamation royale de 1763 constitue l'un des fondements du titre indien, a néanmoins estimé que les droits des Indiens sur les terres qu'ils avaient traditionnellement occupées avant la colonisation européenne existaient avant les revendications de souveraineté de différentes nations européennes sur les territoires du continent nord-américain et qu'ils ont continué d'exister après ces revendications. Selon le principe de la découverte, sur lequel reposaient ces revendications, les terres situées dans une région donnée appartenaient en dernière analyse à la nation qui en avait fait la découverte et qui en avait réclamé la possession. Sous ce rapport du moins, les droits des Indiens sur leurs terres ont été manifestement diminués, mais leurs droits d'occupation et de possession sont restés inchangés. [Je souligne.]

Notre Cour a réaffirmé ce point de vue dans *Sparrow*, précité.

(ix) La nature des intérêts et coutumes reconnus par la common law

268 Une chose est claire, lorsqu'elle découvrait et occupait un «nouveau» territoire, la Couronne reconnaissait les lois et coutumes des sociétés autochtones qui y vivaient, ainsi que les droits sur les terres que ces dernières avaient traditionnellement occupées et qui dérivait de ces lois et coutumes. Il a été dit que seuls seraient reconnus les intérêts juridiques coïncidant avec ceux reconnus par la common law. Toutefois, comme le juge Brennan le souligne dans l'arrêt *Mabo*, à la p. 59, cette attitude rigide s'est atténuée depuis l'arrêt du Conseil privé *Tijani c. Secretary, Southern Nigeria*, [1921] 2 A.C. 399: [TRADUCTION] «[l]e principe général que la common law ne reconnaît un titre fondé sur la coutume que s'il est compatible avec la common law souffre une exception dans le cas du titre aborigène traditionnel».

269 Il est désormais possible d'affirmer avec confiance que la common law accepte tous les types d'intérêts autochtones, [TRADUCTION] «même si [les] intérêts [en question] sont d'un genre inconnu en droit anglais»: lord Denning dans l'arrêt *Oyekan*, précité, à la p. 788. La question de savoir quels sont ces lois et ces coutumes, ainsi que les droits qui en découlent, «doi[t] être déterminé[e] en tant que question de fait» dans chaque cas, le juge Brennan dans l'arrêt *Mabo*, à la p. 58. Il s'ensuit qu'il faut considérer que, au Canada, la Couronne a accepté les lois et coutumes autochtones existantes, ainsi que les intérêts dans les terres et les eaux auxquels elles donnaient naissance, même s'ils n'avaient pas d'équivalents dans le droit d'Angleterre. Dans la mesure où un peuple autochtone avait, en vertu de ses lois ou coutumes internes, utilisé les terres et les eaux

s'y trouvant dans le passé, il doit être considéré comme ayant toujours le droit de les utiliser, en l'absence d'extinction ou de traité.

270 Voilà ce qui ressort de la *Proclamation royale de 1763*, L.R.C. (1985), app. II, n° 1, qui énonce les règles selon lesquelles les Britanniques se proposaient de gouverner une grande partie des territoires qui constituent aujourd'hui le Canada. Bien qu'elle ne soit pas l'unique source des droits ancestraux, la Proclamation a reconnu la présence des autochtones en tant que peuples occupant les territoires. Elle a aussi reconnu qu'ils avaient le droit d'utiliser ces territoires et de se départir de ces droits d'usage. Il y est donc expressément reconnu que l'affirmation de la souveraineté britannique n'avait pas pour effet de priver les autochtones du Canada de leurs droits préexistants; la règle du territoire sans maître ne devrait pas s'appliquer ici. De plus, la Proclamation atteste le souci d'assurer aux peuples autochtones et à leurs descendants la possibilité de pourvoir à leur subsistance. Il y est stipulé que les autochtones ne sont pas autorisés à vendre leurs terres directement, mais qu'ils doivent le faire seulement par l'entremise de Sa Majesté. Cette stipulation visait à faire en sorte que les peuples autochtones reçoivent une juste contrepartie en échange des droits dont ils jouissaient sur les terres où ils avaient vécu traditionnellement -- contrepartie qui assurerait la subsistance non seulement de la génération cédant les droits mais celle des générations futures. (Voir *Guerin*, précité, à la p. 376; voir aussi Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727.)

271 La stipulation interdisant la vente directe aux Européens s'ajoutait à une politique visant la conclusion de traités avec les peuples autochtones. Les traités avaient généralement pour but de fournir aux autochtones concernés une assise territoriale, appelée réserve, ainsi que des avantages pour les signataires et leurs descendants -- paiements en espèces, couvertures, denrées alimentaires et autres choses du genre.

D'ordinaire, les traités conféraient un droit permanent de chasse et de pêche sur les terres domaniales. Les traités reconnaissaient donc le fait que, suivant leurs propres lois et coutumes, les autochtones tiraient leur subsistance du territoire et des eaux s'y trouvant, et ils visaient à préserver ce droit dans toute la mesure du possible et à le compléter pour compenser les territoires cédés à des fins de colonisation.

272 Ces dispositions témoignent de l'acceptation par les colonisateurs du principe que les peuples autochtones qui occupaient ce qui est maintenant le Canada étaient considérés comme possédant le droit ancestral de tirer leur subsistance de leurs terres et des ressources des forêts et des cours d'eau, dans la mesure où ils l'avaient fait traditionnellement. La stipulation essentielle -- la norme fondamentale de la colonisation au Canada -- était que les peuples autochtones ne pouvaient être privés des moyens de subsistance qu'ils tiraient traditionnellement des terres et des eaux y adjacentes que par un traité solennel conclu avec Sa Majesté, à des conditions garantissant à ceux-ci ainsi qu'à leurs descendants des moyens de remplacer la subsistance qu'ils tiraient, depuis les temps ancestraux, des terres, forêts et cours d'eau. (En faisant cette observation, je n'exclus pas la possibilité que d'autres arguments puissent être présentés relativement aux régions du pays colonisées par la France.)

273 Les mêmes notions avaient cours dans la colonie de la Colombie-Britannique avant son union avec le Canada en 1871. Un des premiers gouverneurs, Douglas, a établi une politique de négociation de traités solennels avec les peuples autochtones analogue à celle appliquée ailleurs au Canada. Tragiquement, cette politique a été écartée par la vision moins généreuse qui a accompagné la colonisation rapide de la Colombie-Britannique. La politique de négociation de traités avec les autochtones n'a jamais été officiellement abandonnée. Elle a simplement été foulée aux pieds parce que les colons, avec l'appui d'administrations plus soucieuses d'appliquer des solutions à

court terme que de respecter les obligations de la Couronne envers les premiers habitants de la colonie, se sont établis là où ils le voulaient et ils n'ont accordé aux autochtones que ce qu'ils jugeaient convenable. Cela n'a pas empêché les peuples autochtones de la Colombie-Britannique de faire valoir avec ténacité leur droit d'obtenir un règlement honorable de leurs droits ancestraux -- règlement que la plupart d'entre eux attendent encore. Cela n'invalide pas non plus la proposition fondamentale, généralement reconnue tout au long de l'histoire de la colonisation du pays, que les occupants autochtones de territoires donnés ont le droit d'utiliser ces territoires et d'en tirer leur subsistance.

274 De façon générale, les droits ancestraux au Canada étaient des droits collectifs. Un groupe d'autochtones particulier habitait un territoire ou exerçait sa domination sur celui-ci au profit de l'ensemble du groupe. Les droits ancestraux de ce groupe échoient aux descendants du groupe, tant que ceux-ci maintiennent des liens avec le territoire ou la ressource en question. Au Canada, tout comme en Australie, [TRADUCTION] «de nombreux clans ou groupes d'autochtones ont été physiquement séparés de leur territoire traditionnel et ils ont cessé d'être rattachés à celui-ci» (p. 59). Toutefois, [TRADUCTION] «[q]uand un clan ou un groupe a continué de reconnaître les lois et (si c'était matériellement possible) d'observer les coutumes fondées sur ses traditions, maintenant ainsi de façon substantielle ses liens traditionnels avec le territoire, il est possible d'affirmer que le titre communautaire traditionnel de ce clan ou groupe a continué d'exister» (arrêt *Mabo*, aux pp. 59 et 60).

275 Il ressort donc de ces observations que la common law et les responsables de la colonisation britannique de notre pays ont fondé leurs rapports avec les autochtones sur deux principes fondamentaux. Le premier était le principe général que Sa Majesté prenait possession du territoire sous réserve des droits existants des autochtones sur les

terres qu'ils avaient traditionnellement occupées et sur les eaux y adjacentes, même s'il ne s'agissait pas de droits appartenant à un type reconnu par le droit britannique. Le second, qui peut être considéré comme une application du premier, est que les droits des peuples autochtones d'utiliser les terres et les eaux y adjacentes pour assurer leur subsistance ne devaient leur être enlevés que par traité solennel et moyennant octroi à ceux-ci et à leurs descendants d'une juste indemnité. Ce droit des autochtones visés d'utiliser les terres et les eaux y adjacentes comme ils l'avaient fait traditionnellement pour assurer leur subsistance peut être considéré comme un droit ancestral fondamental. Il trouve appui dans la common law et dans l'histoire du pays. Il est possible d'affirmer avec confiance que ce droit est constitutionnalisé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

(x) Le droit de pêcher en vue de la vente

276 Après avoir exposé le contexte, j'aborde maintenant la question qui est au coeur du présent pourvoi. Les autochtones possèdent-ils, en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, un droit constitutionnel de pêcher à des fins commerciales? La réponse est oui, dans la mesure où les autochtones concernés peuvent démontrer qu'ils ont traditionnellement utilisé la pêche pour pourvoir à des besoins qui sont satisfaits par le commerce.

277 Si des autochtones peuvent établir qu'ils ont traditionnellement pêché dans un certain secteur, ils continuent d'avoir le droit de le faire, sauf extinction ou traité. Le même sentiment de justice qui obligeait ceux qui rédigeaient les traités conclus avec les autochtones au XIX^e siècle à inclure dans ceux-ci des dispositions pour que les autochtones puissent continuer à tirer leur subsistance du territoire oblige ceux qui

transigent avec des autochtones qui n'ont jamais conclu de traité, comme les Sto:lo, à prendre de telles mesures.

278 Le droit de pêche ancestral peut être défini comme étant le droit de continuer à tirer du fleuve, de la rivière ou de la mer en question ce que les autochtones concernés ont traditionnellement tiré du secteur exploité. Si les autochtones démontrent qu'ils ont traditionnellement tiré leur subsistance du fleuve, de la rivière ou de la mer, ils ont alors à première vue le droit de continuer à le faire, s'ils n'ont pas, par traité, échangé ce droit contre autre chose. Essentiellement, ce n'est pas le droit de faire du commerce, mais le droit de continuer d'utiliser la ressource de la manière traditionnelle, afin de pourvoir aux besoins traditionnels, quoique sous leur forme moderne. Toutefois, si les autochtones démontrent que le commerce est la seule manière d'utiliser la ressource de façon à leur permettre de se procurer l'équivalent moderne de ce qu'ils ont traditionnellement tiré de celle-ci, il s'ensuit qu'ils devraient être autorisés à faire le commerce de cette ressource dans la mesure nécessaire pour obtenir des biens et des commodités de remplacement. Dans ce contexte, le commerce n'est rien d'autre que la méthode ou la pratique par laquelle est exercé le droit plus fondamental qui consiste à tirer sa subsistance de la ressource.

279 Le droit d'échanger les produits du territoire et des eaux y adjacentes contre d'autres biens n'est pas illimité. Ce droit est la poursuite de l'exploitation historique de la ressource par les autochtones visés. Il n'y a donc rien qui justifie d'élargir le droit au-delà de ce qui est nécessaire pour permettre aux autochtones de se procurer des biens de remplacement raisonnables à la place de ceux qu'ils ont traditionnellement obtenus pour la ressource. Dans la plupart des cas, il est permis de penser que le droit ancestral de commercer se limite à ce qui est nécessaire pour pourvoir aux besoins de base en matière de logement, de transport, d'habillement et de commodités de la vie -- l'équivalent

moderne de ce que les autochtones en question tiraient dans le passé du territoire ou de la pêche, en sus de leurs besoins alimentaires et rituels. Au-delà de ces besoins, les pêcheurs autochtones n'ont aucun droit de priorité sur les non-autochtones qui pratiquent la pêche commerciale ou sportive. Suivant ce principe, si les autochtones peuvent démontrer qu'ils ont historiquement tiré une subsistance convenable de la pêche, il est alors possible d'établir l'existence d'un droit ancestral de tirer une «subsistance convenable» de la pêche (comme l'a conclu le juge Lambert de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique). Cependant, il n'existe pas automatiquement de droit de tirer une subsistance convenable ou autre d'une ressource particulière. Comme nous l'avons vu, l'examen de la nature des droits ancestraux que possède un peuple donné porte sur les faits. L'existence du droit n'est établie que dans la mesure où le peuple autochtone en cause peut démontrer qu'il a traditionnellement exploité la ressource. Par exemple, la preuve qu'un peuple utilisait des eaux seulement à seules fins d'y pêcher occasionnellement à des fins alimentaires et sportives n'appuierait pas l'existence du droit de pêcher en vue de vendre du poisson, et encore moins de pêcher dans la mesure requise pour s'assurer une subsistance convenable. À mon avis, il n'existe pas de droit général de pêche commerciale, à quelque échelle que ce soit. Le seul droit qui existe est celui que possède un peuple autochtone particulier de tirer de la ressource l'équivalent moderne de ce qu'il en a historiquement tiré suivant les lois et coutumes autochtones. Cette conclusion reprend l'opinion qui a été émise dans *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294, et approuvée par le juge en chef Dickson et le juge La Forest dans *Sparrow*, et suivant laquelle les autochtones jouissant d'une priorité «restreinte» en matière de pêche commerciale.

Une autre limite est que tous les droits ancestraux sur les terres et les eaux y adjacentes sont assujettis aux restrictions imposées pour des fins de conservation. Ces droits ancestraux sont fondés sur le droit des autochtones concernés d'utiliser les terres et

les eaux y adjacentes. À long terme cette utilisation est impossible à moins de protéger les produits tirés des terres et des eaux adjacentes à celles-ci. La protection des terres et des eaux vient donc au premier rang. À tout cela, s'ajoute une limite connexe. En effet, tout droit -- ancestral ou autre -- emporte de par sa nature même l'obligation de l'utiliser de façon responsable. Par exemple, il ne peut être utilisé d'une manière préjudiciable à autrui, qu'il s'agisse ou non d'autochtones. Il incombe à l'État d'établir un régime de réglementation qui respecte ces objectifs. Conformément au cadre d'analyse habituellement appliqué dans les cas comme celui qui nous occupe, le droit de l'État de restreindre la pêche autochtone pour des motifs de cet ordre soulève la question de la justification des limites apportées à un droit ancestral dont l'existence a été établie à première vue. Appliquant ce cadre, je vais étudier ce point plus en détail lorsque je traiterai de la justification.

(xi) L'existence d'un droit ancestral de vendre du poisson commercialement a-t-elle été établie en l'espèce?

281 J'ai conclu que, sous réserve des besoins de conservation, il est possible que des peuples autochtones possèdent, en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le droit constitutionnel d'utiliser une ressource tel un secteur dans une rivière au bord de laquelle ils ont traditionnellement vécu, pour en tirer l'équivalent moderne des commodités de la vie qu'ils ont traditionnellement obtenues au moyen de cette ressource, directement ou indirectement, par voie d'échange. Il s'agit de décider si, d'après la preuve, M^{me} Van der Peet a établi que les Sto:lo possèdent un tel droit.

282 La preuve établit que, selon la coutume des autochtones de la Colombie-Britannique, les Sto:lo vivent depuis des temps immémoriaux au lieu de leur établissement actuel sur les berges du fleuve Fraser. La preuve démontre également que,

en tant que pêcheurs, ils utilisent depuis des siècles le poisson de ce fleuve pour assurer leur subsistance. Il est permis de supposer qu'ils ont tiré des forêts et de la végétation une partie des choses nécessaires pour se loger et se vêtir. Toutefois, leur histoire indique que, même avant l'arrivée des Européens, les Sto:lo exploitaient le poisson non seulement à des fins alimentaires et rituelles, mais également pour obtenir d'autres biens par voie d'échange. Avant le contact avec les Européens, ces échanges avaient lieu avec d'autres tribus. Après le contact, des ventes à une plus grande échelle ont été faites à la Compagnie de la Baie d'Hudson, pratique qui s'est poursuivie pendant presque un siècle. En résumé, la preuve établit décisivement que, pendant des siècles, les Sto:lo ont pêché non seulement à des fins alimentaires et rituelles, mais aussi pour satisfaire divers autres besoins. À moins que ce droit ait été éteint, et sous réserve toujours des exigences en matière de conservation, les Sto:lo ont le droit de continuer d'exploiter le fleuve à ces fins. Dans la mesure où le commerce est nécessaire pour réaliser cet objectif, il fait partie de ce droit.

283 Je conviens avec le juge L'Heureux-Dubé que l'ampleur des activités de pêche révélées par la preuve reste bien en deçà des limites de la pêche traditionnelle pratiquée par les Sto:lo et de la subsistance convenable qu'ils en tiraient.

284 Pour ces motifs, je conclus que la vente du poisson par M^{me} Van der Peet peut être justifiée comme étant l'exercice de son droit ancestral, à moins que ce droit ait été éteint.

B. *Le droit ancestral a-t-il été éteint?*

285 L'État n'a jamais conclu avec les Sto:lo de traité éteignant leur droit de pêche ancestral. Le ministère public soutient toutefois que tout droit des Sto:lo de pêcher commercialement a été éteint avant 1982 par voie de règlements limitant la pêche commerciale aux activités pratiquées en vertu de permis. Pour sa part, l'appelante affirme que des règlements généraux visant à contrôler la pêche n'attestent pas l'intention nécessaire pour établir l'extinction d'un droit ancestral.

286 Pour qu'une mesure législative ou réglementaire éteigne un droit ancestral, cette intention doit être «claire et expresse»: *Sparrow*, précité, à la p. 1099. Le critère appliqué au Canada en matière d'extinction des droits ancestraux s'inspire du critère américain énoncé dans l'arrêt *United States c. Dion*, 476 U.S. 734 (1986), aux pp. 739 et 740: [TRADUCTION] «[c]e qui est essentiel [pour satisfaire au critère de l'intention «claire et expresse»], c'est une preuve claire que [l'État] a réellement pris en considération le conflit entre la mesure qu'il entend prendre, d'une part, et les droits issus de traités des Indiens, d'autre part, et qu'il a choisi de résoudre ce conflit en abrogeant le traité» ou le droit.

287 Appliquant cette approche, notre Cour a, dans *Sparrow*, rejeté l'argument du ministère public que les règlements d'avant 1982 qui assujettissaient l'exercice d'un droit ancestral à certaines conditions avaient eu pour effet d'éteindre ce droit dans la mesure des conditions imposées. Accepter cet argument, a raisonné notre Cour, à la p. 1091, reviendrait à conférer un statut constitutionnel aux règlements applicables en 1982 et à «introduire dans la Constitution un ensemble de règlements disparates». Rejetant l'application de cette approche «ponctuelle» aux droits constitutionnels, notre Cour a établi une distinction entre la réglementation de l'exercice d'un droit et l'extinction du droit lui-même.

288 En l'espèce, le ministère public prétend que, bien que le régime de réglementation n'ait peut-être pas éteint le droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires (*Sparrow*), il a néanmoins éteint tout droit ancestral de pêcher à des fins de vente. Le ministère public se fonde en particulier sur le décret C.P. 2539 du 11 septembre 1917, qui prévoyait ceci:

[TRADUCTION] Attendu qu'on fait valoir que, depuis des temps immémoriaux, les Indiens de la Colombie-Britannique ont pour pratique de capturer le saumon au harpon ou par d'autres moyens après que le poisson a atteint les parties supérieures des eaux sans marée des cours d'eau;

Et attendu que, depuis le début de la pêche commerciale, il est devenu éminemment souhaitable que tous les saumons qui réussissent à remonter dans ces eaux puissent atteindre indemnes les frayères, vu la grande importance que les Indiens attachent à cette pratique, il leur a été permis de le faire pour se nourrir seulement . . .

Et attendu que le ministère du Service naval a été informé que les Indiens ont conclu que le présent règlement est inefficace, et que, cette saison, ils font des préparatifs en vue de pêcher à des fins commerciales sur une grande échelle;

Et attendu qu'il est jugé être dans l'intérêt public d'empêcher ces activités, et que le ministère du Service naval, après avoir consulté le ministère de la Justice à cet égard, recommande que soient prises les mesures suivantes;

À ces causes, il plaît à Son Excellence le Gouverneur général en conseil, sous l'empire de l'article 45 de la *Loi des pêcheries*, 4-5 George V, chapitre 8, de décréter ce qui suit:

2. Les Indiens avec la permission de l'inspecteur en chef des pêcheries, peuvent en tout temps capturer du poisson destiné à leur alimentation et à celle de leur famille, mais il leur est défendu de faire servir à d'autres fins, le poisson ainsi capturé . . .

289 L'argument que le règlement 2539 a éteint tout droit ancestral de pêche commerciale se heurte à deux difficultés. La première est l'absence de toute indication que le gouvernement d'alors a, comme l'exige le critère de l'intention «claire et

expresse», pris en considération le droit ancestral, d'une part, et l'effet sur ce droit de la mesure qu'il se proposait de prendre, d'autre part. Le texte du règlement ne reconnaît d'aucune façon l'existence de quelque droit de pêche ancestral. On y reconnaît tout au plus l'existence d'une «pratique» des autochtones de pêcher à des fins alimentaires. Le règlement constate la position des autochtones que le règlement qui ne les autorise qu'à pêcher pour se nourrir est «inefficace». Toutefois, cette position n'est pas acceptée, mais au contraire rejetée, et on déclare que les autochtones ne seront pas libres de pêcher dans le but de vendre du poisson. Cela ne satisfait pas au critère de l'extinction des droits ancestraux par voie de réglementation, critère qui comprend trois éléments: la reconnaissance de l'existence du droit; un conflit entre le droit et la politique proposée; la résolution du conflit.

290 La seconde difficulté à laquelle se bute l'argument du ministère public est que le passage cité ne présente pas un tableau complet du régime de réglementation imposé. Pour dégager l'intention du législateur fédéral, il faut examiner une loi dans son ensemble: *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994). De même, pour établir quelle était l'intention du gouverneur en conseil lorsqu'il a pris un règlement, il faut tenir compte de l'effet de l'ensemble du régime de réglementation.

291 L'effet du règlement 2539 était que les Indiens n'étaient désormais plus autorisés à vendre le poisson pris en vertu de leur droit de pêcher à des fins alimentaires. Toutefois, le règlement 2539 n'était qu'une petite partie d'un régime de réglementation beaucoup plus large, datant de 1908 et dans le cadre duquel les peuples autochtones jouaient un rôle important. Même si le règlement de 1917 interdit aux autochtones de vendre du poisson pris en vertu de leur droit de pêcher à des fins alimentaires, il ne les empêche pas d'obtenir des permis de pêche commerciale sous l'empire du régime général établi en 1908 et modifié au fil des ans. Vu sous cet angle, le règlement reconnaissait le

droit des autochtones de participer à la pêche commerciale. Au lieu d'interdire la pêche commerciale aux pêcheurs autochtones, la réglementation et la politique gouvernementales, tant avant qu'après 1917, leur ont continuellement accordé des mesures préférentielles en vue de l'obtention des permis de pêche commerciale requis. Il est possible d'affirmer que, loin d'éteindre le droit de pêche ancestral, cette politique peut être considérée comme une acceptation tacite de la [TRADUCTION] «priorité restreinte» des pêcheurs autochtones en matière de pêche commerciale dont a fait état le juge Dickson dans l'arrêt *Jack* et qui a été approuvée dans *Sparrow*.

292 La preuve de la participation des autochtones à la pêche commerciale avant la réglementation, en 1917, de la pêche commerciale a été examinée par le juge Dickson dans *Jack*, précité. Cette affaire portait sur la politique des colonialistes avant la Confédération. Sans répéter l'intégralité des propos du juge Dickson, il suffit de citer la conclusion qu'il tire, à la p. 311:

... la colonie accordait la priorité à la pêche par les Indiens des régions côtières parce qu'elle leur permettait d'abord de se nourrir et, à un degré moindre, de faire du troc avec les Blancs.

293 Cette priorité restreinte accordée à la pêche commerciale autochtone ressort de la politique de l'État qui consiste à prendre des mesures préférentielles en faveur des autochtones qui participent à cette pêche. Le règlement de 1954, modifié en 1974, fixait des droits de permis réduits pour ces derniers. Par exemple, les permis de pêche au filet maillant et les permis de pêche à la seine qui coûtaient respectivement 2 000 \$ et 200 \$ aux pêcheurs non autochtones ne coûtaient que 10 \$ aux pêcheurs autochtones. De plus, la preuve disponible indique que les autochtones participent de façon importante à la pêche commerciale. De façon plus précise, une étude sur la participation des autochtones

à la pêche commerciale en 1985 a révélé que 20,5 pour 100 de la flotte commerciale appartenait à des Indiens ou était exploitée par des Indiens, et que cette partie de la flotte comptait pour 27,7 pour 100 des prises commerciales. Comme le régime de réglementation est établi en fonction des droits individuels, on n'y a jamais reconnu expressément le droit d'un groupe particulier d'autochtones à une part déterminée de la pêche. Toutefois, cette reconnaissance découle implicitement des mesures préférentielles accordées aux pêcheurs autochtones du fait de leur appartenance à un groupe autochtone.

294 Il s'ensuit donc que, loin d'avoir éteint le droit ancestral de pêcher à des fins de vente, le régime de réglementation en place depuis 1908 confirme ce droit et tend même à reconnaître une priorité restreinte à l'exercice de ce droit. Je conclus que le droit ancestral des Sto:lo de pêcher à des fins de subsistance n'a pas été éteint.

295 Les questions qu'il reste à trancher sont celles de savoir si la disposition réglementaire en cause porte atteinte au droit ancestral des Sto:lo de prendre, à des fins de vente, du poisson en sus de celui qu'ils prenaient à des fins alimentaires et rituelles, et, dans l'affirmative, si cette atteinte constitue une limitation justifiable de ce droit.

2. Y a-t-il atteinte au droit ancestral?

296 Une fois l'existence du droit établie, l'étape suivante de l'examen prévu par l'arrêt *Sparrow* consiste à déterminer si le règlement constitue une atteinte à première vue au droit ancestral. Dans l'affirmative, il faut ensuite se demander si l'atteinte à première vue est justifiée.

297 Le critère de l'atteinte à première vue, prescrit par l'arrêt *Sparrow*, consiste à déterminer «si la loi en question a pour effet de porter atteinte à un droit ancestral

existant» (p. 1111). Si oui, l'atteinte à première vue est établie. Après avoir énoncé ce critère, le juge en chef Dickson et le juge La Forest le complètent en déclarant que le tribunal doit se demander si la restriction est déraisonnable, si elle est indûment rigoureuse et si elle refuse aux titulaires du droit le recours à «leur moyen préféré de l'exercer» (p. 1112). Or, ces questions semblent plus pertinentes pour la seconde étape de l'analyse, celle de la justification, que pour l'établissement du droit à première vue. Comme le souligne le Juge en chef dans l'arrêt *Gladstone* (au par. 43), ces questions semblent contredire l'assertion de départ selon laquelle une mesure qui a pour effet de porter atteinte au droit ancestral constitue une violation à première vue. Quoiqu'il en soit, je conviens avec le Juge en chef qu'une réponse négative aux questions supplémentaires n'exclut pas de l'existence d'une atteinte à première vue.

298

La question qui se pose en l'espèce est de savoir si le régime de réglementation en vertu duquel M^{me} Van der Peet est accusée a «pour effet» de «porter atteinte à un droit ancestral existant», en l'occurrence le droit des Sto:lo de vendre du poisson dans la mesure nécessaire pour pourvoir aux besoins qu'ils ont traditionnellement satisfaits en exploitant, conformément aux lois et coutumes autochtones, le secteur du fleuve dont ils occupaient les berges. Dans un cas comme la présente espèce, l'examen de la question de l'atteinte peut être considéré comme comportant deux étapes. Au cours de la première étape, la personne accusée doit établir qu'elle avait, à première vue, le droit de faire ce qu'elle a fait. Une fois ce droit établi, il incombe alors au ministère public de prouver que le régime de réglementation respecte le droit particulier des Sto:lo de pêcher à des fins de subsistance.

299

En l'espèce, la première condition est remplie par la preuve de l'existence du droit ancestral de vendre du poisson qui est interdit par le règlement. Toutefois, la deuxième condition n'est pas remplie. En effet, malgré la preuve que les pêcheurs

autochtones jouissent, collectivement, d'une part importante du marché commercial légal et qu'une quantité considérable de poisson pris «à des fins alimentaires» est vendue illégalement, le ministère public n'a pas établi que la réglementation existante respecte le droit particulier des Sto:lo de pêcher commercialement à des fins de subsistance. Le litige ne porte pas sur la quantité de poisson qui est prise présentement, quantité qui peut ou non satisfaire les besoins de la bande pour assurer sa subsistance. Il s'agit plutôt de savoir si, en niant aux Sto:lo le droit de vendre toute quantité de poisson, l'État les prive de leur droit ancestral restreint de vendre du poisson à des fins de subsistance. D'où la conclusion inéluctable qu'il y a atteinte à première vue au droit ancestral collectif.

300

Le ministère public a fait valoir qu'il est administrativement impossible de réglementer une pêche de manière à respecter les besoins d'un peuple autochtone particulier à des fins de subsistance. L'appelante a répliqué en présentant des éléments de preuve indiquant que, dans l'État de Washington, on réglemente de façon efficace les droits issus de traités des autochtones de pêcher à des fins de subsistance. J'en conclus que la norme des besoins en matière de subsistance n'est pas si intrinsèquement indéterminée qu'elle ne peut être réglementée. Il appartient à l'État, qui est chargé de la gestion de la ressource, de mettre en oeuvre des moyens efficaces d'en réglementer l'utilisation légale. Le fait que la réglementation actuelle soit déficiente à cet égard confirme l'atteinte, au lieu de la justifier.

3. La restriction par l'État du droit de M^{me} Van der Peet de pêcher à des fins de subsistance est-elle justifiée?

301 Après avoir conclu que les Sto:lo possèdent un droit restreint de pêcher à des fins commerciales et que le règlement constitue une atteinte à première vue à ce droit, il reste à se demander si cette atteinte est justifiée. L'examen de la question de la justification revient en fait à se demander dans quelle mesure l'État peut, pour des considérations de politique générale, restreindre l'exercice du droit.

302 Tout comme je me suis dissociée des propos du Juge en chef sur la question de savoir ce qui constitue un droit ancestral, je dois également, en toute déférence, exprimer ma dissidence à l'égard de son opinion sur ce qui constitue une justification. Ayant défini le droit en cause de telle manière que celui-ci ne comporte aucune limite intrinsèque, le Juge en chef compense en adoptant une conception large de la justification, qui ampute le droit pour le motif que cela est nécessaire à des fins de réconciliation et d'harmonie sociales: *Gladstone*, aux par. 73 à 75. En toute déférence, je refuse d'adopter cette conception de la justification, et ce pour trois raisons. Premièrement, elle est, à mon sens, contraire à la jurisprudence. Deuxièmement, elle est indéterminée et, en dernière analyse, elle est plus politique que juridique. Enfin, si le droit est délimité avec plus de circonspection, comme je le propose, cette définition élargie de la justification n'est pas nécessaire. Je vais expliciter chacune de ces difficultés, en faisant valoir qu'elles suggèrent une conception plus limitée de la justification, savoir qu'il est loisible à l'État d'interdire l'exploitation de la ressource qui est incompatible avec son utilisation continue et responsable.

303 Je vais d'abord examiner la jurisprudence. La doctrine de la justification a été élaborée dans l'arrêt *Sparrow*. Le juge en chef Dickson et le juge La Forest y ont

approuvé un critère à deux volets. Premièrement, le ministère public doit établir que la loi ou le règlement en cause vise un objectif «impérieux et réel» (p. 1113). La conservation de la ressource a été mentionnée comme étant un objectif de cette nature. Seraient également valides des objectifs «visant apparemment à empêcher l'exercice de droits visés au par. 35(1) lorsque cet exercice nuirait à l'ensemble de la population ou aux peuples autochtones eux-mêmes» (p. 1113). Deuxièmement, le ministère public doit démontrer que la loi ou le règlement est compatible avec l'obligation de fiduciaire qu'assume l'État envers les peuples autochtones. Cela signifie, de conclure le juge en chef Dickson et le juge La Forest, que l'État doit prouver qu'il a donné priorité à la pêche autochtone d'une manière compatible avec l'opinion formulée par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Jack*: priorité absolue à l'État pour agir en conformité avec des objectifs de conservation; priorité manifeste à la pêche pratiquée par les Indiens à des fins alimentaires; et «priorité restreinte» à la pêche commerciale autochtone «[sur les besoins de] la pêche commerciale et sportive» (p. 311).

304 Le Juge en chef estime que la première exigence du critère de justification établi dans *Sparrow*, savoir l'existence d'un objectif impérieux et réel, vise tout objectif qui peut être justifié comme étant pour le bien de l'ensemble de la collectivité, autochtone et non autochtone. Cela donne à penser que, une fois les besoins en matière de conservation assurés, l'examen vise à déterminer si l'objectif gouvernemental est justifiable, eu égard aux intérêts régionaux et à ceux des pêcheurs non autochtones. Le Juge en chef écrit ceci, dans l'arrêt *Gladstone* (au par. 75):

... je dirais qu'en ce qui concerne la répartition de ressources halieutiques données, une fois que les objectifs de conservation ont été respectés, des objectifs tels que la poursuite de l'équité sur les plans économique et régional ainsi que la reconnaissance du fait que,

historiquement, des groupes non autochtones comptent sur ces ressources et participent à leur exploitation, sont le genre d'objectifs susceptibles (du moins dans les circonstances appropriées) de satisfaire à cette norme. [Je souligne.]

305 Indépendamment des contours indéfinis de la notion de «circonstances appropriées», la reconnaissance du fait que, historiquement, des pêcheurs non autochtones ont compté sur cette pêcherie et ont participé à son exploitation semble assez différent des objectifs impérieux et réels mentionnés par notre Cour dans *Sparrow* -- conservation de la ressource ou prévention des activités nuisibles à l'ensemble de la population ou aux autochtones eux-mêmes. Voilà effectivement des objectifs impérieux, se rapportant aux conditions fondamentales de l'exercice responsable du droit en question. En conséquence, on peut sans crainte affirmer que toute personne sensée conviendrait que ces limites peuvent à juste titre s'appliquer même à l'exercice de droits inscrits dans la Constitution. La conservation, par exemple, est la condition sur laquelle repose le droit même d'exploiter la ressource, car sans conservation, point de droit. La prévention des activités nuisibles a également un caractère impérieux. En effet, nul ne peut être autorisé à exercer des droits d'une manière qui nuise à autrui. Ainsi, en droit des biens, la common law reconnaît depuis longtemps des recours contre ceux qui polluent un cours d'eau ou exploitent leurs biens-fonds d'une manière nuisible à autrui.

306 Vus sous cet angle, les objectifs impérieux envisagés dans *Sparrow* peuvent être considérés comme possédant tous une caractéristique commune: ils constituent des préalables essentiels à tout exercice civilisé du droit en question. Il est possible que, dans des instances futures, des limites imposées à des droits ancestraux soient acceptées sur d'autres fondements. Toutefois, aux fins de la présente espèce, on peut dire que les différentes limites qui peuvent être imposées à un droit ancestral établi concernent

l'exercice de ce droit et non sa dilution, son extinction ou son transfert à autrui. Sont permises les limites du genre de celles auxquelles tout propriétaire foncier ou titulaire d'un droit s'attendrait raisonnablement d'être assujetti -- savoir le type de limites qui doivent être imposées dans une société civilisée pour assurer l'exploitation présente et future de la ressource. Ces limites n'ont pas pour effet de dénier le droit, mais plutôt de restreindre son exercice. En revanche, le fait d'élargir la notion d'objectif impérieux à des considérations telles que l'équité sur les plans économique et régional et les intérêts des pêcheurs non autochtones aurait pour effet de dénier le droit de pêche ancestral lui-même, pour le motif qu'une telle mesure est nécessaire pour concilier les droits ancestraux et d'autres intérêts, et ainsi assurer le bien de l'ensemble de la collectivité. Ce ne sont pas là des limites nécessaires à l'exercice responsable du droit en cause, mais plutôt de limites fondées sur les exigences économiques des non-autochtones. Il ne s'agit pas de limites du même ordre que la conservation des ressources ou la prévention des activités nuisibles, objectifs qui ont été approuvés dans *Sparrow*.

307 En toute déférence, même s'il se propose d'appliquer le critère de justification établi dans *Sparrow*, le Juge en chef s'écarte de la seconde exigence de ce critère tout comme de la première. En l'occurrence, cette exigence veut que la limite soit conforme à l'obligation de fiduciaire que l'État assume envers les autochtones et qu'elle tienne compte de l'ordre de priorité établi par le juge Dickson dans l'arrêt *Jack*. L'obligation d'un fiduciaire ou administrateur du bien d'autrui est de protéger et de préserver les intérêts de la personne dont les biens lui sont confiés. Dans le contexte des droits ancestraux, cette obligation emporte non seulement que l'État préserve les intérêts des autochtones, mais aussi qu'il les gère bien: *Guerin*. Or le critère du Juge en chef semble permettre que le droit de pêche ancestral reconnu par la Constitution soit accordé, par règlement, loi ou acte de l'exécutif, aux pêcheurs non autochtones qui ont historiquement pêché dans la région visée, au nom de l'harmonie sociale et de la conciliation des intérêts autochtones et non autochtones. Qui plus est, le critère du Juge

en chef est susceptible de violer l'ordre de priorité en matière de pêche établi dans *Jack*. D'après le critère du Juge en chef, une fois les besoins de conservation pris en considération, divers autres intérêts, dont la participation historique des pêcheurs non autochtones à l'exploitation de la ressource, peuvent justifier la prise de règlements régissant la répartition de la ressource. La seule exigence est que le mécanisme de répartition «tienne compte» du droit ancestral. Une telle approche, je le crains, est susceptible de violer non seulement l'obligation de fiduciaire de l'État envers les peuples autochtones, mais aussi de priver de toute signification la «priorité restreinte» reconnue à la pêche commerciale dans les arrêts *Jack* et *Sparrow*.

308 En d'autres termes, l'approche du Juge en chef pourrait être interprétée comme traitant la garantie applicable aux droits ancestraux prévue au par. 35(1) comme s'il s'agissait de la garantie des droits individuels prévue par la *Charte*. Le droit et l'atteinte à celui-ci sont reconnus. Toutefois, l'atteinte peut être justifiée si elle est dans l'intérêt de l'ensemble de la société canadienne. Dans le cas des droits individuels protégés par la *Charte*, cela est approprié étant donné que l'article premier de la *Charte* prévoit expressément que ces droits peuvent être restreints «par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». Toutefois, dans le cas des droits ancestraux garantis par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les rédacteurs ont délibérément choisi de ne pas subordonner l'exercice des droits ancestraux au bien de l'ensemble de la société. En l'absence de limitation expresse des droits garantis par le par. 35(1), les limites qui leur sont imposées en vertu de la doctrine de la justification doivent, logiquement et conformément aux règles d'interprétation constitutionnelle, uniquement viser, comme l'indique l'arrêt *Sparrow*, des circonstances véritablement impérieuses telle la conservation, condition *sine qua non* de l'existence du droit en question, et des restrictions comme la prévention des exercices abusifs du droit nuisibles

à la communauté autochtone ou à d'autres -- en bref, les restrictions essentielles à l'utilisation et à l'exploitation continues de la ressource visée par le droit. En toute déférence, suivre la voie préconisée par le Juge en chef revient, pour les tribunaux, à considérer que s'applique au par. 35(1) l'équivalent de l'article premier, contrairement à l'intention des rédacteurs de la Constitution.

309 Une deuxième objection à l'approche préconisée par le Juge en chef est qu'elle est indéterminée et que, en dernière analyse, elle tient davantage de l'expédient politique que de la reconnaissance de droits. L'imprécision du critère proposé est manifeste. «Dans les circonstances appropriées» -- circonstances elles-mêmes non définies --, les gouvernements pourraient restreindre des droits ancestraux pour une gamme indéterminée de considérations. Bien qu'il faille «tenir compte» des intérêts des autochtones et de l'obligation de fiduciaire de l'État, l'étendue de cette obligation n'est pas précisée. À la limite, toute mesure que le gouvernement estimerait nécessaire pour concilier les intérêts des autochtones et des non-autochtones pourrait être jugée acceptable. Dans des cas moins extrêmes, le résultat dépendra d'une doctrine qui reste à établir. En cas de contestation judiciaire, il est possible de prévoir que l'examen serait axé sur le caractère socialement justifiable de la mesure plutôt que sur les droits garantis. On peut à juste titre s'attendre, comme le suggère le Juge en chef, à ce que les tribunaux ne se montrent pas trop stricts dans leur examen. Tout comme dans les cas où ils sont appelés à appliquer l'article premier de la *Charte*, les tribunaux ne devraient pas annuler la décision du gouvernement dans la mesure où elle représente une solution «raisonnable» à un conflit d'intérêts opposés. En toute déférence, cela ne constitue pas le «fondement constitutionnel solide à partir duquel des négociations ultérieures peuvent être entreprises», dont ont fait état le juge en chef Dickson et le juge La Forest dans l'arrêt *Sparrow*, à la p. 1105.

310 Ma troisième observation est que la dérogation proposée à la norme de justification établie dans *Sparrow* n'est pas, contrairement à ce qu'on prétend, nécessaire à la «conciliation» des intérêts des autochtones et des non-autochtones. Le Juge en chef a raison de dire que la réconciliation entre les communautés autochtones et non autochtones est un objectif d'une importance fondamentale. Ce désir de réconciliation qui, dans de nombreux cas, tarde depuis trop longtemps a inspiré l'adoption du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Comme il a été reconnu dans *Sparrow*, l'un des deux objets fondamentaux du par. 35(1) était la réalisation d'un règlement juste et durable des revendications autochtones. Le Juge en chef souligne aussi à juste titre qu'un tel règlement doit reposer sur la conciliation des droits ancestraux avec la culture non autochtone plus large dans laquelle ils doivent, par nécessité, être exercés. Il est bien établi qu' [TRADUCTION] «une conception moralement et politiquement défendable des droits ancestraux intégrera [les . . .] points de vue [. . .]» de «deux cultures juridiques extrêmement dissemblables», les cultures européenne et autochtone: Walters, *loc. cit.*, aux pp. 413 et 412 respectivement. La question est de savoir comment s'accomplira cette conciliation des cultures juridiques différentes des peuples autochtones et non autochtones. Plus particulièrement, est-ce que l'objectif de conciliation des intérêts des autochtones et des non-autochtones exige que nous permettions à l'État de demander que le droit ancestral soit transféré à des non-autochtones, avec l'aval des tribunaux, sans le consentement des autochtones concernés, sans conclusion d'un traité et sans indemnisation? Je ne peux imaginer que ce soit le cas.

311 Mes raisons sont de deux ordres. Premièrement, si, comme il a été suggéré précédemment, nous adoptons une conception des droits ancestraux fondée sur l'histoire et la common law plutôt que sur la notion de «partie intégrante» de la culture autochtone, le besoin de recourir à un critère élargi de justification diminue. Comme le fait observer le Juge en chef, la nécessité d'élargir le critère établi dans *Sparrow* découle du fait que le

droit ancestral de pêche commerciale qu'il a jugé établi dans *Gladstone* ne comporte pas de limites intrinsèques. Or, suivant le point de vue historique que j'adopte, le droit ancestral de pêcher à des fins commerciales ne vise qu'à procurer aux autochtones ce qu'ils ont traditionnellement tiré de l'exploitation de la pêcherie. Comme il ne s'agissait généralement pas de sociétés qui valorisaient l'accumulation de surplus ou de richesses, les besoins à combler dépasseront rarement, dans les faits, les choses essentielles, c'est-à-dire la nourriture, le vêtement et le logement, complétées par quelques commodités de la vie. Cette conclusion est conforme à la «priorité restreinte» reconnue à la pêche commerciale autochtone par notre Cour dans *Sparrow*. Une fois ces priorités respectées, les pêcheurs commerciaux et sportifs peuvent jouir de la ressource comme ils l'ont toujours fait, sous réserve des exigences de conservation. Comme il a été suggéré dans *Sparrow*, l'État devrait établir, par voie de consultations et de négociations, les quantités requises pour procurer aux autochtones concernés ce qu'ils ont traditionnellement tiré de l'exploitation de la rivière, du fleuve ou de la mer conformément à leurs lois et coutumes. Au cours des années normales, on peut s'attendre à ce que cela se traduise par un pourcentage relativement peu élevé des prises totales accordées à la pêche commerciale. Dans l'hypothèse où, pour des besoins de conservation, il faudrait supprimer pratiquement toute pêche commerciale, la pêche commerciale autochtone, déjà restreinte comme elle l'est, pourrait elle-même être réduite davantage, voire supprimée.

312 De ce point de vue, le droit comporte sa propre limite intrinsèque, savoir l'équivalent de ce que, conformément aux lois et coutumes ancestrales, les autochtones concernés tiraient de la ressource. L'État peut, en respectant le critère de justification, imposer des limites additionnelles visant à faire en sorte que le droit soit exercé de façon responsable et de manière à en assurer la jouissance aux générations futures. Il n'est cependant nul besoin de limiter davantage le droit pour permettre la réconciliation des autochtones et des non-autochtones.

313

La seconde raison pour laquelle il n'est pas nécessaire de recourir au critère élargi de justification proposé par le Juge en chef est qu'il existe d'autres moyens, encore inexploités, de concilier les points de vue juridiques différents des autochtones et des non-autochtones. À mon avis, la recherche d'un juste équilibre entre les deux points de vue part du postulat qu'il faut accorder leur pleine valeur aux droits ancestraux dont les faits d'une espèce particulière établissent l'existence. Ce n'est qu'en reconnaissant pleinement les droits ancestraux des autochtones que leur point de vue juridique pourra être respecté. À cette étape du processus -- la définition des droits ancestraux -- les tribunaux ont un rôle important à jouer. Mais le processus ne s'arrête pas là. Il doit se poursuivre par la prise en considération du point de vue non autochtone, c'est-à-dire l'examen de la question de savoir comment le droit ancestral en cause peut juridiquement s'inscrire dans le cadre du droit non autochtone. Traditionnellement, cela s'est fait par voie de traité, conclu au terme de négociations entre le peuple autochtone concerné et l'État et visant à trouver une solution équitable à leurs intérêts divergents, compte tenu du fait historique qu'ils sont irrémédiablement tenus de cohabiter. À cette étape, celle de la conciliation, les tribunaux jouent un rôle moins important. En effet, il appartient aux peuples autochtones et aux autres habitants du Canada de trouver un juste compromis à l'égard des droits ancestraux reconnus. Ce processus -- c'est-à-dire la définition des droits garantis par le par. 35(1), suivie de règlements négociés -- est, à mon sens, le moyen envisagé dans *Sparrow* pour concilier les points de vue juridiques des autochtones et des non-autochtones. Il n'a pas encore été mis à l'épreuve dans le cas des Sto:lo. Un siècle et demi après l'arrivée des Européens, l'État n'a pas encore conclu de traité avec les Sto:lo. Tant que les moyens traditionnels de conciliation des points de vue juridiques des autochtones et des non-autochtones n'auront pas été épuisés, il paraît difficile d'affirmer qu'il est nécessaire que les tribunaux proposent des méthodes de conciliation plus radicales, susceptibles de miner gravement les droits ancestraux.

314 J'ai avancé que le critère élargi de justification proposé par le Juge en chef n'est pas conforme à la jurisprudence, qu'il est indéterminé et, en dernière analyse, qu'il est inutile. Au lieu de ce critère, j'ai suggéré que seraient justifiables les limites qui seraient imposées aux droits ancestraux uniquement pour en réglementer l'exercice afin d'assurer la conservation de la ressource et l'utilisation responsable de celle-ci. Il y a une dernière raison pour laquelle le critère élargi de justification ne devrait pas être retenu. En toute déférence, il est inconstitutionnel.

315 La proposition du Juge en chef peut se résumer ainsi. Dans certaines circonstances, les autochtones peuvent être requis de partager leurs droits de pêche avec des non-autochtones au nom de la conciliation des intérêts des autochtones et des non-autochtones. En d'autres termes, l'État peut accorder à d'autres une portion d'un droit ancestral de pêche, et ce non pas par traité ou avec le consentement des autochtones visés, mais de son propre chef, par décision unilatérale. J'ai dit précédemment que cette méthode était susceptible de violer l'obligation de fiduciaire qu'a l'État de protéger les droits et les biens autochtones. Mais ma préoccupation est plus fondamentale. Comment, sans modifier la Constitution, l'État peut-il diminuer le droit ancestral? L'exercice des droits garantis par le par. 35(1) peut être assujéti à des limites raisonnables, visant à ce que ceux-ci soient utilisés de façon responsable. Mais les droits eux-mêmes ne peuvent être diminués que par traité ou modification constitutionnelle. Enlever les avantages du droit ancestral à des autochtones pour les attribuer à des non-autochtones aurait pour effet de diminuer la substance du droit que le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* garantit aux autochtones. Cela, aucun tribunal ne peut le faire.

316 J'en arrive par conséquent à la conclusion que la restriction par le gouvernement d'un droit ancestral peut être justifiée, pourvu qu'elle vise à assurer la conservation de la ressource et l'exercice responsable du droit. La validité de restrictions qui iraient plus loin ne saurait être sauvegardée pour le motif que celles-ci sont nécessaires pour assurer la réconciliation ou la paix sociales. Plus précisément, des restrictions ayant pour effet de retirer à des autochtones la jouissance de la ressource pour la transférer à d'autres, et ce sans conclure de traité avec les premiers ou obtenir leur consentement, ne sauraient être justifiées. À moins d'abrogation du par. 35(1), pareils transferts ne peuvent survenir qu'avec le consentement des autochtones visés. C'est aux gouvernements de ce pays et aux autochtones qu'il revient d'en décider, non aux tribunaux. Dans l'intervalle, l'État a la responsabilité de concevoir un régime de réglementation assurant l'utilisation responsable de la ressource et pourvoyant à la répartition, entre les autochtones et les non-autochtones, de ce qui est disponible après avoir tenu compte des besoins de conservation.

317 Le tableau des droits ancestraux qui se dégage de ce qui précède ressemble à celui brossé par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans *Jack* et approuvé dans *Sparrow*. Partant du postulat que les *Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique*, L.R.C. (1985), app. II, n° 10, exigeaient du gouvernement fédéral qu'il adopte une «ligne de conduite aussi libérale» que celle du gouvernement colonial de la Colombie-Britannique, le juge Dickson a exprimé l'avis suivant, à la p. 311:

... il est permis de penser qu'on entendait par l'expression «une ligne de conduite aussi libérale», accorder la première priorité à la pêche par les Indiens à des fins d'alimentation et une certaine priorité à une pêche commerciale restreinte, [sur les besoins de] la pêche commerciale et sportive. Finalement, il est clair que les mesures destinées à la

protection des ressources - totalement absentes des textes réglementaires avant 1871 - priment sur tout genre de pêche, qu'il s'agisse de la pêche par les Indiens, de pêche commerciale ou sportive.

318 Les rapports entre les divers intérêts dans une pêcherie à l'égard de laquelle a été établie l'existence d'un droit ancestral au sens plein du terme -- savoir le droit de pêcher à des fins alimentaires et rituelles et pour satisfaire d'autres besoins qui étaient comblés directement par l'exploitation de la pêcherie ou par la vente et l'échange du poisson et des produits du poisson -- peuvent se résumer ainsi:

1. l'État peut limiter l'exercice du droit des autochtones visés à des fins liées à l'exercice responsable du droit, y compris la conservation de la ressource et la prévention des activités nuisibles à autrui;
2. sous réserve de ces limites, les autochtones visés ont la priorité pour pêcher à des fins alimentaires et rituelles, ainsi qu'à des fins supplémentaires de subsistance, c'est-à-dire pour satisfaire les besoins fondamentaux que la pêcherie permettait à leurs ancêtres de combler;
3. sous réserve des par. (1) et (2), les non-autochtones peuvent exploiter la ressource.

319 En périodes d'abondance des stocks, tous les intérêts peuvent être comblés. En périodes de rareté, la pêche autochtone à des fins alimentaires aura la priorité, suivie d'un droit additionnel de pêcher commercialement à des fins de subsistance pour satisfaire les besoins que la pêcherie permettait à leurs ancêtres de combler. La priorité

des autochtones en matière de pêche commerciale est restreinte à ce qui est requis pour satisfaire ces besoins, lesquels se limiteront d'ordinaire aux besoins fondamentaux. En ce sens, le droit de pêcher à des fins commerciales ne jouit que d'une priorité «restreinte». Si les stocks de poisson ne permettent pas de satisfaire les besoins des divers peuples autochtones concernés, une fois prises les mesures de conservation requises, la ressource doit alors être répartie entre ceux-ci. Il est également possible que, dans la répartition, il faille assurer aux bandes vivant en amont leur juste part de la pêche, que ce soit à des fins alimentaires ou à des fins supplémentaires de subsistance. Toutes ces mesures sont subordonnées au pouvoir prépondérant de l'État de limiter, voire de prohiber la pêche pour des fins de conservation de la ressource.

320 Ce régime de priorités a pour conséquence que l'État peut limiter le droit de pêcher à des fins de subsistance reconnu à une bande autochtone pour deux motifs: (1) parce qu'une quantité limitée de poisson est nécessaire pour satisfaire les besoins fondamentaux de la bande, et (2) pour des fins de conservation de la ressource et parce que d'autres restrictions sont nécessaires pour l'utilisation responsable de celle-ci (justification).

321 Sur cette toile de fond, je reviens à la question de savoir si la disposition réglementaire qui interdit complètement aux Sto:lo de vendre du poisson est justifiée. À mon avis, elle ne l'est pas. Aucun objectif impérieux du genre de ceux évoqués dans *Sparrow* n'a été établi. Il n'a pas été démontré qu'il était nécessaire, pour des fins de conservation de la ressource ou pour d'autres fins se rapportant à l'exploitation continue et responsable de celle-ci, de dénier au peuple Sto:lo le droit de vendre du poisson pour subvenir à ses besoins fondamentaux. Qui plus est, la disposition réglementaire viole l'ordre de priorité énoncé dans les arrêts *Jack* et *Sparrow* et elle contrevient à l'obligation de fiduciaire qu'a l'État de préserver les droits des autochtones concernés de pêcher

conformément à leurs lois et coutumes ancestrales, en leur déniaient sommairement un aspect important de l'exercice de ce droit.

4. Conclusion

322 Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de confirmer l'existence en principe d'un droit ancestral de vendre du poisson à des fins de subsistance. J'annulerais la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelante et répondrais comme suit à la question constitutionnelle:

Question: Le paragraphe 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait le 11 septembre 1987, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque?

Réponse: Le paragraphe 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait le 11 septembre 1987, est, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque.

Pourvoi rejeté, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et MCLACHLIN sont dissidentes.

Procureurs de l'appelante: Mandell, Pinder, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le procureur général du Canada, Ottawa.

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

*Procureur de l'intervenant le Fisheries Council of British Columbia:
J. Keith Lowes, Vancouver.*

*Procureurs des intervenantes la British Columbia Fisheries Survival
Coalition et la British Columbia Wildlife Federation: Russell & DuMoulin, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenant le First Nations Summit: Ratcliff & Company,
North Vancouver.*

*Procureurs des intervenants Delgamuukw et autres: Rush Crane, Guenther
& Adams, Vancouver.*

*Procureurs des intervenants Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold
Gardner, Jack Pitchenese et Allan Gardner: Pape & Salter, Vancouver.*

R. c. Powley, [2003] 2 R.C.S. 207, 2003 CSC 43

Sa Majesté la Reine

Appelante/intimée au pourvoi incident

c.

Steve Powley et Roddy Charles Powley

Intimés/appelants au pourvoi incident

et

Procureur général du Canada, procureur général du Québec, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général du Manitoba, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta, procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, Labrador Métis Nation, personne morale, Congrès des peuples autochtones, Ralliement national des Métis (« RNM »), Métis Nation of Ontario (« MNO »), B.C. Fisheries Survival Coalition, Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. (« ALST »), Ontario Métis and Aboriginal Association (« OMAA »), Ontario Federation of Anglers and Hunters (« OFAH »), chef métis Roy E. J. DeLaRonde, au nom de la Red Sky Métis Independent Nation, et North Slave Métis

Alliance

Intervenants

Répertorié : R. c. Powley

Référence neutre : 2003 CSC 43.

N° du greffe : 28533.

2003 : 17 mars; 2003 : 19 septembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

en appel de la cour d'appel de l'ontario

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Métis — Accusation d'avoir chassé en contravention de la loi provinciale portée contre deux membres d'une communauté métisse située près de Sault Ste. Marie — Les membres de cette communauté métisse ont-ils un droit ancestral constitutionnellement garanti les autorisant à chasser pour se nourrir dans les environs de Sault Ste. Marie? — Dans l'affirmative, l'atteinte à ce droit est-elle justifiable? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35 — Loi sur la chasse et la pêche, L.R.O. 1990, ch. G.1, art. 46, 47(1).

Les intimés, membres d'une communauté métisse située près de Sault Ste. Marie, ont été acquittés d'avoir chassé illégalement l'orignal sans être munis d'un permis de chasse et d'avoir sciemment eu en leur possession du gibier chassé en contravention de l'art. 46 et du par. 47(1) de la *Loi sur la chasse et la pêche* de l'Ontario. Le juge du procès a conclu que le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* garantit aux membres de la communauté métisse de Sault Ste. Marie et des environs de cette ville un droit ancestral leur permettant de chasser pour se nourrir, et que la réglementation ontarienne sur la chasse porte atteinte à ce droit de manière injustifiée. La Cour supérieure de justice et la Cour d'appel ont confirmé les acquittements.

Arrêt : Les pourvois principal et incident sont rejetés.

Le mot « Métis » à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne vise pas toutes les personnes d'ascendance mixte indienne et européenne, mais plutôt les peuples distincts qui, en plus de leur ascendance mixte, possèdent leurs propres coutumes et identité collective reconnaissables et distinctes de celles de leurs ancêtres indiens ou inuits, d'une part, et de leurs ancêtres européens, d'autre part. Une communauté métisse

est un groupe de Métis ayant une identité collective distinctive, vivant ensemble dans la même région et partageant un mode de vie commun. L'objet de l'art. 35 est de protéger les pratiques qui, historiquement, ont constitué des caractéristiques importantes de ces communautés distinctes et qui continuent aujourd'hui de faire partie intégrante de leur culture métisse. En appliquant le critère établi dans l'arrêt *Van der Peet* pour déterminer les droits dont jouissent les Métis en vertu de l'art. 35, l'élément d'antériorité au contact avec les Européens prévu par ce critère doit être adapté pour tenir compte de l'ethnogénèse et de l'évolution des Métis, qui sont postérieures au contact. Pour tenir compte de l'histoire des Métis, il convient d'appliquer un critère de l'antériorité à la mainmise sur le territoire qui prend en compte le moment où les Européens ont établi leur domination politique et juridique dans une région donnée, et qui s'attache à la période ayant suivi la naissance d'une communauté métisse donnée et précédé l'assujettissement de celle-ci aux lois et coutumes européennes.

Les droits ancestraux sont des droits collectifs fondés sur l'existence d'une communauté historique toujours vivante et pouvant être exercés si la personne qui les revendique appartient à la communauté actuelle, sur le fondement de ses origines ancestrales. Le droit revendiqué en l'espèce est celui de chasser pour se nourrir dans les environs de Sault Ste. Marie. Pour étayer la revendication de droits ancestraux se rattachant à un lieu précis, il faut établir l'existence d'une communauté métisse identifiable — caractérisée par un certain degré de continuité et de stabilité — au moyen de données démographiques pertinentes et d'éléments de preuve montrant que le groupe concerné partage des coutumes, des traditions et une identité collective. La conclusion du juge du procès selon laquelle il existe une communauté métisse — historique et actuelle — à Sault Ste. Marie est étayée par le dossier et doit être confirmée.

Il est crucial de vérifier l'appartenance d'un demandeur à la communauté actuelle pertinente, puisqu'un individu n'est admis à exercer des droits ancestraux métis que s'il possède des liens ancestraux avec une communauté métisse et que s'il appartient à cette dernière. L'auto-identification, les liens ancestraux et l'acceptation par la communauté sont des facteurs qui établissent l'identité métisse dans le cadre d'une revendication fondée sur l'art. 35. En l'absence d'une identification formelle, les tribunaux devront statuer au cas par cas sur la question de l'identité métisse en tenant compte de la manière dont la communauté se définit, de la nécessité que l'identité puisse se vérifier objectivement et de l'objet de la garantie constitutionnelle. En l'espèce, le juge du procès a eu raison de conclure que les intimés sont membres de la communauté métisse qui a vu le jour à Sault Ste. Marie et dans les environs de cette ville et qui y existe encore. Eu égard aux circonstances de la présente affaire, le fait que les ancêtres des intimés ont vécu dans une réserve indienne pendant un certain temps n'enlève pas à ces derniers leur identité métisse. La décision — de nature individuelle — des ancêtres d'un Métis de se prévaloir des avantages prévus par un traité n'exclut pas nécessairement la faculté de cette personne de revendiquer des droits reconnus aux Métis, dans le cas où il n'y a pas eu d'adhésion collective à ce traité par la communauté métisse concernée.

Il faut rejeter le point de vue selon lequel les droits des Métis doivent tirer leur origine des pratiques de leurs ancêtres autochtones qui sont antérieures au contact avec les Européens. L'adoption de ce point de vue aurait pour effet de nier aux Métis leur pleine qualité de peuples distincts, titulaires de droits et dont les pratiques qui font partie intégrante de leur culture bénéficient de la protection constitutionnelle prévue par le par. 35(1). La preuve historique étaye pleinement la conclusion du juge du procès que la période tout juste avant 1850 est le moment de la mainmise effective des Européens sur la région de Sault Ste. Marie. Cette preuve appuie également sa conclusion que la

pratique de la chasse pour se nourrir faisait partie intégrante du mode de vie des Métis de Sault Ste. Marie juste avant 1850. Cette pratique n'a pas cessé de faire partie intégrante de leur mode de vie.

Le fait que l'Ontario ne reconnaît pas aux Métis le droit de chasser pour se nourrir ainsi que l'application des dispositions contestées portent atteinte au droit ancestral des Métis, et la conservation de la faune n'est pas une considération qui justifie cette atteinte. Même si la population d'originaux dans cette région de l'Ontario était menacée, les Métis disposeraient quand même d'un droit de chasse prioritaire pour assurer leur subsistance. De plus, il ne faut pas exagérer la difficulté d'identifier les membres de la communauté métisse pour justifier de leur refuser des droits garantis par la Constitution. Dans l'immédiat, les droits de chasse des Métis devraient correspondre à ceux des Ojibway pour ce qui est des restrictions applicables aux fins de conservation et d'exploitation prioritaire. À long terme, la tenue de négociations ainsi que des décisions judiciaires qui seront rendues sur la question permettront de délimiter plus clairement le droit des Métis de chasser.

Bien que la Cour d'appel ait eu compétence pour surseoir à la prise d'effet de sa décision, lequel sursis est maintenant expiré, il n'y a aucune raison impérieuse d'ordonner un sursis d'exécution additionnel.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; **arrêts mentionnés** : *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

Loi sur la chasse et la pêche, L.R.O. 1990, ch. G.1, art. 46, 47(1).

Doctrine citée

Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones : Perspectives et réalités*, vol. 4. Ottawa : La Commission, 1996.

Lytwyn, Victor P. « Historical Report on the Métis Community at Sault Ste. Marie », March 27, 1998.

Morrison, James. « The Robinson Treaties of 1850 : A Case Study ». Étude préparée pour la Commission royale sur les peuples autochtones.

Ontario. Ministère des Richesses naturelles. *Politique provisoire de mise en application des lois sur le droit des autochtones à chasser et à pêcher à des fins alimentaires*. Toronto : Le Ministère, 1991.

Peterson, Jacqueline. « Many roads to Red River : Métis genesis in the Great Lakes region, 1680-1815 ». In Jacqueline Peterson and Jennifer S. H. Brown, eds., *The New Peoples : Being and Becoming Métis in North America*. Winnipeg : University of Manitoba Press, 1985, 37.

Ray, Arthur J. « An Economic History of the Robinson Treaties Area Before 1860 », March 17, 1998.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2001), 53 O.R. (3d) 35, 196 D.L.R. (4th) 221, 141 O.A.C. 121, 152 C.C.C. (3d) 97, [2001] 1 C.N.L.R. 291, 40 C.R. (5th) 221, 80 C.R.R. (2d) 1, [2001] O.J. No. 607 (QL), qui a confirmé une décision de la Cour supérieure de justice (2000), 47 O.R. (3d) 30, [2000] 2 C.N.L.R. 233, ayant maintenu un jugement de la Cour de l'Ontario (Division provinciale), [1999] 1 C.N.L.R. 153, 58 C.R.R. (2d) 149, [1998] O.J. No. 5310 (QL).
Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

Lori R. Sterling et Peter Lemmond, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident.

Jean Teillet et Arthur Pape, pour les intimés/appelants au pourvoi incident.

Ivan G. Whitehall, c.r., Michael H. Morris et Barbara Ritzen, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

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

Gabriel Bourgeois, c.r., et Pierre Castonguay, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Deborah L. Carlson et Holly D. Penner, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Darlene A. Leavitt, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *P. Mitch McAdam*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Margaret Unsworth et *Kurt Sandstrom*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

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

D. Bruce Clarke, pour l'intervenante Labrador Métis Nation.

Joseph Eliot Magnet, pour l'intervenant le Congrès des peuples autochtones.

Clem Chartier et *Jason Madden*, pour les intervenants le Ralliement national des Métis et Métis Nation of Ontario.

Argumentation écrite seulement par *J. Keith Lowes*, pour l'intervenante B.C. Fisheries Survival Coalition.

Argumentation écrite seulement par *Brian Eyolfson*, pour l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Robert MacRae, pour l'intervenante Ontario Métis and Aboriginal Association.

Argumentation écrite seulement par *Timothy S. B. Danson*, pour l'intervenante Ontario Federation of Anglers and Hunters.

Alan Pratt et *Carla M. McGrath*, pour l'intervenant le chef métis Roy E. J. DeLaRonde, au nom de la Red Sky Métis Independent Nation.

Argumentation écrite seulement par *Janet L. Hutchison* et *Stuart C. B. Gilby*, pour l'intervenante North Slave Métis Alliance.

Version française du jugement rendu par

LA COUR —

I. Introduction

1 Il s'agit en l'espèce de décider si les membres de la communauté métisse de Sault Ste. Marie et des environs de cette ville possèdent un droit constitutionnel de chasser pour se nourrir garanti par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Nous concluons que oui.

2 Le matin du 22 octobre 1993, Steve Powley et son fils Roddy sont partis chasser. Ils ont quitté leur domicile de Sault Ste. Marie et pris la direction du nord. Vers 9 heures, ils ont abattu un orignal mâle près du chemin Old Goulais Bay.

3 En Ontario, la chasse à l'orignal est réglementée de façon stricte. Le ministère des Richesses naturelles (le « MRN ») délivre des cartes Plein air et des

vignettes de validation autorisant leur titulaire à abattre un jeune orignal pendant la saison de chasse. Les personnes désireuses d'abattre un orignal adulte doivent participer au tirage des vignettes de validation les autorisant à chasser un orignal adulte — mâle ou femelle — dans le secteur précisé sur la vignette. Le nombre de vignettes délivrées pendant une saison de chasse est déterminé par les biologistes du MRN, qui évaluent la population d'originaux adultes et le taux de remplacement des individus abattus. Le MRN n'oblige pas les Indiens inscrits à se procurer des vignettes de validation et à respecter les périodes d'interdiction de chasse, et il ne tient pas le compte de la récolte annuelle d'originaux par les Indiens inscrits. (Voir la *Politique provisoire de mise en application des lois sur le droit des autochtones à chasser et à pêcher à des fins alimentaires* du MRN (1991).)

4 Après avoir abattu l'orignal mâle près du chemin Old Goulais Bay, Steve et Roddy Powley l'ont transporté jusqu'à leur résidence à Sault Ste. Marie. Ni l'un ni l'autre ne détenaient de carte Plein air, de permis de chasse à l'orignal valide ou de vignette de validation délivrée par le MRN. Au lieu de ces documents, Steve Powley a fixé à l'oreille de l'animal une étiquette manuscrite indiquant, comme l'exigent les règlements sur la chasse, la date, l'heure et le lieu où celui-ci avait été abattu. Il y a précisé que la bête abattue fournirait de la viande pour l'hiver. Steve Powley a signé l'étiquette et y a inscrit son numéro de membre de l'Ontario Métis and Aboriginal Association.

5 Plus tard le même jour, deux agents de la protection de la nature se sont rendus chez les Powley. Ces derniers leur ont dit qu'ils avaient abattu l'orignal. Une semaine plus tard, les intimés ont été accusés d'avoir illégalement chassé l'orignal et d'avoir sciemment eu en leur possession du gibier ayant été chassé en contravention de la *Loi sur la chasse et la pêche*, L.R.O. 1990, ch. G.1. Ils ont tous deux plaidé non coupable.

6 Les parties s'entendent sur les faits. Les Powley reconnaissent d'emblée avoir abattu un orignal mâle et l'avoir eu en leur possession sans être munis d'un permis de chasse. Ils font cependant valoir que, en tant que Métis, ils possèdent un droit ancestral leur permettant de chasser pour se nourrir dans la région de Sault Ste. Marie et que le gouvernement ontarien ne peut porter atteinte à ce droit sans raison valable. Étant donné que le gouvernement de l'Ontario refuse de reconnaître l'existence de tout droit particulier autorisant les Métis à chasser pour se nourrir, les intimés soutiennent que leur assujettissement aux dispositions de la *Loi sur la chasse et la pêche* applicables à la chasse à l'orignal porte atteinte aux droits que leur garantit le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et que cette atteinte ne peut être justifiée.

7 Le tribunal de première instance, la Cour supérieure de justice et la Cour d'appel ont donné raison aux Powley. Toutes ces juridictions ont conclu que les membres de la communauté métisse de Sault Ste. Marie et des environs de cette ville possèdent un droit ancestral leur permettant de chasser pour se nourrir et que la réglementation ontarienne sur la chasse porte atteinte à ce droit de manière injustifiée. Steve et Roddy Powley ont donc été acquittés des accusations d'avoir illégalement chassé et eu en leur possession un orignal mâle. L'Ontario appelle de ces acquittements.

8 Notre Cour doit décider si l'art. 46 et le par. 47(1) de la *Loi sur la chasse et la pêche*, qui prohibent la chasse à l'orignal sans permis, portent atteinte de manière inconstitutionnelle au droit ancestral de chasser pour se nourrir que leur reconnaîtrait le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

II. Analyse

9 L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* est ainsi rédigé :

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

(2) Dans la présente loi, « peuples autochtones du Canada » s'entend notamment des Indiens, des Inuits et des Métis du Canada.

10 Le mot « Métis » à l'art. 35 ne vise pas toutes les personnes d'ascendance mixte indienne et européenne, mais plutôt les peuples distincts qui, en plus de leur ascendance mixte, possèdent leurs propres coutumes, façons de vivre et identité collective reconnaissables et distinctes de celles de leurs ancêtres indiens ou inuits d'une part et de leurs ancêtres européens d'autre part. Les communautés métisses ont vu le jour et se sont épanouies avant que les Européens ne consolident leur emprise sur le territoire et que l'influence des colons et des institutions politiques du vieux continent ne devienne prédominante. La Commission royale sur les peuples autochtones décrit cette évolution ainsi :

Si des enfants naquirent très rapidement des mariages entre les Indiennes ou les femmes inuit et les Européens marchands de pelleteries et pêcheurs, l'avènement de nouvelles cultures autochtones se fit attendre plus longtemps. Au début, les enfants de ces unions mixtes furent élevés selon la tradition de leur mère ou (moins souvent) selon celle de leur père. Toutefois, peu à peu, des cultures métisses distinctes ont fait leur apparition, nées de la fusion originale du patrimoine des Européens et de celui des Premières nations ou des Inuit. L'économie joua un grand rôle dans ce processus. Les Métis avaient des qualités et des compétences particulières qui firent d'eux des partenaires indispensables dans les associations économiques entre autochtones et non-autochtones, et ce rôle contribua à façonner leur culture. [. . .] En tant qu'interprètes, intermédiaires, guides, messagers, transporteurs, commerçants et fournisseurs, les premiers Métis facilitèrent considérablement la pénétration des Européens en Amérique du Nord.

Les Français appelaient « coureurs des bois » et « bois brûlés » les Métis qui faisaient la traite des fourrures en raison de leurs activités dans les régions sauvages et de leur teint foncé. Les Métis du Labrador (dont la culture

remonte loin dans le temps) étaient appelés *livyers* ou *settlers* — car ils restaient dans les établissements de pêche toute l'année au lieu de regagner périodiquement l'Europe ou Terre-Neuve. Les Cris désignaient les Métis par un terme exprimant un de leurs traits caractéristiques, *Otepayemsuak*, c'est-à-dire les « indépendants ».

(Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones : Perspectives et réalités, vol. 4, p. 225-226 (« Rapport de la CRPA »))

Les Métis se sont forgé des identités distinctes qu'on ne saurait réduire au seul fait de leur ascendance mixte. « Ceux qui se disent Métis se distinguent des autres par leur culture incontestablement métisse » (*Rapport de la CRPA, vol. 4, p. 228*).

11 Les Métis du Canada ont en commun d'avoir créé une culture nouvelle et une identité collective distincte de celles de leurs ancêtres indiens ou inuits d'une part et de leurs ancêtres européens d'autre part. Nous pouvons en conséquence parler de façon générale des « Métis ». Toutefois, en raison tout particulièrement de l'immensité du territoire qui est aujourd'hui le Canada, il ne faut pas se surprendre que différents groupes de Métis possèdent leurs propres caractéristiques et traditions distinctives. Cette diversité au sein des groupes métis permet peut-être de parler de « peuples » métis, possibilité que suggère le passage suivant du texte anglais du par. 35(2) : « *Indian, Inuit and Métis peoples of Canada* ».

12 Nous n'entendons pas énumérer les différents peuples métis qui peuvent exister. Comme les Métis sont expressément mentionnés à l'art. 35, il suffit en l'espèce de s'assurer que les demandeurs appartiennent à une communauté métisse identifiable et possédant un degré de continuité et de stabilité suffisant pour étayer l'existence d'un droit ancestral rattaché à un lieu précis. Une communauté métisse peut être définie comme étant un groupe de Métis ayant une identité collective distinctive, vivant ensemble dans la

même région et partageant un mode de vie commun. En l'espèce, les intimés disent appartenir à la communauté métisse de Sault Ste. Marie et des environs de cette ville. Notre Cour, qui n'a d'ailleurs pas reçu d'observations à ce sujet, n'a pas à décider si cette communauté métisse constitue également un « peuple » métis ou si elle fait partie d'un peuple métis habitant une région plus vaste, par exemple le secteur supérieur des Grands Lacs.

13 C'est sur cette toile de fond historique et culturelle que nous allons examiner la revendication des intimés. Dans notre analyse juridique, nous ferons particulièrement une interprétation téléologique de l'art. 35. L'inclusion des Métis à l'art. 35 traduit un engagement à reconnaître les Métis et à favoriser leur survie en tant que communautés distinctes. L'objet de l'art. 35 et la promesse qu'il exprime consistent à protéger les pratiques qui, historiquement, ont constitué des caractéristiques importantes de ces communautés distinctes et qui continuent aujourd'hui de faire partie intégrante de leur culture métisse.

14 Pour les motifs exposés ci-après, nous confirmons les éléments fondamentaux du critère dégagé dans l'arrêt *Van der Peet* (*R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507), et nous les appliquons à la revendication des intimés. Nous modifions toutefois certains éléments du critère fondé sur l'antériorité au contact avec les Européens pour tenir compte de l'ethnogénèse postérieure au contact et de l'histoire distinctive des Métis, et des différences qui en résultent du point de vue de leurs revendications et de celles des Indiens.

A. *Le critère établi dans Van der Peet*

15 Dans l'arrêt *Van der Peet*, le juge en chef Lamer a formulé la question centrale comme suit au par. 15 : « Comment faut-il s'y prendre pour définir les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*? » S'exprimant pour la majorité, il a écrit ceci, au par. 31 :

[L]e par. 35(1) établit le cadre constitutionnel qui permet de reconnaître que les autochtones vivaient sur le territoire en sociétés distinctives, possédant leurs propres cultures, pratiques et traditions, et de concilier ce fait avec la souveraineté de Sa Majesté. Les droits substantiels visés par cette disposition doivent être définis à la lumière de cet objet. Les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) doivent tendre à concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté.

16 Dans cet arrêt, l'accent mis sur l'occupation antérieure du territoire comme principale justification de la protection spéciale accordée aux droits ancestraux a amené les juges de la majorité à adopter un critère fondé sur l'antériorité au contact avec les Européens pour identifier les coutumes, pratiques ou traditions faisant partie intégrante d'une culture autochtone donnée et bénéficiant, de ce fait, de la protection de la Constitution. Cependant, les juges majoritaires ont reconnu que ce critère pourrait se révéler inadéquat pour reconnaître les coutumes, pratiques ou traditions métisses ayant droit à la même protection, puisque, par définition, les cultures métisses sont postérieures au contact avec les Européens. Pour cette raison, le juge en chef Lamer a expressément indiqué que la question de la définition des droits ancestraux des Métis devrait être réglée à l'occasion d'un autre pourvoi. Voici ce qu'il a dit à cet égard, au par. 67 :

[L]'histoire des Métis et les raisons qui sous-tendent leur inclusion pour qu'ils bénéficient de la protection accordée par l'art. 35 diffèrent considérablement de celles qui concernent les autres peuples autochtones du Canada. Comme telle, la manière dont les droits ancestraux des autres peuples autochtones sont définis n'est pas nécessairement déterminante en ce qui concerne la manière dont sont définis ceux des Métis. Lorsque notre Cour sera saisie d'une revendication présentée par des Métis en vertu de l'art. 35, elle sera alors à même, grâce aux arguments des avocats, du contexte factuel et du fait que la revendication touche spécifiquement les Métis, d'examiner la question des objets qui sous-tendent la protection accordée par l'art. 35 aux droits ancestraux des Métis et de déterminer le genre de revendications qui relèvent du par. 35(1) dans les cas où les demandeurs sont des Métis. Le fait que, en ce qui concerne d'autres peuples autochtones, l'art. 35 protège leurs coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens n'est pas nécessairement pertinent pour ce qui est de la réponse qui sera donnée à cette question.

17 Comme il a été indiqué plus tôt, l'inclusion des Métis à l'art. 35 ne saurait évidemment pas être expliquée par le fait qu'ils auraient occupé le territoire canadien avant le contact avec les Européens. L'objet de l'art. 35 en ce qui concerne les Métis n'est donc pas le même qu'en ce qui concerne les Indiens et les Inuits. Le trait important qui caractérise les Métis du point de vue constitutionnel est leur statut spécial en tant que peuples ayant vu le jour entre le premier contact des Indiens avec les Européens et la mainmise effective de ces derniers sur le territoire. L'inclusion des Métis à l'art. 35 représente l'engagement du Canada à reconnaître et à valoriser les cultures métisses distinctives, cultures qui se sont développées dans des régions n'étant pas encore ouvertes

à la colonisation et qui, comme l'ont reconnu les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ne peuvent survivre que si les Métis bénéficient de la même protection que les autres communautés autochtones.

18 À la lumière de ces considérations, dégageons maintenant le critère approprié pour déterminer les droits dont jouissent les Métis en vertu de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ce critère sera ensuite appliqué aux conclusions de fait du juge du procès. Nous retenons le critère établi dans l'arrêt *Van der Peet* comme base de départ de cette analyse, mais, s'agissant d'une revendication métisse, nous écartons l'accent mis sur l'antériorité au contact avec les Européens, de manière à pouvoir tenir compte des différences importantes qui existent entre les revendications des Indiens et celles des Métis. L'article 35 commande que nous reconnaissons et protégeons les coutumes et traditions qui, historiquement, constituaient des caractéristiques importantes des communautés métisses avant le moment de la mainmise effective des Européens sur le territoire, et qui le sont toujours aujourd'hui. Cette modification s'impose pour tenir compte du fait que les communautés métisses ont vu le jour après le contact avec les Européens et que leurs droits ancestraux ont un fondement postérieur à ce contact.

(1)Qualification du droit

19 La première étape consiste à qualifier le droit revendiqué : *Van der Peet*, précité, par. 76. Les droits de chasse des Autochtones, y compris ceux des Métis, sont contextuels et se rattachent à un lieu en particulier. Les intimés ont abattu un orignal mâle près du chemin Old Goulais Bay, dans les environs de Sault Ste. Marie, dans les territoires de chasse traditionnels de cette communauté métisse. Ils ont pris soin d'établir un document indiquant qu'ils avaient abattu l'animal pour se faire des provisions de viande pour l'hiver. Le juge du procès a conclu qu'ils avaient chassé pour se nourrir, et il n'y a aucune raison d'infirmer cette conclusion. Le droit revendiqué peut donc être qualifié de droit de chasser pour se nourrir dans les environs de Sault Ste. Marie.

20 Nous souscrivons à l'opinion du juge du procès selon laquelle la rareté périodique de l'orignal ne compromet pas en soi la revendication des intimés. Le droit en cause n'est pas le droit de chasser l'orignal, mais celui de chasser pour se nourrir dans le territoire désigné.

(2) Identification de la communauté historique titulaire des droits

21 Le juge du procès a conclu qu'une communauté métisse distincte avait vu le jour dans le secteur supérieur des Grands Lacs au milieu du 17^e siècle et avait atteint son point culminant vers 1850. Ses constatations sur ce point — qui ont été confirmées par la Cour d'appel — ne comportent à notre avis aucune erreur donnant ouverture à révision. Le dossier renferme les données suivantes. Au milieu du 17^e siècle, les Jésuites ont établi une mission à Sainte-Marie-du-Sault, dans une région où la traite des fourrures donnait lieu à une vive concurrence entre les commerçants. En 1750, les Français ont établi, sur la rive sud de la rivière Sainte-Marie, un poste de traite permanent où se sont établis des Métis — les enfants d'unions entre marchands européens et femmes indiennes, et leurs

descendants (A. J. Ray, « An Economic History of the Robinson Treaties Area Before 1860 » (1998) (« rapport Ray »), p. 17). Au début du 19^e siècle, selon M. Ray, [TRADUCTION] « Sault Ste. Marie était l'un des plus anciens et des plus importants [établissements métis] dans le secteur supérieur des Grands Lacs » (rapport Ray, p. 47). À compter de 1821, le poste de Sault Ste. Marie a essentiellement servi d'entrepôt à la Compagnie de la Baie d'Hudson (rapport Ray, p. 51). Bien qu'il ait qualifié de [TRADUCTION] « sommaires » les registres tenus par la compagnie relativement à ce poste (rapport Ray, p. 51), M. Ray a néanmoins été en mesure de broser un tableau de la communauté à partir des documents existants, y compris le journal du commandant Bethune de la Compagnie de la Baie d'Hudson pour les années 1824-1825 et 1827-1828, et le rapport préparé en 1846 par Alexander Vidal, un arpenteur-géomètre du gouvernement (rapport Ray, p. 52-53).

22 Dans son rapport, M. Ray indique que les personnes nommées dans le journal du poste de traite [TRADUCTION] « étaient très majoritairement métisses », et il affirme que le rapport Vidal « brosse un tableau sommaire du taux de croissance de la collectivité et fait ressortir le maintien de la prédominance métisse » (rapport Ray, p. 53). M. Victor P. Lytwyn a dit du rapport Vidal et de la carte l'accompagnant [TRADUCTION] « qu'ils établissaient clairement l'existence d'une communauté métisse distincte et homogène à Sault Ste. Marie » (V. P. Lytwyn, « Historical Report on the Métis Community at Sault Ste. Marie » (1998) (« rapport Lytwyn »), p. 2). M. Ray a ajouté ceci : [TRADUCTION] « Lorsque Vidal s'est rendu dans la région de Sault Ste. Marie, les gens d'ascendance mixte qui y vivaient avaient développé un sentiment identitaire distinctif, et tant les Indiens que les Blancs les considéraient comme un peuple distinct » (rapport Ray, p. 56).

23 Pour établir l'existence d'une communauté métisse susceptible d'appuyer la revendication de droits ancestraux se rattachant à un lieu précis, il faut non seulement apporter des données démographiques pertinentes, mais aussi faire la preuve que le groupe concerné partage des coutumes, des traditions et une identité collective. Nous reconnaissons que, souvent, des groupes de Métis sont sans structures politiques et que leurs membres ne s'identifient pas constamment comme Métis. Toutefois, pour étayer la revendication de droits ancestraux se rattachant à un lieu précis, il faut établir l'existence d'une communauté métisse identifiable, caractérisée par un certain degré de continuité et de stabilité. En l'espèce, nous ne voyons aucune raison d'infirmier la conclusion du juge du procès selon laquelle il existe une communauté métisse historique à Sault Ste. Marie. Cette conclusion est étayée par le dossier et doit être confirmée.

(3) Établissement de l'existence d'une communauté contemporaine titulaire des droits revendiqués

24 Les droits ancestraux sont des droits collectifs : ils doivent être fondés sur l'existence d'une communauté historique toujours vivante et ils ne peuvent être exercés que si la personne qui les revendique appartient à la communauté actuelle, sur le fondement de ses origines ancestrales. Le juge du procès a conclu qu'une communauté métisse continue d'exister à Sault Ste. Marie et dans les environs de cette ville, même si elle est devenue moins visible après la signature du Traité Robinson-Huron en 1850. Bien que nous prenions note de la conclusion du juge du procès selon laquelle, du milieu du 19^e siècle jusqu'aux années 1970, la communauté métisse de Sault Ste. Marie était dans une large mesure devenue une [TRADUCTION] « entité invisible » ([1999] 1 C.N.L.R. 153, par. 80), nous ne considérons pas que cela signifie qu'elle a cessé d'exister ou qu'elle a totalement disparu durant cette période.

25 M. Lytwyn a fait état du maintien d'une communauté métisse à Sault Ste. Marie et dans les environs de cette ville, malgré le départ de nombreux membres de la communauté à la suite des traités de 1850 :

[TRADUCTION] [L]es Métis ont continué d'habiter la région de Sault Ste. Marie. Certains se sont retrouvés dans les réserves indiennes établies en vertu du traité de 1850. D'autres ont vécu en périphérie ou dans des concessions de l'arrière-pays. Les Métis ont continué de vivre à peu près comme avant — s'adonnant à la pêche, à la chasse, au piégeage et à la récolte d'autres ressources pour assurer leur subsistance.

(Rapport Lytwyn, p. 31 (nous soulignons); voir également J. Morrison, « The Robinson Treaties of 1850 : A Case Study », p. 201.)

26 La mainmise des Européens sur la région a donc eu une incidence sur la communauté métisse de Sault Ste. Marie et sur ses pratiques traditionnelles, sans toutefois faire disparaître cette communauté, comme en témoignent les données des recensements effectués de 1860 à 1890. M. Lytwyn a conclu de ces données que, [TRADUCTION] « bien qu'ayant perdu une grande partie de leur assise territoriale traditionnelle à Sault Ste. Marie, les Métis sont demeurés dans la région et ont assuré leur subsistance grâce aux produits de la terre et des eaux » (rapport Lytwyn, p. 32). Il a également relevé une tendance à sous-estimer le nombre de Métis et un manque d'information à leur sujet, phénomènes imputables au fait que les Métis avaient été [TRADUCTION] « refoulés à la périphérie de la ville » et « se montraient peu enclins à s'identifier comme Métis » à cause des rébellions de Riel et du fait que, en raison des mesures gouvernementales et des reportages des médias, l'opinion publique ontarienne était devenue hostile à la reconnaissance de leurs droits (rapport Lytwyn, p. 33).

27 Nous concluons que la preuve appuie la constatation du juge du procès selon laquelle l'absence de visibilité de la communauté a été expliquée et ne fait pas obstacle à l'existence de la communauté actuelle. Il n'y a jamais eu de rupture dans la continuité; la communauté métisse s'est, si l'on peut dire, faite discrète, mais elle a néanmoins continué d'exister. Qui plus est, comme on l'indique plus loin, la condition de « continuité » s'attache au maintien des pratiques des membres de la communauté, plutôt qu'à la communauté elle-même de façon plus générale.

28 La conclusion du juge du procès suivant laquelle il existe une communauté métisse aujourd'hui à Sault Ste. Marie et aux environs de cette ville est étayée par la preuve et doit être confirmée.

(4) Vérification de l'appartenance du demandeur à la communauté actuelle concernée

29 Déterminer l'appartenance à la communauté métisse n'est peut-être pas aussi simple que vérifier, par exemple, l'appartenance à une bande indienne, mais les Métis n'en demeurent pas moins des titulaires de droits à part entière. Étant donné que les communautés métisses continuent de s'organiser plus formellement et de revendiquer leurs droits constitutionnels, il est essentiel que les conditions d'appartenance aux communautés deviennent plus uniformes, de façon à permettre l'identification des titulaires de droits. Dans l'intervalle, les tribunaux saisis de revendications émanant de Métis devront statuer au cas par cas sur la question de l'identité. L'examen doit tenir compte à la fois de la manière dont la communauté se définit et de la nécessité que l'identité puisse se vérifier objectivement. De plus, les critères de détermination de l'identité métisse pour l'application de l'art. 35 doivent refléter l'objet de la garantie constitutionnelle prévue par cette disposition : reconnaître et confirmer les droits que détiennent les Métis du fait qu'ils sont des descendants directs des premiers habitants du pays et du fait de la continuité entre leurs coutumes et traditions et celles de leurs ancêtres métis. Il ne s'agit pas d'une tâche insurmontable.

30 Nous tenons à souligner qu'on ne nous a pas demandé — et que nous n'avons pas l'intention d'établir — une définition exhaustive de l'identité métisse aux fins de présentation des revendications fondées sur l'art. 35. Nous allons en conséquence nous contenter d'indiquer les éléments importants d'une future définition, mais nous affirmons néanmoins qu'il est urgent d'établir des critères d'appartenance appropriés avant que ne surviennent des différends. De façon générale, nous sommes enclins à faire nôtre la démarche proposée par les juges Vaillancourt et O'Neill des juridictions inférieures. Plus

particulièrement, nous retenons les trois facteurs principaux suivants comme indices tendant à établir l'identité métisse dans le cadre d'une revendication fondée sur l'art. 35 : auto-identification, liens ancestraux et acceptation par la communauté.

31 Premièrement, le demandeur doit s'identifier comme membre de la communauté métisse. Cette auto-identification ne doit pas être récente : en effet, bien qu'il ne soit pas nécessaire que l'auto-identification soit constante ou monolithique, les revendications présentées tardivement, dans le but de tirer avantage d'un droit visé à l'art. 35, ne seront pas considérées conformes à la condition relative à l'auto-identification.

32 Deuxièmement, le demandeur doit faire la preuve de l'existence de liens ancestraux avec une communauté métisse historique. Cette exigence objective garantit que les bénéficiaires des droits protégés par l'art. 35 possèdent un lien réel avec la communauté historique dont les pratiques fondent le droit revendiqué. Nous n'exigerions pas la preuve de « liens du sang » minimums, mais plutôt la preuve que les ancêtres du demandeur appartenaient, par naissance, adoption ou autrement, à la communauté métisse historique. À l'instar du juge du procès, nous nous abstenons de préciser davantage cette condition en l'absence de l'argumentation élaborée que présenteraient les parties dans une affaire où cette question serait déterminante. En l'espèce, les origines métisses des Powley ne sont pas contestées.

33 Troisièmement, le demandeur doit prouver qu'il est accepté par la communauté actuelle dont la continuité avec la communauté historique constitue le fondement juridique du droit revendiqué. L'appartenance à une organisation politique métisse peut se révéler pertinente à cet égard, mais elle ne suffit pas en l'absence de

données contextuelles sur les conditions d'adhésion à l'entité et sur le rôle que joue cette dernière au sein de la communauté métisse. L'élément central du critère de l'acceptation par la communauté est la participation, passée et présente, à une culture commune, à des coutumes et traditions qui constituent l'identité de la communauté métisse et qui la distinguent d'autres groupes. Voilà en quoi consiste le critère de l'appartenance à la communauté. La participation aux activités de la communauté et le témoignage d'autres membres sur les liens du demandeur avec la communauté et sa culture peuvent également s'avérer des indices de l'acceptation par la communauté. La diversité des formes de preuve acceptables ne réduit pas le besoin de démontrer objectivement l'existence, entre le demandeur et d'autres membres de la communauté titulaire des droits, d'un lien solide formé d'une identification mutuelle présente et passée et d'un sentiment commun d'appartenance.

34 Il importe de se rappeler que, indépendamment des critères d'appartenance établis par la communauté contemporaine, seuls les membres possédant des liens ancestraux démontrables avec la communauté historique peuvent revendiquer un droit protégé par l'art. 35. Il est donc crucial de vérifier l'appartenance à la communauté, puisqu'un individu n'est admis à exercer des droits ancestraux métis que sur le fondement de ses liens ancestraux avec une communauté métisse et que s'il appartient à cette dernière.

35 Il n'y a aucune raison, en l'espèce, d'infirmer la conclusion du juge du procès selon laquelle les Powley sont membres de la communauté métisse qui a vu le jour à Sault Ste. Marie et dans les environs de cette ville et qui y existe encore. Tout comme la Cour d'appel, nous estimons que, eu égard aux circonstances de la présente affaire, le fait que les ancêtres des Powley ont vécu dans une réserve indienne pendant un certain temps

n'enlève pas à ces derniers leur identité métisse. Comme l'a indiqué la Cour d'appel, [TRADUCTION] « E.B. Borron, qui a été mandaté par la province en 1891 pour préparer un rapport sur les rentes versées aux Métis, était d'avis que les Métis qui avaient reçu des avantages prévus par traité demeuraient des Métis et il a recommandé qu'on retire leurs noms des listes des bénéficiaires des rentes prévues par traité » ((2001), 53 O.R. (3d) 35, par. 139, le juge Sharpe). Nous soulignons que la décision — de nature individuelle — des ancêtres d'un Métis de se prévaloir des avantages prévus par un traité n'exclut pas nécessairement la faculté de cette personne de revendiquer des droits reconnus aux Métis. La réponse à cette question dépendra en partie de celle de savoir s'il y a eu adhésion collective par la communauté métisse concernée à ce traité. Compte tenu des éléments au dossier, il était loisible au juge du procès de conclure que les droits des ancêtres des Powley ne s'étaient pas fondus à ceux de la bande indienne.

(5) Détermination de la période pertinente

36 Comme nous l'avons indiqué plus tôt, l'élément d'antériorité au contact avec les Européens prévu par le critère établi dans l'arrêt *Van der Peet* doit être adapté pour tenir compte, d'une part, de l'ethnogénèse des Métis, qui est postérieure au contact, et, d'autre part, de l'objet de l'art. 35, qui consiste à protéger les coutumes et traditions importantes de ces peuples distincts. Bien que l'occupation du territoire, antérieurement au contact avec les Européens, permet de fonder les revendications de droits ancestraux par les Inuits et les Indiens, la reconnaissance des droits des Métis à l'art. 35 ne saurait dépendre uniquement des origines indiennes de ces personnes. La situation particulière des Métis en tant que peuple autochtone ayant des origines postérieures au contact avec les Européens exige l'adaptation du critère de l'antériorité au contact pour tenir compte des circonstances historiques distinctives de l'évolution des communautés métisses.

37 Le critère de l'antériorité au contact avec les Européens dégagé dans l'arrêt *Van der Peet* s'appuie sur la confirmation, dans la Constitution, que les communautés autochtones ont le droit de maintenir les coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante de leur mode de vie distinctif ou de leurs rapports avec le territoire. Par analogie, le critère applicable aux Métis doit permettre de déterminer les coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante du mode de vie distinctif de la communauté métisse et de ses rapports avec le territoire. Pour tenir compte de l'histoire particulière des Métis, il convient d'appliquer un critère qui est fondé sur la postériorité au contact et l'antériorité à la mainmise sur le territoire et qui prend en compte le moment où les Européens ont effectivement établi leur domination politique et juridique dans une région donnée. Il faut donc s'attacher à la période qui a suivi la naissance d'une communauté métisse donnée et qui a précédé son assujettissement aux lois et coutumes européennes. Ce critère de l'antériorité à la mainmise effective des Européens sur le territoire permet de reconnaître les coutumes, pratiques et traditions qui sont antérieures à cet assujettissement.

38 Nous rejetons l'argument de l'appelante selon lequel les droits des Métis doivent tirer leur origine des pratiques de leurs ancêtres autochtones qui sont antérieures au contact avec les Européens. L'application de cette thèse aurait pour effet de nier aux Métis leur pleine qualité de peuples distincts, titulaires de droits et dont les pratiques qui font partie intégrante de leur culture bénéficient de la protection constitutionnelle prévue par le par. 35(1). Le droit revendiqué en l'espèce constituait une pratique tant des Ojibway que des Métis. Toutefois, si elle est distinctive et faisait partie intégrante du mode de vie de la communauté métisse avant la mainmise européenne sur le territoire, la pratique fondant le droit satisfait à ce volet du critère. Ce résultat découle de l'impératif

constitutionnel requérant que nous reconnaissons et confirmons les droits ancestraux des Métis, personnes dont les origines sont postérieures au contact initial avec les Européens.

39 Pour appliquer le critère de l'antériorité à la mainmise européenne sur le territoire, il nous faut examiner les conclusions du juge du procès relativement au moment où les Européens ont imposé leur domination dans la région de Sault Ste. Marie. Bien que clairement présents dans le secteur supérieur des Grands Lacs dès le début de l'exploration du territoire, les Européens décourageaient en fait la colonisation de cette région. J. Peterson donne les explications suivantes :

[TRADUCTION] À l'exception de Detroit, de Kaskaskia et de Cahokia, l'administration coloniale française n'a établi aucune collectivité agricole dans la région des Grands Lacs. Après 1763, partiellement en raison du mouvement de résistance observé dans l'ensemble de la région et connu sous le nom de la rébellion de Pontiac, les Britanniques ont également découragé la colonisation à l'ouest du lac Ontario. Cette politique reposait principalement sur la volonté de maintenir la paix dans la région et de monopoliser les profits tirés du commerce avec les Indiens des Grands Lacs. Le fait d'encourager simultanément la venue d'agriculteurs blancs aurait compromis l'alliance diplomatique avec les Autochtones héritée des Français et modifié le ratio entre humains et animaux dans ce territoire, grevant ainsi les ressources en gibiers à fourrure de la région.

(J. Peterson, « Many roads to Red River : Métis genesis in the Great Lakes region, 1680-1815 », dans *The New Peoples : Being and Becoming Métis in North America* (1985), 37, p. 40)

Cette politique a changé au milieu du 19^e siècle, avec l'évolution des plans et des besoins économiques des Britanniques. Ces derniers ont envoyé William B. Robinson négocier des traités avec les tribus indiennes des régions du lac Huron et du lac Supérieur. L'un de ses objectifs en tant que commissaire chargé de la négociation de traités était l'obtention de terres pour l'exploitation minière, l'exploitation forestière et d'autres activités de mise en valeur du territoire, y compris l'établissement d'une ville à Sault Ste. Marie (rapport Lytwyn, *op. cit.*, p. 29).

40 Il ressort de la preuve historique que la communauté métisse de Sault Ste. Marie s'est développée, et ce largement sans être touchée par les lois et coutumes européennes, jusqu'à ce que la politique coloniale décourageant la colonisation soit remplacée au milieu du 19^e siècle par une autre qui favorisait la négociation de traités et encourageait la colonisation. Le juge du procès a tiré la conclusion suivante, qu'ont acceptée les parties dans leurs plaidoiries écrites devant les tribunaux inférieurs : [TRADUCTION] « la maîtrise effective [du secteur supérieur des Grands Lacs] est passée des peuples autochtones de la région (Ojibway et Métis) aux Européens » entre 1815 et 1850 (par. 90). Le dossier permet pleinement de conclure que la période tout juste avant 1850 est le moment de la mainmise effective des Européens sur cette région, moment que la Couronne a reconnu être la date pertinente dans ses plaidoiries écrites devant les juridictions inférieures.

(6) La pratique faisait-elle partie intégrante de la culture distinctive du demandeur?

41 La pratique de la chasse et de la pêche de subsistance était une constante au sein de la communauté métisse, même si certaines des espèces chassées ou pêchées ont pu connaître un déclin. Selon la preuve, la chasse de subsistance était un aspect important de la vie des Métis et une caractéristique déterminante de leurs rapports particuliers avec le territoire (Peterson, *loc. cit.*, p. 41; rapport Lytwyn, *op. cit.*, p. 6). Les Métis tiraient dans une large mesure leur subsistance de la pratique en litige dans la présente affaire, à savoir le fait de chasser pour se nourrir.

42 Peterson décrit ainsi les communautés métisses des Grands Lacs (à la p. 41) :

[TRADUCTION] Ces gens n'étaient ni des membres par association des tribus indiennes ni des porte-étendards de la civilisation européenne dans les contrées sauvages. De plus en plus, ils se sont distingués des deux autres groupes ou, pour être plus précis, ils se sont taillés une place entre les deux. Une fois les dernières luttes pour l'empire terminées en 1815, leurs villes, qui se distinguaient visuellement, ethniquement et culturellement des villages indiens avoisinants et des « villes blanches » situées le long du littoral est, s'étendaient de Detroit et Michilimackinac à l'est jusqu'à la rivière Rouge au nord-ouest.

...

... [L]es résidants [de ces communautés commerçantes] [. . .] basaient leur subsistance sur l'exploitation des ressources locales plutôt que sur l'importation de produits européens [. . .] Ces villes se sont développées sous l'impulsion des descendants de commerçants canadiens et de femmes indiennes, qui y occupaient une place de plus en plus dominante. Une fois majeurs, ces descendants se sont mariés entre eux et ont donné naissance à des générations successives de Métis. Dans les deux cas, ces communautés n'étaient pas le prolongement de la culture coloniale d'abord française, ensuite britannique, mais résultaient plutôt d'« adaptation[s] à l'environnement du secteur supérieur des Grands Lacs ». [Nous soulignons.]

43 Dans son rapport, M. Ray a signalé qu'une caractéristique fondamentale des communautés métisses était que [TRADUCTION] « leurs membres tiraient pour une large part leur subsistance de l'exploitation des ressources du territoire » (rapport Ray, *op. cit.*, p. 56 (soulignement supprimé)). M. Lytwyn a exprimé la même opinion : [TRADUCTION] « Les Métis de Sault Ste. Marie vivaient des ressources du territoire. Ils tiraient leur subsistance de la chasse, de la pêche, de la cueillette et de l'agriculture » (rapport Lytwyn, p. 2). Ce dernier a ajouté que : [TRADUCTION] « [b]ien que la pêche occupe une place prédominante dans les récits écrits, les Métis assuraient une part importante de leur subsistance au moyen de la chasse » et « [l]a région de Goulais Bay était un lieu traditionnel de chasse hivernale pour les Métis de Sault Ste. Marie » (rapport Lytwyn, p. 4-5). Il a en outre donné les précisions suivantes (à la p. 6) :

[TRADUCTION] Au milieu du 19^e siècle, le mode de vie métis comportait de nombreuses activités d'exploitation des ressources. Ces activités, particulièrement la chasse et le piégeage, étaient exercées dans les territoires traditionnels de l'arrière-pays de Sault Ste. Marie. Les Métis se livraient à ces activités depuis des générations et, à la veille des traités de 1850, la chasse, la pêche, le piégeage et la cueillette faisaient partie intégrante du mode de vie de la communauté métisse de Sault Ste. Marie.

44 Ces éléments de preuve appuient la conclusion du juge du procès selon laquelle la pratique de la chasse pour se nourrir faisait partie intégrante du mode de vie des Métis de Sault Ste. Marie juste avant 1850.

(7) Établissement de la continuité entre la pratique historique et le droit contemporain revendiqué

45 Bien que l'art. 35 protège les droits « existants », il ne constitue pas une simple codification de la common law. Cette disposition exprime une nouvelle promesse : en l'occurrence un engagement constitutionnel à protéger les pratiques qui, historiquement, étaient des caractéristiques importantes du mode de vie des communautés autochtones concernées. Une certaine marge de manœuvre pourrait être requise pour permettre aux pratiques autochtones d'évoluer et de se développer avec le temps, mais il n'est pas nécessaire de définir cette marge de manœuvre en l'espèce, ou d'y recourir. La pratique de la chasse pour se nourrir était une caractéristique importante de la communauté métisse de Sault Ste. Marie et elle n'a pas cessé de l'être. Steve et Roddy Powley revendiquent le droit ancestral des Métis de chasser pour se nourrir. Le droit invoqué respecte parfaitement les limites de la pratique historique qui fonde le droit.

(8) Y a-t-il eu ou non extinction du droit revendiqué?

46 La doctrine de l'extinction des droits s'applique tout autant aux revendications des Métis qu'à celles des Premières Nations. Comme a conclu le juge du procès, il n'y a aucune preuve d'extinction en l'espèce. L'argument de la Couronne selon lequel il y aurait eu extinction se fonde en grande partie sur le Traité Robinson-Huron de 1850, dont les Métis, en tant que groupe, ont été explicitement exclus.

(9) Si le droit revendiqué existe, y a-t-on porté atteinte?

47 À l'heure actuelle, l'Ontario ne reconnaît pas aux Métis le droit de chasser pour se nourrir ni quelque autre [TRADUCTION] « droit spécial aux ressources naturelles » (dossier de l'appelante, p. 1029). Cette absence de reconnaissance et l'application aux Powley des dispositions réglementaires contestées portent atteinte au droit ancestral de ces personnes de chasser pour se nourrir, droit qui découle des pratiques historiques protégées de la communauté métisse de Sault Ste. Marie.

(10) L'atteinte est-elle justifiée?

48 La conservation de la faune est la principale justification avancée par l'appelante. Quoiqu'il s'agisse d'une considération très importante, à l'instar du juge du procès, nous estimons que le dossier n'étaye pas cette justification en l'espèce. Si la population d'originaux dans cette région de l'Ontario était menacée — ce qui n'a pas été établi —, les Métis disposeraient néanmoins d'un droit de chasse prioritaire pour assurer leur subsistance conformément aux critères établis dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990]

1 R.C.S. 1075. Bien que des mesures préventives puissent s'imposer dans le futur aux fins de conservation de l'espèce, on ne nous a pas présenté d'éléments de preuve justifiant de telles mesures dans la présente affaire. Les autorités ontariennes pourront au besoin faire valoir la nécessité de réglementer le droit ancestral de chasser l'original pour se nourrir. Compte tenu de la preuve au dossier et du système actuel de délivrance de permis de chasse, le refus général de l'Ontario d'accorder aux Métis quelque droit que ce soit de chasser pour se nourrir ne peut être justifié.

49 Pour justifier l'atteinte, l'appelante fait valoir un autre argument, à savoir qu'il serait difficile d'identifier les Métis. Comme il a été expliqué plus tôt, l'identité métisse d'un demandeur doit être déterminée à partir d'une preuve fondée sur l'auto-identification comme Métis, l'existence de liens ancestraux et l'acceptation de l'intéressé par la communauté. Il est urgent que soit établie, aux fins d'application des règlements sur la chasse, une méthode d'identification plus systématique des titulaires de droits métis. Cela dit, il ne faut pas exagérer la difficulté d'identifier les membres de la communauté métisse pour justifier de leur refuser les droits que leur garantit la Constitution du Canada.

50 Bien que notre conclusion selon laquelle le droit des Métis de chasser pour se nourrir ne vise pas une espèce en particulier, la preuve avancée pour justifier l'atteinte se rapporte essentiellement à la population d'originaux en Ontario. La justification des règlements relatifs à la chasse d'autres espèces exigera des éléments de preuve se rapportant à ces autres espèces. Dans l'immédiat, les droits de chasse des Métis devraient correspondre à ceux des Ojibway pour ce qui est des restrictions applicables aux fins de conservation et d'exploitation prioritaire lorsque des espèces menacées sont en cause. À long terme, la tenue de négociations ainsi que des décisions judiciaires qui seront rendues sur la question permettront de délimiter plus clairement le droit de chasser des Métis, que

nous reconnaissons comme un élément des rapports particuliers qu'entretiennent les Autochtones avec le territoire.

B. *La demande de sursis d'exécution*

51 En ce qui concerne le pourvoi incident, nous estimons que la Cour d'appel avait compétence pour surseoir à la prise d'effet de sa décision dans les circonstances. Ce pouvoir doit être exercé uniquement dans les cas exceptionnels où le tribunal de droit commun est d'avis que le fait de donner effet immédiat à une ordonnance ira à l'encontre de l'objet même de cette ordonnance ou compromettra par ailleurs la primauté du droit : *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721. Nous tenons à signaler que l'acquiescement des Powley serait demeuré valide malgré le sursis d'exécution. La Cour d'appel avait toutefois le pouvoir discrétionnaire de suspendre l'application de son ordonnance aux autres membres de la communauté métisse afin de favoriser la recherche de solutions communes et d'éviter que, dans l'intervalle, la ressource ne s'épuise et que le droit ne perde ainsi toute sa valeur.

52 Le sursis initial a expiré le 23 février 2002 et plus d'un an s'est écoulé depuis. La décision de la Cour d'appel est le droit applicable en Ontario depuis cette date et elle ne semble pas avoir plongé la province dans le chaos. Nous ne voyons aucune raison impérieuse d'ordonner un sursis d'exécution additionnel. Nous tenons par ailleurs à souligner qu'il est particulièrement important de faire valoir des raisons manifestes pour justifier le sursis demandé dans les cas où une telle mesure aura pour effet de suspendre la reconnaissance d'un droit qui, comme en l'espèce, confère un moyen de défense à une accusation criminelle.

III. Conclusion

53 Les membres de la communauté métisse de Sault Ste. Marie et des environs de cette ville possèdent un droit ancestral de chasser pour se nourrir garanti par le par. 35(1). Ils ont établi l'existence de ce droit en satisfaisant aux conditions prévues par le critère établi dans l'arrêt *Van der Peet*, critère qui a été modifié pour tenir compte de l'objectif particulier de protection des Métis que vise l'art. 35.

54 Le pourvoi est rejeté avec dépens en faveur des intimés. Le pourvoi incident est rejeté.

55 La question constitutionnelle reçoit la réponse suivante :

L'article 46 et le par. 47(1) de la *Loi sur la chasse et la pêche*, L.R.O. 1990, ch. G.1, en vigueur le 22 octobre 1993, sont-ils, dans les circonstances de l'espèce, sans effet à l'égard des intimés, des Métis, en raison des droits ancestraux qu'ils possèdent en vertu de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse : Oui.

ANNEXE

Dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

Loi sur la chasse et la pêche, L.R.O. 1990, ch. G.1, art. 46 et par. 47(1)

46 Nul ne doit avoir sciemment en sa possession du gibier qui a été chassé en contravention à la présente loi ou aux règlements.

47 (1) Sauf avec un permis et pendant les périodes, aux conditions et dans les parties de l'Ontario prescrites dans les règlements, nul ne doit chasser l'ours noir, l'ours blanc, le caribou, le chevreuil, l'élan ou l'orignal.

Loi constitutionnelle de 1982

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

(2) Dans la présente loi, « peuples autochtones du Canada » s'entend notamment des Indiens, des Inuits et des Métis du Canada.

Pourvoi rejeté avec dépens. Pourvoi incident rejeté.

Procureur de l'appelante/intimée au pourvoi incident : Ministère du Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs des intimés/appelants au pourvoi incident : Pape & Salter, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Sous-procureur général de la Saskatchewan, Regina.

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

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

Procureurs de l'intervenante Labrador Métis Nation : Burchell Green Hayman Parish, Halifax.

Procureur de l'intervenant le Congrès des peuples autochtones : Joseph Eliot Magnet, Ottawa.

Procureur des intervenants le Ralliement national des Métis et Métis Nation of Ontario : Ralliement national des Métis, Ottawa.

Procureur de l'intervenante B.C. Fisheries Survival Coalition : J. Keith Lowes, Vancouver.

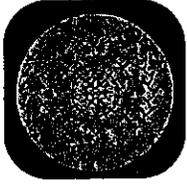
Procureur de l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. : Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Toronto.

Procureur de l'intervenante Ontario Métis and Aboriginal Association : Robert MacRae, Sault Ste. Marie.

Procureurs de l'intervenante Ontario Federation of Anglers and Hunters : Danson, Recht & Voudouris, Toronto.

Procureur de l'intervenant le chef métis Roy E. J. DeLaRonde, au nom de la Red Sky Métis Independent Nation : Alan Pratt, Dunrobin, Ontario.

Procureurs de l'intervenante North Slave Métis Alliance : Chamberlain Hutchison, Edmonton; Burchell Green Hayman Parish, Halifax.



Les droits ancestraux des Métis et la mainmise effective des Européens sur le territoire québécois

**Geneviève
Motard**

Faculté de droit,
Université Laval,
Québec

L'AFFAIRE CORNEAU entendue en Cour supérieure du Québec et le litige opposant Robert Oakes à la Ville de Pohénégamook portaient, pour la première fois, la question des droits constitutionnels des Métis devant les tribunaux du Québec. Les revendications de droits ancestraux par les Métis ou des groupes ayant pour mission de les représenter ont en outre pour conséquence d'interpeller l'autorité étatique sur le territoire. Ainsi, dans l'affaire opposant le Procureur général du Québec à Ghislain Corneau, celui-ci invoquait ses droits ancestraux protégés par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* [ci-après LC 1982]¹ afin de maintenir un camp de chasse sans acquitter les montants fiscaux réclamés. Dans l'affaire *Oakes*, le prélèvement des taxes municipales était contesté sur la base d'un titre aborigène.

Outre la contestation de l'autorité étatique, ces actions ont aussi des conséquences importantes pour les communautés des premières nations et des Inuits qui revendiquent des droits ancestraux sur le territoire, comme le démontre l'intervention agressive de la Communauté métisse du Domaine du Roy et de la Seigneurie de Mingan [ci-après Communauté du Domaine] dans le litige opposant la première nation innue de Pessamit à la Compagnie Kruger et aux gouvernements du Québec et du Canada au sujet de l'exploitation forestière de l'île René-Levasseur. En effet, la Communauté du Domaine prétend être titulaire d'un titre aborigène conjoint sur le territoire revendiqué par les

Innus et, ce faisant, menace l'exclusivité du titre aborigène innu sur une partie du Nitassinan.

La première difficulté rencontrée par la Communauté du Domaine, à l'instar des autres groupes déclarant représenter les Métis, est de se voir reconnaître par les entités étatiques en tant que « peuple autochtone », tel que cela est entendu au paragraphe 35(2) LC 1982. C'est en 2003 que, dans l'arrêt *R. c. Powley*, la Cour suprême du Canada a précisé la portée de ce paragraphe. Or, tant les entités étatiques que les représentants des Métis font appel aux principes élaborés dans la décision *Powley* afin de trancher la question de l'appartenance à un peuple autochtone².

Dans cette affaire, Steve Powley et Roddy Charles Powley sont tous les deux accusés d'avoir chassé l'original sans permis et d'avoir sciemment possédé du gibier illégalement en contravention de l'article 46 et du paragraphe 47(1) de la *Loi sur la chasse et la pêche* de l'Ontario. Ils invoquent en défense leur statut de Métis et les droits ancestraux qui y sont rattachés. En première instance, le juge de la division provinciale de la Cour de l'Ontario acquitte les accusés puisque le paragraphe 35(1) LC 1982 garantit aux membres de la communauté métisse de Sault Ste. Marie un droit ancestral de chasse à des fins alimentaires auquel la *Loi sur la chasse et la pêche* de l'Ontario porte atteinte de manière injustifiée³. Siégeant en appel, la Cour supérieure de justice, la Cour d'appel de l'Ontario et la Cour suprême du Canada ont, tour à tour, confirmé ce verdict.

C

C

C

Dans sa décision, la Cour suprême a conclu que seule une communauté métisse contemporaine liée à une communauté métisse historique pouvait être titulaire de droits ancestraux au sens du paragraphe 35(1) LC 1982. Dans le cas des revendications de droits ancestraux qui prennent la forme d'activités traditionnelles, la période de la mainmise effective des Européens sert à distinguer les communautés métisses qui répondent au critère d'historicité (R. c. *Powley* 2003 : paragr. 37). En outre, l'identification de cette période sert à déterminer les activités qui ont un caractère ancestral et distinctif. Parallèlement, dans le cas de la revendication d'un titre aborigène métis, ce sera plutôt le moment de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne qui devra être évalué par les tribunaux. En ce sens, le critère de l'historicité occupe une place de choix pour la reconnaissance des droits des Métis ; le défaut de démontrer que la communauté contemporaine a un lien avec une communauté métisse historique entraîne pour ses membres l'impossibilité de se voir reconnaître quelque droit ancestral que ce soit par un tribunal et constitue pour les Métis un fardeau supplémentaire dans la recherche de réponses politiques négociées.

C'est pourquoi il nous a semblé pertinent de faire ressortir les grands traits du critère de la mainmise effective, tel qu'il a été appliqué par les tribunaux à la suite de l'arrêt *Powley*. L'objectif visé par ce texte est de présenter l'état actuel de la jurisprudence afin de dégager des indicateurs factuels à partir desquels les tribunaux ont fixé la date de la mainmise effective des Européens dans une région donnée. Les conclusions présentées ici sont toutefois limitées par le nombre restreint de décisions qui appliquent et explicitent ce critère et par le fait qu'aucune décision n'a encore été rendue au Québec à ce sujet.

LA NATURE DES DROITS ET L'ÉLABORATION DES CRITÈRES JURIDIQUES

L'arrêt R. c. *Sparrow*, rendu en 1990 par la Cour suprême du Canada, marque le début d'un développement jurisprudentiel visant à circonscrire la portée des droits ancestraux des peuples autochtones au Québec et au Canada, tels qu'ils ont été enchâssés au paragraphe 35(1) LC 1982. Bien que cet arrêt énonce un test de justification permettant aux gouvernements de porter atteinte aux droits ancestraux, aucune définition juridique de cette notion n'en ressort. Il faudra attendre les arrêts R. c. *Van der Peet* et *Delgamuukw* c. *Colombie-Britannique* (tel que modifié en 2005 par l'arrêt R. c. *Marshall*, R. c. *Bernard*) pour comprendre la nature et l'étendue des droits.

Tout d'abord, une distinction s'impose entre les droits ancestraux et les droits issus de traités. D'une part, les droits issus de traités sont issus de « contrats » *sui generis* qui ont été conclus entre les peuples autochtones et la Couronne. La valeur juridique de ces contrats dépasse celle du contrat privé, mais n'a pas non plus la valeur d'un traité international. Au sens de la Constitution, seront par exemple considérés comme des traités les traités de paix, d'amitié et de cession ainsi que tout autre document confirmant l'engagement entre l'État et un peuple autochtone et dont l'objet porte sur les droits collectifs de celui-ci (Grammond 2003 : 251). L'interprétation d'un traité historique par les tribunaux devra respecter les objectifs poursuivis par les parties lors de la conclusion du traité (voir R. c. *Marshall*, R. c. *Bernard*). D'autre part, les droits ancestraux sont des droits qui proviennent de la présence même des nations autochtones et de leurs cultures. Il s'agit en fait du moyen de concilier l'occupation du territoire par les sociétés autochtones et par la Couronne.

Comme le rappelle la Cour suprême dans l'arrêt R. c. *Marshall*, R. c. *Bernard*, il existe une grande diversité de droits ancestraux. Dans l'état actuel du droit, les droits ancestraux sont reconnus sous deux formes : 1) activités traditionnelles et 2) titre aborigène⁴. Or, la nature des droits en cause déterminera les règles juridiques applicables dans un cas donné.

LES ACTIVITÉS TRADITIONNELLES

Dans ce premier cas de figure, le droit protégé est une activité, coutume ou tradition distinctive. Sous cette forme, la reconnaissance d'un droit ancestral permet au groupe qui en est détenteur de définir la manière de l'exercer, le moment et, dans une certaine mesure, le lieu de son exercice. Toutefois, seules les activités faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit seront protégées par la Constitution (R. c. *Van der Peet* 1996 : paragr. 44-46). D'entrée de jeu, il appartient au tribunal de cerner la revendication de la partie autochtone et à celle-ci d'en faire la démonstration. Pour ce faire, la partie autochtone devra établir que la coutume, pratique ou tradition a, pour elle, une importance fondamentale. Ainsi, seules les activités, coutumes et traditions qui « véritablement faisai[en]t de la société ce qu'elle était » seront protégées par la Constitution, ce qui exclut les activités communes à toutes les sociétés, les activités exercées occasionnellement et celles qui possèdent un caractère secondaire (R. c. *Van der Peet* 1996 : paragr. 55-56). Ensuite, la partie autochtone devra démontrer que les activités en cause marquent la continuité avec celles qui étaient exercées avant le contact avec les Européens. Puisque, de l'avis des tribunaux, la présence antérieure des peuples autochtones sous-tend l'enchéassement constitutionnel de leurs droits, ce caractère doit se refléter par la nature même des droits et, par conséquent, dans les critères qui les définissent. En d'autres mots, l'antériorité de l'occupation autochtone est une composante même du droit ancestral revendiqué et cette antériorité doit être prouvée au tribunal. Or, juridiquement, l'antériorité s'est traduite par le moment du contact entre les Européens et les premières nations ou les Inuits. C'est par conséquent ce moment qui devra être ciblé et démontré au tribunal. Pour la Cour suprême, « il suffit que cette preuve tende à démontrer lesquels des aspects de la collectivité et de la société autochtones datent d'avant le contact avec les Européens » (R. c. *Van der Peet* 1996 : 555). En établissant ce critère, les tribunaux cherchent donc à identifier les activités qui ont un caractère ancestral ou traditionnel, tentant ainsi de cerner les activités protégées qui sont par leur nature même « autochtones » et les activités non protégées en raison de leur origine européenne. Cette approche soustrait de la protection constitutionnelle toute activité d'origine européenne.

LE TITRE ABORIGÈNE

Dans ce deuxième cas de figure, le titre aborigène, un droit foncier, comprend le droit à la terre et à ses ressources. Il permet à la communauté qui en est titulaire de décider de l'usage de la terre et des ressources. Cet usage doit cependant être conforme avec la nature du titre aborigène. Pour en démontrer l'existence au tribunal, la partie autochtone devra établir que la communauté dont elle fait partie a occupé exclusivement le territoire revendiqué au moment de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne sur ce territoire. L'exclusivité du contrôle est encadrée par les règles de *common law*.

Le choix de périodes différentes pour établir les droits ancestraux prenant la forme d'une activité traditionnelle ou

C

C

C

d'un titre aborigène s'explique par la nature même de ces droits. La plus haute juridiction précise en effet que le critère de l'affirmation de la souveraineté est relié à la charge qu'impose le titre aborigène sur les droits de propriété de la Couronne. Le titre aborigène est un droit foncier qui grève le titre de la Couronne. Par contre, la Cour ne fait pas le même raisonnement en ce qui concerne les autres formes de droits ancestraux. Ceux-ci ne sont pas définis comme des droits fonciers, mais plutôt comme des droits culturels rattachés à une communauté particulière. Dans ce contexte, l'exploitation des ressources n'est qu'un accessoire de l'activité traditionnelle. Alors que le critère de l'affirmation de la souveraineté a pour objectif de marquer le changement de titulaire du droit foncier en litige, le critère du contact a pour but de marquer le commencement d'une transformation culturelle. Le critère de la mainmise effective poursuit ce dernier objectif.

LES SOURCES DU CRITÈRE DE LA MAINMISE EFFECTIVE DES EUROPÉENS

Alors que les critères du contact et de l'affirmation de la souveraineté avaient été déterminés à partir de la nature des droits en litige, le critère de la mainmise effective répond à une exigence supplémentaire. En effet, l'ethnogenèse des Métis impose le choix d'une période postérieure au premier contact, cette période devant néanmoins respecter le cadre posé par l'arrêt *Van der Peet*.

Historiquement, les communautés métisses proviennent de la rencontre entre les peuples autochtones et européens. La protection constitutionnelle de leurs activités traditionnelles ne peut donc pas être établie suivant l'approche du « premier contact » retenue pour démontrer les droits ancestraux des premières nations et des Inuits. En effet, les droits ancestraux des Métis n'existaient tout simplement pas avant le contact avec les Européens puisque les communautés métisses sont issues de ce contact. La transposition intégrale du test préalablement établi n'était par conséquent pas une réponse envisageable à la situation particulière des Métis. Pour y remédier, plusieurs approches auraient pu être adoptées.

Tout d'abord, la thèse des droits dérivés a été résumée et critiquée dans un article par Larry N. Chartrand (2004). Cette thèse prend pour prémisses que les droits ancestraux des Métis sont protégés constitutionnellement en raison des ancêtres aborigènes des Métis. Puisque ce serait là la source des droits des Métis, seules les activités, coutumes ou traditions qui dérivent des activités de ces ancêtres seraient protégées constitutionnellement. Cette façon offre un inconvénient majeur, soit celui d'occulter l'identité et l'histoire métisses qui justifient leur inclusion au paragraphe 35(2) LC 1982 (Chartrand 2004 : 157). Dans l'arrêt *R. c. Powley*, la Cour suprême a pour sa part expressément écarté cette thèse (*R. c. Powley*, 2003 : paragr. 38).

Chartrand souligne ensuite que la date du contact aurait pu être interprétée par la Cour de façon à y inclure les Métis. Les tribunaux auraient alors cherché à identifier le moment du contact entre les peuples métis et les Européens. Suivant cette approche, la présence de la communauté métisse ne serait jamais remise en cause. Or, même s'il s'agit là d'un argumentaire intéressant, la mise en œuvre d'une telle politique judiciaire nous semble ardue. Connaissant déjà les difficultés que posent l'établissement d'une date du contact entre les premières nations ou les Inuits et les Européens, il nous semble que la date du contact entre les peuples métis et européens serait *a fortiori* difficile à établir en raison de la nature de

l'entreprise coloniale, laquelle s'étend nécessairement sur une période de temps plus ou moins longue. En plus, cette approche n'aurait pas épargné à la Cour la difficile tâche de fixer par le droit le concept de « peuple ».

Plaidée dans l'affaire *Powley* par le procureur général de l'Ontario, la date de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne est une autre approche qu'aurait pu retenir la Cour suprême pour adapter le test de *Van der Peet* à la situation particulière des Métis. Bien qu'il eût pu y avoir là un fondement juridique conforme à l'entreprise coloniale européenne et aux règles de *common law*, ce choix aurait engendré des injustices supplémentaires pour certains peuples métis qui rencontrent difficilement cette condition (Horton et Mohr 2005 : 793).

Enfin, la professeure Catherine Bell proposait, à l'instar de la juge McLachlin dans l'arrêt *Van der Peet*, de retenir la date de l'apogée de la colonisation européenne (Bell 1997-1998 : 216). La protection constitutionnelle conférée par le paragraphe 35(1) LC 1982 s'étendrait dès lors aux activités, coutumes et traditions ou aux institutions fondamentales des Métis qui se seraient développées avant cette date. Le critère de la mainmise effective, finalement retenu dans l'arrêt *R. c. Powley*, s'apparente à cette dernière thèse. Cette approche, comme les autres, a néanmoins pour conséquence d'écartier certaines communautés et leurs droits de la protection conférée par l'article 35 LC 1982.

LE CONTACT, LA MAINMISE EFFECTIVE ET L'AFFIRMATION DE LA SOUVERAINÉTÉ

Ces trois étapes de la colonisation de l'Amérique du Nord par les nations européennes visent à cerner des changements survenus dans la société et sur les territoires autochtones. Aussi, alors que le moment du contact pose la question du commencement de la relation entre les premières nations ou les Inuits et les Européens, la mainmise effective cherche plutôt à cibler le moment où un peuple métis est passé sous la domination politique et juridique européenne. L'affirmation de la souveraineté de la Couronne représente plutôt le lien juridique qui unit le pouvoir public à un territoire.

Des principes de droit clairs et bien établis n'épargnent toutefois pas au juriste les difficultés qui découlent nécessairement de leur application aux faits d'une affaire particulière. Si l'expression « premier contact », adoptée comme critère par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Van der Peet* afin d'établir un droit ancestral, semble claire et précise, la détermination d'une date fixe ne paraît pourtant pas si aisée pour les tribunaux. Dans l'arrêt *R. c. Adams*, rendu un peu plus d'un mois après l'arrêt *R. c. Van der Peet*, la plus haute juridiction se voyait déjà confrontée à une telle difficulté. En effet, alors que l'affaire *Van der Peet* laisse clairement entendre que « la période pertinente est celle qui a précédé l'arrivée des Européens, et non celle qui a précédé l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté » (*R. c. Van der Peet* 1996 : paragr. 61), la Cour fixe néanmoins, dans les arrêts *R. c. Adams* et *R. c. Côté*, la date du premier contact à l'année 1603, soit au moment de la rencontre de Champlain avec les Algonquins ainsi qu'avec les Mohawks. Or, l'année 1603 ne constitue pas le premier contact entre ces protagonistes. D'autres rencontres ont en effet eu lieu avant celle-là. La plus haute instance motive sa décision en rappelant qu'il lui demeurerait impossible de déterminer quels étaient les peuples autochtones qui vivaient dans la région revendiquée durant les périodes qui ont précédé et qui ont suivi l'année 1603 : aucune preuve concernant la période précédant l'année 1603 ne permet à la Cour de conclure avec satisfaction à la présence

C

C

C

d'une nation plutôt qu'une autre dans la région visée par la revendication du droit ancestral. De plus, la période qui a suivi l'année 1603 fait l'objet d'une preuve contradictoire. La Cour conclut donc que :

L'arrivée de Samuel de Champlain en 1603, et le contrôle effectif exercé en conséquence par les Français sur le territoire qui allait devenir la Nouvelle-France, est le moment qui correspond le plus précisément au « contact avec les Européens » pour l'application du critère établi dans *Van der Peet*. (R. c. *Adams* 1996 : paragr. 46 ; R. c. *Côté* 1996 : paragr. 58, nous soulignons)

Il ne faut toutefois pas en déduire que la date du contact sera fixée au même moment que la date de la mainmise effective. Du moins, c'est ce que démontre la jurisprudence subséquente à l'affaire *Van der Peet*. Ainsi, les tribunaux ont généralement retenu que l'établissement d'une mission, la construction d'un poste militaire ou commercial étaient des événements suffisamment significatifs pour établir la date du contact. Il semble que la recherche du commencement de la relation durable entre Européens et autochtones soit le véritable déterminant du contact⁵.

La mainmise effective, pour sa part, a lieu lorsque les Européens ont l'intention d'imposer leur domination politique et juridique dans une région donnée. C'est par conséquent l'amorce de cette domination politique et juridique qui devra être démontrée aux tribunaux, celle-ci devant s'apprécier en regard des circonstances de chaque affaire. À ce jour, les décisions qui portent sur le critère de la mainmise effective ont été rendues hors Québec, notamment en Ontario, en Colombie-Britannique et en Saskatchewan. Les indicateurs qui se dégagent de ces décisions sont par conséquent principalement liés à l'histoire de la colonisation de ces régions.

L'IMPOSITION D'ACTES D'AUTORITÉ PUBLIQUE

La politique administrative ou coloniale de la nation européenne vis-à-vis du territoire revendiqué est sans doute l'élément prédominant d'un examen portant sur la mainmise effective des Européens. Dans l'arrêt R. c. *Powley*, cet aspect semble en effet le plus important dans la décision de la Cour suprême de conclure que la mainmise effective avait eu lieu dans la période précédant l'année 1850. En effet, alors que plusieurs Européens se trouvaient dans la région de Sault Ste. Marie bien avant l'année 1850, la Cour affirme que les Français et les Britanniques en ont découragé la colonisation jusqu'au milieu du XIX^e siècle. Ainsi, aucune activité agricole n'avait été mise en place par les Français pour des raisons d'ordre politique et économique. Après 1763, les Britanniques s'en seraient également abstenus. Cette politique avait principalement pour but de maintenir la paix avec les peuples autochtones, ce qui permettait aux Britanniques de profiter d'échanges commerciaux importants. Or, la venue massive d'agriculteurs d'origine européenne aurait compromis cet équilibre. Au milieu du XIX^e siècle, les visées politiques de l'empire britannique sur la région changent en même temps que ses besoins économiques. De plus, le mécontentement populaire est manifeste dans la région. Pour sécuriser le territoire et profiter pleinement des terres en vue de répondre à leurs nouveaux besoins, les Britanniques chargent William Benjamin Robinson de négocier avec les populations locales l'achat des terres, notamment dans le but d'en exploiter les ressources minières et forestières. Le Traité Robinson-Huron sera conclu en 1850 et en seront exclues les communautés métisses de la région, sauf dans la mesure où les chefs ojibwas

acceptent de partager les droits découlant du traité avec elles. En résumé, suivant les conclusions de la Cour suprême dans l'arrêt R. c. *Powley*, les communautés métisses se sont développées sans être affectées par les lois et coutumes européennes jusqu'à ce que la politique coloniale qui décourageait la colonisation de la région soit remplacée par une politique qui favorisait cette fois la colonisation et la négociation de traités. À notre avis, les actes d'autorité doivent, pour illustrer une mainmise effective, démontrer l'intention et la capacité de contrôler le territoire par les pouvoirs européens.

La décision rendue dans R. c. *Willison* nous paraît conforme à la décision de la Cour suprême dans R. c. *Powley*. Accusé d'avoir, en novembre 2000, tué un cerf près de Falkland, Colombie-Britannique, en dehors de la saison de chasse, Gregory K. H. Willison invoque en défense son identité métisse et son droit de chasse à des fins alimentaires. La mainmise effective est, dans cette affaire, définie comme la date « à laquelle les colons européens ont exercé un contrôle gouvernemental sur le territoire » (R. c. *Willison* 2005 : paragr. 121) et est notamment démontrée par les éléments suivants : création du Dominion, nomination d'un douanier, nomination d'un juge en chef, commencement de la ruée vers l'or. Partagée entre les positions de la défense, qui plaide l'établissement de la date de la mainmise aux années 1859-1864, et de la Couronne, qui avance plutôt les années 1858-1862, la Cour fixe la mainmise effective aux années 1858-1864. En appel, le juge de la Cour supérieure de la Colombie-Britannique n'a pas modifié cette conclusion de fait.

DES CHANGEMENTS DÉMOGRAPHIQUES

Affirmer que la progression de l'entreprise coloniale européenne a entraîné des mutations démographiques chez les populations autochtones relève du truisme. En ce sens, le déplacement des personnes d'origine autochtone fait partie des indices d'une coexistence qui s'installe entre Européens et autochtones. Par exemple, dans l'affaire *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, la période du contact a notamment été marquée par des mouvements de population et par une modification des points de ralliement de certaines familles autochtones. De la même façon, la prise de contrôle du territoire entraîne, dans l'arrêt R. c. *Powley*, une migration des Métis vers des régions éloignées, vers la périphérie de la ville ou vers des régions adjacentes, notamment en raison de la présence d'une communauté ojibwa dont ils rejoignent les rangs (R. c. *Powley* 2003 : paragr. 25). Différents registres, journaux de bord d'officiers, de commerçants ou de professionnels, et autres formes de recensement ont été utilisés pour rendre compte des bouleversements démographiques qui ont cours à plusieurs moments de la vie de la communauté. Ainsi, tant la formation d'une communauté métisse que la période de la mainmise effective par les Européens sont démontrées par des changements démographiques. Dans l'affaire *Powley*, les registres utilisés au poste de traite au début du XIX^e siècle mettent en lumière la prédominance des Métis dans la région visée par la revendication, alors que les données du recensement qui datent de la deuxième moitié du XIX^e siècle laissent plutôt entrevoir leur dispersion (R. c. *Powley* 2003 : paragraphes 22, 25-26).

DES CHANGEMENTS ÉCONOMIQUES ET CULTURELS

Tant le moment du contact que le moment de la mainmise effective se caractérisent par des changements d'ordre économique et culturel. Au moment du contact, des changements

C

C

C

dans les points de ralliement saisonniers, le passage d'une culture basée sur une économie de chasseur/cueilleur à une économie de chasseur/commerçant (*Samson Indian Nation and Band v. Canada* 2005 : paragr. 546, témoignage du Dr Von Gernet) ou encore le passage d'une économie basée sur la traite de la fourrure à une économie basée sur l'agriculture, l'industrie minière, l'exploitation forestière ou l'exploitation d'autres ressources naturelles (voir p. ex. *R. c. Willison*) peuvent être remarquables.

Parallèlement, alors que l'émergence de la nation métisse se caractérise par un sentiment d'appartenance à une collectivité et par le développement d'une culture et d'une identité propres, le moment de la mainmise effective, par exemple dans l'arrêt *R. c. Powley* (*Powley* 2003 : paragr. 26), semble plutôt marqué par l'ostracisme, la discrimination et l'humiliation. Plusieurs décisions des tribunaux soulignent le changement dans la perception que se font les Métis d'eux-mêmes. En raison des mesures discriminatoires dont ils font l'objet au moment et à la suite de la mainmise effective par les Européens, les Métis refusent, dans l'affaire *R. c. Powley*, de s'identifier individuellement et collectivement comme tels, illustrant ainsi le transfert du pouvoir qui s'opère ou encore le passage à une nouvelle autorité sur la communauté et sur le territoire métis.

L'arrêt *R. c. Laviolette* offre un autre exemple des changements économiques ou culturels dans la vie communautaire des Métis. Dans cette affaire, Ron Laviolette est accusé d'avoir pêché hors saison à Green Lake en Saskatchewan. Deux positions s'affrontent concernant l'établissement de la date du contrôle effectif par les Européens. La Couronne fixe la mainmise effective à l'année 1870, soit au moment de l'achat de la Terre de Rupert, tandis que la défense plaide pour sa part que la date de la mainmise effective des Européens devrait plutôt être établie au moment où les activités de la Couronne « ont pour effet de changer le mode de vie et l'économie traditionnels métis dans une région donnée » (*R. c. Laviolette* 2005 : paragr. 39). La Cour provinciale de la Saskatchewan rejette la thèse de la Couronne et conclut qu'aucun développement par les Européens n'a eu lieu dans la région avant l'année 1903, lorsque des baux à des fins d'exploitation forestière ont été octroyés. Or, même à cette époque, aucun changement culturel ne semble marquer la vie des Métis. Par conséquent, la Cour fixe à 1912 la date de la mainmise effective, c'est-à-dire l'époque de l'ouverture d'un registre foncier auquel auraient participé les Métis de Green Lake en y enregistrant leurs réclamations (*R. c. Laviolette* 2005 : paragr. 40-41).

En somme, des changements culturels et économiques marquent les sociétés métisses au moment de la mainmise effective, mais ces changements ne doivent toutefois pas être suffisants pour que le tribunal en arrive à la conclusion que la communauté métisse a disparu :

La mainmise effective des Européens sur la région a donc eu une incidence sur la communauté métisse de Sault Ste. Marie et sur ses pratiques traditionnelles, sans toutefois faire disparaître cette communauté, comme en témoignent les données des recensements effectués de 1860 à 1890. (*R. c. Powley* 2003 : paragr. 26)

Le tribunal saisi d'un litige portant sur la détermination des droits des Métis aura par conséquent à trouver le juste équilibre entre des changements indiquant le passage à une nouvelle autorité et des changements illustrant au contraire l'assimilation, la disparition ou l'exode d'une communauté donnée.

De l'étude de la jurisprudence qui a traité du critère de la mainmise effective des Européens, nous retenons que deux

types d'éléments de preuve ont été retenus par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Powley* et par les tribunaux ayant appliqué cette décision. D'une part, les tribunaux ont cherché à identifier des actes d'autorité de la part des pouvoirs européens et, d'autre part, ils ont cherché à cerner des éléments démontrant des changements dans les sociétés métisses. Bien que la présence d'actes d'autorité soit un dénominateur commun à toutes les affaires qui traitent du critère de la mainmise effective, qui sont peu nombreuses faut-il le rappeler, l'importance accordée aux changements dans la société métisse et dans la société européenne est plus incertaine et varie d'une décision à l'autre. Dans certaines décisions, les tribunaux ont jugé bon de fixer la date de la mainmise effective des Européens lorsque les actes d'autorité publique avaient une influence sur la communauté métisse. Dans d'autres décisions, ces changements ont peu d'importance pour la fixation de la date. Ils sont néanmoins pertinents puisque, même si ces indicateurs ne servent pas à établir la date, ils confirment, dans toutes les décisions dont nous avons pris connaissance, l'effectivité de la mainmise européenne. La décision rendue dans *R. c. Belhumeur* confirme cette approche (*R. c. Belhumeur* 2007 : paragr. 182-190).

Par ailleurs, dans l'arrêt *R. c. Powley*, la Cour suprême a, avec raison, pris soin de distinguer le critère de la mainmise effective en droit interne canadien des principes du droit international public relativement aux règles de succession des États. En effet, les objectifs poursuivis par ces deux corpus diffèrent. Pour compléter la liste des indicateurs qui ont été dégagés, il est toutefois possible de s'inspirer des éléments de preuve déposés dans les affaires de droit international public. Comme la Cour suprême l'a cependant mentionné dans l'arrêt *Powley*, les éléments de preuve qui servent à établir l'occupation effective d'un territoire en droit international public ne doivent pas et ne peuvent pas être transposés intégralement dans le droit canadien applicable dans les litiges avec les peuples autochtones. Nous les présentons ici à titre indicatif, les notions d'« occupation effective » et de « mainmise effective » ayant un lien de parenté évident, soit celui de connaître l'identité du titulaire du contrôle réel sur un territoire. Les objectifs visés par ces deux principes sont toutefois très différents, c'est pourquoi les éléments de preuve différeront aussi. En droit international public, le concept d'occupation effective vise à identifier le détenteur de la souveraineté étatique dans le cas d'un titre juridique faible, imparfait ou incertain (Brownlie 2003 : 133-139). Par contre, dans le cas du droit canadien applicable aux autochtones, le concept de mainmise effective vise à identifier les activités culturelles traditionnelles des peuples métis. Dans le premier cas, ce sont uniquement les actes d'autorité publique qui feront preuve du titre juridique (p. ex. : application des lois européennes, comme un registre foncier et/ou civil, présence d'un système fiscal et protection militaire des Européens). Dans le deuxième cas, de tels actes serviront à établir la mainmise effective. Mais, à la différence du droit international public, les aspects politique, social et économique pourront aussi être considérés.

CONCLUSION

Les critères du contact et de la mainmise effective ont pour objet d'identifier les activités ancestrales distinctives qui, de l'avis des tribunaux, proviennent de la période antérieure à l'influence européenne sur les sociétés autochtones. Ces périodes visent donc à cerner lesquelles des activités exercées par les peuples autochtones doivent être protégées par la *Loi constitutionnelle*

C

C

C

de 1982 et être, de ce fait, libres de leur assujettissement aux lois étatiques qui leur portent atteinte de façon injustifiée. Le critère de la mainmise effective des Européens a, au surplus, pour objectif d'identifier les personnes métisses habilitées à exercer des droits ancestraux. En effet, ce critère sert à cibler les communautés métisses historiques, c'est-à-dire celles qui se sont développées avant la mainmise effective européenne sur le territoire. Or, seules les personnes membres de la communauté métisse contemporaine en lien avec une communauté métisse historique sont habilitées par la Constitution à exercer les droits ancestraux qui y sont enchâssés sans entrave injustifiée par l'État.

Alors que les critères du contact et de la mainmise effective des Européens sont rattachés à la communauté autochtone dont ils tentent de prendre le portrait à un moment précis de l'histoire, le critère de l'affirmation de la souveraineté est plutôt relié au statut juridique d'un territoire donné. Les tribunaux n'ont pas encore fourni d'indications concernant les éléments requis pour établir le moment de l'affirmation de la souveraineté sur le territoire autochtone. Mais il est possible de soutenir que les critères retenus respecteront les règles du droit international public.

En somme, pour rencontrer la condition de l'effectivité de la mainmise, le nœud gordien restera l'intensité de la possession. En effet, de l'inscription des terres de la région au cadastre foncier européen à l'exploitation agricole de ces terres, la progression de la colonisation diffère d'un endroit à l'autre et d'une époque à l'autre. Au Québec, les réponses varieront d'une région à l'autre. Mais, avant d'étudier l'effet du régime britannique, il faudra s'interroger sur les effets du régime seigneurial, sur les diverses méthodes d'occupation du territoire par les Français et leurs mandataires, sur l'assujettissement des peuples autochtones aux lois et coutumes françaises et, enfin, sur la portée politique de l'alliance franco-amérindienne. Devront également être examinés les actes posés par les compagnies commerciales qui agissaient, au Québec, tant à titre d'acteur privé que public. À cet égard, les tribunaux ont jusqu'à maintenant considéré que ces compagnies, en tant qu'acteurs de développement économique, ont contribué à forger l'identité métisse. Or, la détermination de la mainmise effective est au contraire reliée aux actes d'autorité publique.

Pour finir, soulignons que, dans le cas de la revendication d'un titre aborigène métis, le contrôle exclusif d'un territoire devra être démontré par une occupation exclusive au moment de l'affirmation de la souveraineté sur le territoire revendiqué, l'intensité de ce contrôle s'appréciant suivant les règles de la *common law* (R. c. *Marshall*, R. c. *Bernard* 2005 : paragr. 54-57). Advenant que l'affirmation de la souveraineté par la Couronne survienne avant le moment de la mainmise effective par les Européens, il en découlerait l'impossibilité pour une communauté métisse née entre ces deux moments de revendiquer un titre aborigène, mais subsisterait toutefois la possibilité de revendiquer des droits ancestraux sous la forme d'activités traditionnelles. Cette situation aurait lieu par exemple si l'affirmation de la souveraineté ne s'accompagnait pas d'un contrôle effectif sur le territoire. Pour diminuer les chances qu'une telle situation se produise, les tribunaux devront exiger que le moment de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne s'accompagne d'une possession effective du territoire. Dans ce cas, tous les peuples métis reconnus par le paragraphe 35(2) LC 1982 auraient la possibilité de se voir reconnaître, à l'instar des autres peuples autochtones, des droits ancestraux qui

prennent la forme d'une activité traditionnelle ou d'un titre aborigène. Cette interprétation aurait aussi pour effet de faire coïncider le statut juridique d'un territoire avec le détenteur, légitime ou non, de l'autorité politique et juridique.

Notes

1. L'expression « peuples autochtones » fait référence à la Partie II de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), et s'entend notamment des Indiens, Métis et Inuits tel que le prévoit le texte du paragraphe 35 (2) de cette loi. Quant au paragraphe 35(1) LC 1982, il se lit : « Les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés. »
2. Suivant un communiqué du 24 mars 2006, la Corporation métisse du Québec et l'Est du Canada affirme avoir été retenue à titre d'organisation autochtone par le ministère Pêches et Océans Canada pour la mise en œuvre du Programme autochtone de gestion de l'habitat du poisson dans les régions intérieures au Québec (PAHGRI) (en ligne : http://www.metisduquebec.ca/fr/2_communique24mars2006.htm, consulté le 30 octobre 2006). Suivant le Ministère, cette invitation à participer ne constitue toutefois pas une reconnaissance du statut juridique des Métis au sens de l'arrêt R. c. *Powley*. Les Métis invoquent eux aussi l'arrêt *Powley* devant les tribunaux, voir p. ex. Me Pierre Montour, « Notes et autorités de Corporation Métisse du Québec au soutien de sa requête en intervention amendée » dans l'affaire *Assemblée des Premières Nations du Québec et du Labrador c. Hydro-Québec*, Régie de l'Énergie (Montréal) R-3595-2006, (en ligne : http://www.regie-energie.qc.ca/audiences/3595-06/_MoyensPrelim3595/Augu3595/C-1-7_Corporation_Requete_Amendee_3595_12juin06.pdf, consulté le 30 octobre 2006). Demande d'intervention conservatoire accueillie, mais demande d'intervention agressive visant à faire reconnaître les droits constitutionnels des Métis rejetée. (Régie de l'Énergie, D-2006-117, 6 juillet 2006, Benoît Pepin, Michel Hardy, Richard Carrier, régisseurs).
3. Il est en effet possible, pour l'État, de justifier des lois qui portent atteinte aux droits ancestraux des peuples autochtones. Ces critères ont tout d'abord été élaborés dans R. c. *Sparrow* et précisés par la suite dans de nombreuses décisions.
4. Les tribunaux ne se sont pas encore prononcés sur des droits culturels génériques, comme le sont par exemple les droits linguistiques (Slattery 2000). Dans R. c. *Pamajewon*, la Cour suprême rejette le pourvoi des appelants, membres de la première nation de Shawanaga, qui revendiquaient le droit à l'autonomie gouvernementale. Pour la Cour, l'examen d'une demande de cette nature doit avoir lieu suivant les critères établis dans l'arrêt R. c. *Van der Peet*. Or, cet examen doit se faire suivant les circonstances de chaque espèce. La Cour remplace par conséquent la revendication d'un droit à l'autonomie gouvernementale par « le droit de participer à des activités de jeux de hasard à gros enjeux dans la réserve et de réglementer ces activités » (R. c. *Pamajewon* 1996 : paragr. 26). Il semble donc que les droits culturels devront tous prendre la forme d'activités traditionnelles spécifiques dont l'exercice contemporain devra se rattacher à un exercice antérieur au moment du contact ou de la mainmise effective.
5. *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, 2005 FC 1622 : dans cette affaire, trois experts sont entendus. Le premier, le professeur Ray, un historien, fixe la date du premier contact entre Européens et Cris à l'extérieur du territoire cri entre 1650-1680. Pour cet expert, une relation durable aurait été établie vers la moitié du XVII^e siècle à travers la traite de la fourrure. Le contact en territoire cri est quant à lui fixé à la deuxième partie du XVIII^e siècle, soit au moment de la construction d'un poste de traite. Le deuxième expert, Mme Holmes, avance pour sa part l'idée d'un contact significatif entre les Européens et les autochtones. À son avis, tant que les Européens n'auraient pas voyagé sur le territoire, il n'y aurait pas lieu de parler de contact et cela, même si les Cris ont visité à plusieurs reprises les postes

C

C

C

de traite et ramené des biens d'origine européenne dans leurs communautés. Le tribunal ne semble pas attribuer un grand crédit à cette position ; l'expert devant d'ailleurs admettre qu'aucun auteur n'appuie cette thèse. Enfin, troisième expert à être entendu, Dr Von Gernet considère que l'année 1670, soit le moment de l'établissement d'un poste de traite par la Hudson's Bay Company à York Factory, est la date qui correspond au contact entre Européens et autochtones. À son avis, les Cris n'ont toutefois pas été affectés par la présence européenne avant le XVIII^e siècle. Par ailleurs, dans R. c. *Sappier*, le moment du contact entre les Micmacs et les Européens est fixé au début du XVI^e siècle puisque c'est à cette époque que Jacques Cartier aurait pour la première fois rencontré les Micmacs. Le choix de l'année 1534 est, dans cette affaire, le résultat d'une entente entre les parties au litige.

Jurisprudence citée

- Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.
Ville de Pohénégamook c. Oakes et al., CQ (Kamouraska) no 250-22-001341-036 (règlement hors cour 19 avril 2007).
Procureur général du Québec c. Corneau, [2008] QCCS 1133 (CanLII).
Procureur général du Québec c. Corneau, [2008] QCCS 1205 (CanLII).
R. c. *Adams*, [1996] 3 R.C.S.101.
R. c. *Belhumeur*, [2007] SKPC 114 (CanLII).
R. c. *Castonguay*, [2003] NBCP 16.
R. c. *Chiasson*, [2002] 2 C.N.L.R. 220.
R. c. *Chiasson*, 2005 NBCA 82.
R. c. *Côté*, [1996] 3 R.C.S.139.
R. c. *Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723.
R. c. *Howse*, [2000] B.C.J. No 905 (QL).
R. c. *Howse*, [2002] 3 C.N.L.R. 165.
R. c. *Lavolette*, [2005] 3 C.N.L.R. 202.
R. c. *Marshall*, R. c. *Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220.
R. c. *Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821.
R. c. *Powley*, [1999] 1 C.N.L.R. 153.
R. c. *Powley*, 47 O.R. (3d) 30.
R. c. *Powley*, [2000] 2 C.N.L.R. 291.
R. c. *Powley*, [2003] R.C.S. 207.
R. c. *Sappier*, [2004] 4 C.N.L.R. 252.
R. c. *Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.
R. c. *Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507.
R. c. *Willison*, [2005] 3 C.N.L.R. 278.
R. c. *Willison*, [2006] 4 C.N.L.R. 253
Sahara occidental, avis consultatif 16 octobre 1975 (C.I.J. Recueil 1975, p. 12).
Samson Indian Nation and Band v. Canada, [2005] FC 1622.
Souveraineté sur certaines parcelles frontalières, arrêt 20 juin 1959 (C.I.J. Recueil 1959, p. 209).
Souveraineté sur l'île de Palmas (ou Miangas), Recueil des sentences arbitrales, vol. H, p. 842 dans Charles Rousseau, 1935 : Sentence arbitrale dans le litige relatif à la souveraineté sur l'île de Palmas (ou Miangas). *Revue générale de droit international public*, 3^e série, 9 : 156.

Ouvrages cités

- BELL, Catherine, 1997-1998 : « Metis Constitutional Rights in Section 35(1) ». *Alberta Law Review* 36 : 180.
BROWNLIE, Ian, 2003 : *Principles of Public International Law*. Oxford University Press, Oxford.
CHARTRAND, Larry N., 2004 : « Métis Aboriginal Title in Canada: Achieving Equality in Aboriginal Rights Doctrine », in Kerry Wilkins (dir.), *Advancing Aboriginal Claims: Visions, Strategies, Directions* : 151. Purich, Saskatoon.
GRAMMOND, Sébastien, 2003 : *Aménager la coexistence : les peuples autochtones et le droit canadien*. Éditions Yvon Blais/Bruylant, Cowansville/Bruxelles.
HORTON, Andrea, et Christine MOHR, 2005 : « R. v. Powley: Dodging Van der Peer to Recognize Metis Rights ». *Queen's Law Journal* 30 : 772-824.
SLATTERY, Brian, 2000 : « Making Sense of Aboriginal Rights ». *Revue du Barreau canadien* 79(2) : 196.

12.00

C

C

C

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

**Dale Sappier and Clark
Polchies** *Respondents*

- and -

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Darrell Joseph Gray *Respondent*

and

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, Forest Products Association of Nova Scotia, Mi'gmawei Mawiomi, New Brunswick Aboriginal Peoples Council, Assembly of First Nations, New Brunswick Forest Products Association, Assembly of Nova Scotia Mi'kmaq Chiefs, Okanagan Nation Alliance and Shuswap Nation Tribal Council, Congress of Aboriginal Peoples, and Songhees Indian Band, Malahat First Nation, T'Sou-ke First Nation, Snaw-naw-as (Nanoose) First Nation and Beecher Bay Indian Band (collectively Te'mexw Nations) *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. SAPIER; R. v. GRAY

Neutral citation: 2006 SCC 54.

File Nos.: 30533, 30531.

2006: May 17, 18; 2006: December 7.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

**Dale Sappier et Clark
Polchies** *Intimés*

- et -

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Darrell Joseph Gray *Intimé*

et

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 des Indiens du Nouveau-Brunswick, Forest Products Association of Nova Scotia, Mi'gmawei Mawiomi, New Brunswick Aboriginal Peoples Council, Assemblée des Premières Nations, Association des produits forestiers du Nouveau-Brunswick, Assembly of Nova Scotia Mi'kmaq Chiefs, Okanagan Nation Alliance et Shuswap Nation Tribal Council, Congrès des peuples autochtones, et bande indienne de Songhees, Première Nation de Malahat, Première Nation de T'Sou-ke, Première Nation de Snaw-naw-as (Nanoose) et bande indienne de Beecher Bay (collectivement appelées les Nations Te'mexw) *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. SAPIER; R. c. GRAY

Référence neutre : 2006 CSC 54.

N^{os} du greffe : 30533, 30531.

2006 : 17, 18 mai; 2006 : 7 décembre.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEW BRUNSWICK

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

Aboriginal law — Aboriginal rights — Right to harvest wood for personal uses — Members of Maliseet and Mi'kmaq First Nations charged in New Brunswick with unlawful possession or unlawful cutting of Crown timber — Crown lands where timber harvested forming part of First Nations' traditional territory — Whether Maliseet and Mi'kmaq have aboriginal right to harvest wood for personal uses on Crown lands.

Droit des autochtones — Droits ancestraux — Droit de récolter du bois à des fins personnelles — Accusations de possession illicite de bois provenant des terres de la Couronne ou de coupe illicite de bois sur de telles terres déposées au Nouveau-Brunswick contre des membres des premières nations malécite et mi'kmaq — Les terres de la Couronne où le bois a été récolté font partie du territoire traditionnel des premières nations concernées — Les Malécites et les Mi'kmaq possèdent-ils un droit ancestral les autorisant à récolter du bois à des fins personnelles sur les terres de la Couronne?

Aboriginal law — Van der Peet test — Meaning of "distinctive culture".

Droit des autochtones — Critère de l'arrêt Van der Peet — Sens de l'expression « culture distinctive ».

The respondents, S and P who are Maliseet and G who is Mi'kmaq, were charged under New Brunswick's *Crown Lands and Forests Act* with unlawful possession of or cutting of Crown timber from Crown lands. The logs had been cut or taken from lands traditionally harvested by the respondents' respective First Nations. Those taken by S and P were to be used for the construction of P's house and the residue for community firewood. Those cut by G were to be used to fashion his furniture. The respondents had no intention of selling the logs or any product made from them. Their defence was that they possessed an aboriginal and treaty right to harvest timber for personal use. They were acquitted at trial. S and P's acquittals were upheld by the Court of Queen's Bench and the Court of Appeal. G's acquittal was set aside by the Court of Queen's Bench but restored on appeal. G did not pursue his treaty right claim before the Court of Appeal or before this Court.

Les intimés — S et P qui sont des Malécites et G qui est un Mi'kmaq — ont été accusés, en vertu de la loi du Nouveau-Brunswick intitulée la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne*, de possession illicite de bois provenant des terres de la Couronne ou de coupe illicite de bois sur de telles terres. Les grumes avaient été coupées ou prises sur des terres où les premières nations des intimés pratiquaient traditionnellement des activités de récolte. Les grumes prises par S et P devaient être utilisées pour construire une maison pour P et le reste être mis à la disposition de la réserve comme bois de chauffage. Celles coupées par G devaient être utilisées par celui-ci pour se fabriquer des meubles. Les intimés n'avaient aucune intention de vendre les grumes de bois ni les produits fabriqués avec ce bois. En défense, les intimés ont dit posséder un droit ancestral et un droit issu de traités les autorisant à récolter du bois à des fins personnelles. Ils ont été acquittés en première instance. L'acquiescement de S et de P a été confirmé par la Cour du Banc de la Reine et la Cour d'appel. L'acquiescement de G a été écarté par la Cour du Banc de la Reine mais rétabli par la Cour d'appel. G a renoncé à faire valoir sa revendication d'un droit issu de traités devant la Cour d'appel et devant notre Cour.

Held: The appeals should be dismissed. The respondents made out a defence of aboriginal right.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés. Les intimés ont établi le bien-fondé de leur moyen de défense fondé sur l'existence d'un droit ancestral.

Per McLachlin C.J. and Bastarache, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.: Aboriginal rights are founded upon practices, customs, or traditions which were integral to the distinctive

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein : Les droits ancestraux reposent sur les coutumes, pratiques ou traditions qui faisaient partie intégrante de la

pre-contact culture of an aboriginal people. Here, the way of life of the Maliseet and of the Mi'kmaq during the pre-contact period was that of migratory peoples who lived from fishing and hunting and who used the rivers and lakes of Eastern Canada for transportation. The record also showed that wood was used to fulfill the communities' domestic needs for such things as shelter, transportation, tools and fuel. The relevant practice in the present cases, therefore, must be characterized as a right to harvest wood for domestic uses as a member of the aboriginal community. This right so characterized has no commercial dimension and the harvested wood cannot be sold, traded or bartered to produce assets or raise money, even if the object of such trade or barter is to finance the building of a dwelling. Further, it is a communal right; it cannot be exercised by any member of the aboriginal community independently of the aboriginal society it is meant to preserve. Lastly, the right is site-specific, such that its exercise is necessarily limited to Crown lands traditionally harvested by members' respective First Nations. In these cases, the respondents possessed an aboriginal right to harvest wood for domestic uses on Crown lands traditionally used for that purpose by their respective First Nations. [21] [24-26] [72]

Although very little evidence was led with respect to the actual harvesting practice, an aboriginal right can be based on evidence showing the importance of a resource to the pre-contact culture of an aboriginal people. Courts must be flexible and be prepared to draw necessary inferences about the existence and integrity of a practice when direct evidence is not available. The evidence in these cases established that wood was critically important to the pre-contact Maliseet and Mi'kmaq, and it can be inferred from the evidence that the practice of harvesting wood for domestic uses was significant, though undertaken primarily for survival purposes. [27-28] [33]

A practice undertaken for survival purposes can be considered integral to an aboriginal community's distinctive culture. The nature of the practice which founds an aboriginal right claim must be considered in the context of the pre-contact distinctive culture. "Culture" is an inquiry into the pre-contact way of life of a particular aboriginal community, including means of survival,

culture distinctive des peuples autochtones avant leur contact avec les Européens. Dans les présentes affaires, pendant la période antérieure à leur contact avec les Européens, les Malécites et les Mi'kmaq étaient des peuples nomades qui vivaient de la pêche et de la chasse et qui utilisaient les rivières et les lacs de l'Est du Canada pour se déplacer. Il ressort également du dossier que le bois récolté par les membres de la collectivité était destiné à des usages domestiques, c'est-à-dire pour les abris, le transport, le combustible et les outils. En conséquence, la pratique pertinente en l'espèce doit être caractérisée comme étant le droit de récolter du bois à des fins domestiques en tant que membre de la collectivité autochtone. Le droit ainsi caractérisé n'a aucune dimension commerciale et le bois récolté ne peut être vendu, échangé ou troqué pour obtenir des biens ou recueillir de l'argent, même si l'objectif de l'échange ou du troc est de financer la construction d'une habitation. En outre, il s'agit d'un droit collectif qui ne doit pas être exercé par un membre de la collectivité autochtone indépendamment de la société autochtone qu'il vise à préserver. Enfin, le droit est spécifique à un site, de sorte qu'il est nécessairement limité aux terres de la Couronne traditionnellement utilisées pour la récolte du bois par les membres des premières nations concernées. Dans les présents pourvois, les intimés sont titulaires d'un droit ancestral les autorisant à récolter du bois à des fins domestiques sur les terres de la Couronne traditionnellement utilisées à cette fin par leur première nation respective. [21] [24-26] [72]

Bien que très peu d'éléments de preuve aient été présentés quant à la pratique de la récolte proprement dite, l'existence d'un droit ancestral peut être fondée sur des preuves relatives à l'importance d'une ressource dans la culture d'un peuple autochtone avant l'arrivée des Européens. Les tribunaux doivent faire montre de souplesse et, en l'absence de preuves directes, être disposés à faire les inférences nécessaires pour déterminer si la pratique existait et si elle faisait partie intégrante de la culture distinctive. Dans les présents pourvois, il a été établi que le bois avait une importance cruciale pour les Malécites et les Mi'kmaq avant le contact avec les Européens, et la preuve permet d'inférer que la pratique consistant à récolter du bois à des fins domestiques était importante, même si le bois était surtout récolté pour assurer la survie. [27-28] [33]

Une pratique ayant pour but la survie peut être considérée comme faisant partie intégrante de la culture distinctive d'un peuple autochtone. La nature de la pratique sur laquelle repose la revendication de droit ancestral doit être examinée dans le contexte de la culture distinctive de la collectivité autochtone visée avant son contact avec les Européens. Pour savoir ce que signifie

socialization methods, legal systems, and, potentially, trading habits. The qualifier “distinctive” incorporates an element of aboriginal specificity but does not mean “distinct”. The notion of aboriginality must not be reduced to racialized stereotypes of aboriginal peoples. A court, therefore, must first inquire into the way of life of the pre-contact peoples and seek to understand how the particular pre-contact practice relied upon by the rights claimants relates to that way of life. A practice of harvesting wood for domestic uses undertaken in order to survive is directly related to the pre-contact way of life and meets the “integral to a distinctive culture” threshold. [38] [45-48]

The nature of the right cannot be frozen in its pre-contact form but rather must be determined in light of present-day circumstances. The right to harvest wood for the construction of temporary shelters must be allowed to evolve into one to harvest wood by modern means to be used in the construction of a modern dwelling. The site-specific requirement was also met. The Crown conceded in the case of S and P and the evidence established in the case of G that the harvesting of trees occurred within Crown lands traditionally used for this activity by members of their respective First nations. [48] [52-53]

The Crown either accepted or did not challenge before the Court of Appeal that the relevant provisions of the *Crown Lands and Forests Act* infringed the respondents’ aboriginal right, and it did not attempt to justify the infringement in this Court. [54-55]

The Crown did not discharge its burden of proving that the aboriginal right had been extinguished by pre-Confederation statutes. The power to extinguish aboriginal rights in the colonial period rested with the Imperial Crown and it was unclear whether the colonial legislature had ever been granted the legal authority to do so. In any event, the legislation relied upon by the Crown as proof of extinguishment was primarily regulatory in nature. The regulation of Crown timber through a licensing scheme does not meet the high standard of demonstrating a clear intent to extinguish the aboriginal right to harvest wood for domestic uses. [57-60]

la « culture », il faut se demander en quoi consistait le mode de vie d’une collectivité autochtone donnée avant le contact avec les Européens, y compris ses moyens de subsistance, ses méthodes de socialisation, son système juridique et, éventuellement, ses habitudes de troc. Le qualificatif « distinctif » intègre un élément de spécificité autochtone, mais ne signifie pas « distinct ». La notion d’autochtonité ne saurait être réduite à des stéréotypes racialisés envers les peuples autochtones. Le tribunal doit d’abord déterminer quel était le mode de vie des peuples concernés avant l’arrivée des Européens et tenter de comprendre le lien entre ce mode de vie et la pratique antérieure au contact sur laquelle repose la revendication. La pratique consistant à récolter du bois à des fins domestiques dans le but d’assurer la survie est directement reliée au mode de vie antérieur au contact et satisfait au critère de la « partie intégrante de la culture distinctive ». [38] [45-48]

La nature du droit ne saurait être figée dans sa forme antérieure au contact, mais doit être dégagée à la lumière des circonstances actuelles. Le droit de récolter du bois pour la construction d’abris temporaires doit être autorisé à évoluer en un droit de récolter du bois, par des moyens modernes, pour la construction d’une habitation moderne. La condition relative aux sites spécifiques est également respectée. Dans le cas de S et de P, le ministère public a concédé que les arbres avaient été récoltés sur des terres de la Couronne traditionnellement utilisées à cette fin par des membres de leur première nation respective, et, dans le cas de G, la preuve a également établi ce fait. [48] [52-53]

Le ministère public a soit reconnu soit décidé de ne pas contester devant la cour d’appel que les dispositions pertinentes de la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne* portaient atteinte au droit ancestral des intimés et il n’a pas tenté de justifier cette atteinte devant notre Cour. [54-55]

Le ministère public n’a pas, comme il lui incombait de le faire, établi que le droit ancestral a été éteint par des lois préconfédératives. Pendant la période coloniale, c’est la Couronne impériale qui détenait le pouvoir d’éteindre les droits ancestraux et il n’est pas clair que la Couronne impériale ait jamais conféré à la législature du Nouveau-Brunswick de l’époque coloniale le pouvoir de le faire. Quoi qu’il en soit, les textes législatifs invoqués par le ministère public comme preuve de l’extinction participent principalement de la réglementation. Le recours à un régime de permis pour régler la récolte de bois se trouvant sur les terres de la Couronne ne satisfait pas à la norme élevée exigeant la preuve d’une intention claire d’éteindre le droit ancestral de récolter le bois à des fins domestiques. [57-60]

Given this Court's decision on the aboriginal right issue, there was no need to decide whether S and P also would benefit from a treaty right to harvest wood for personal uses. [3]

Per Binnie J.: The reasons of Bastarache J. were agreed with except as to his limitation of the exercise of aboriginal rights within modern aboriginal communities. A division of labour existed in aboriginal communities, pre-contact. Barter (and, its modern equivalent, sale) within the reserve or other local aboriginal community would reflect a more efficient use of human resources than requiring all members of the community to do everything for themselves. Trade, barter or sale outside the reserve or other local aboriginal community where the person exercising the aboriginal right lives would represent a commercial activity outside the scope of the aboriginal right established in this case. [74]

Cases Cited

By Bastarache J.

Applied: *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; **referred to:** *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Bernard* (2003), 2 N.B.R. (2d) 1, 2003 NBCA 55; *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33; *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101; *R. v. Powley*, [2003] 2 S.C.R. 207, 2003 SCC 43; *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139; *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821; *R. v. Marshall*, [2005] 2 S.C.R. 220, 2005 SCC 43; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Newfoundland v. Drew* (2006), 260 Nfld. & P.E.I.R. 1, 2006 NLCA 53, aff'g (2003), 228 Nfld. & P.E.I.R. 1, 2003 NLSCTD 105.

Statutes and Regulations Cited

Act further to amend Chapter 133, Title xxxiv, of the Revised Statutes, "Of trespasses on lands, private property, and lumber", S.N.B. 1862, 25 Vict., c. 24. *Constitution Act, 1982*, s. 35. *Crown Lands and Forests Act*, S.N.B. 1980, c. C-38.1, ss. 67(1)(a), (c), 67(2). *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5.

Authors Cited

Barsh, Russel Lawrence, and James Youngblood Henderson. "The Supreme Court's *Van der Peet* Trilogy:

Vu la décision de notre Cour sur la question du droit ancestral, il n'est pas nécessaire de décider si S et P sont également titulaires d'un droit issu de traités les autorisant à récolter du bois. [3]

Le juge Binnie : Il y a accord avec les motifs du juge Bastarache, sauf en ce qui concerne la limite à laquelle il assujettit l'exercice des droits ancestraux à l'intérieur des collectivités autochtones modernes. Avant l'arrivée des Européens, les collectivités autochtones avaient elles aussi instauré une division du travail. Le troc (et son équivalent moderne, la vente) représenterait une utilisation plus efficace des ressources humaines au sein de la réserve ou autre collectivité autochtone locale que le fait d'obliger chaque membre de la réserve ou communauté à laquelle appartient le droit à faire tout lui-même. Le commerce, le troc ou la vente à l'extérieur de la réserve ou autre collectivité autochtone locale où vit la personne exerçant le droit ancestral constituerait une activité commerciale outrepassant la portée du droit ancestral reconnu dans la présente cause. [74]

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêt appliqué : *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; **arrêts mentionnés :** *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Bernard* (2003), 262 R.N.-B. (2^e) 1, 2003 NBCA 55; *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207, 2003 CSC 43; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821; *R. c. Marshall*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Newfoundland c. Drew* (2006), 260 Nfld. & P.E.I.R. 1, 2006 NLCA 53, conf. (2003), 228 Nfld. & P.E.I.R. 1, 2003 NLSCTD 105.

Lois et règlements cités

Act further to amend Chapter 133, Title xxxiv, of the Revised Statutes, « Of trespasses on lands, private property, and lumber », S.N.B. 1862, 25 Vict., ch. 24. *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35. *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5. *Loi sur les terres et forêts de la Couronne*, L.N.-B. 1980, ch. C-38.1, art. 67(1)a), c), 67(2).

Doctrine citée

Barsh, Russel Lawrence, and James Youngblood Henderson. « The Supreme Court's *Van der Peet* Trilogy :

Naive Imperialism and Ropes of Sand" (1997), 42 *McGill L.J.* 993.

Borrows, John, and Leonard I. Rotman. "The *Sui Generis* Nature of Aboriginal Rights: Does it Make a Difference?" (1997), 36 *Alta. L. Rev.* 9.

Cheng, Chilwin Chienhan. "Touring the Museum: A Comment on *R. v. Van der Peet*" (1997), 55 *U.T. Fac. L. Rev.* 419.

Patterson, Stephen E. "Anatomy of a Treaty: Nova Scotia's First Native Treaty in Historical Context" (1999), 48 *U.N.B.L.J.* 41.

Slattery, Brian. "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727.

Wicken, William C. *Mi'kmaq Treaties on Trial*. Toronto: University of Toronto Press, 2002.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (Daigle, Deschênes and Robertson J.J.A.) (2004), 273 N.B.R. (2d) 93, 717 A.P.R. 93, 242 D.L.R. (4th) 433, [2004] 4 C.N.L.R. 252, [2004] N.B.J. No. 295 (QL), 2004 NBCA 56, affirming a decision of Clendening J. (2003), 267 N.B.R. (2d) 51, 702 A.P.R. 51, [2004] 2 C.N.L.R. 281, [2003] N.B.J. No. 386 (QL), 2003 NBQB 389, affirming a decision of Cain Prov. Ct. J. (2003), 267 N.B.R. (2d) 1, 702 A.P.R. 1, [2003] 2 C.N.L.R. 294, [2003] N.B.J. No. 25 (QL), 2003 NBPC 2. Appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (Daigle, Deschênes and Robertson J.J.A.) (2004), 273 N.B.R. (2d) 157, 717 A.P.R. 157, [2004] 4 C.N.L.R. 201, [2004] N.B.J. No. 291 (QL), 2004 NBCA 57, setting aside a decision of McIntyre J., 2003 CarswellNB 635, setting aside a decision of Arsenault Prov. Ct. J. Appeal dismissed.

William B. Richards, Henry S. Brown, Q.C., and Iain R. W. Hollett, for the appellant.

Richard Hatchette and Maria G. Henheffer, Q.C., for the respondents Dale Sappier and Clark Polchies.

Ronald E. Gaffney and Thomas J. Burke, for the respondent Darrell Joseph Gray.

Mitchell R. Taylor and Mark Kindrachuk, Q.C., for the intervener the Attorney General of Canada.

Owen Young and Ria Tzimas, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Naive Imperialism and Ropes of Sand » (1997), 42 *R.D. McGill* 993.

Borrows, John, and Leonard I. Rotman. « The *Sui Generis* Nature of Aboriginal Rights : Does it Make a Difference? » (1997), 36 *Alta. L. Rev.* 9.

Cheng, Chilwin Chienhan. « Touring the Museum : A Comment on *R. v. Van der Peet* » (1997), 55 *U.T. Fac. L. Rev.* 419.

Patterson, Stephen E. « Anatomy of a Treaty : Nova Scotia's First Native Treaty in Historical Context » (1999), 48 *R.D. U.N.-B.* 41.

Slattery, Brian. « Understanding Aboriginal Rights » (1987), 66 *R. du B. can.* 727.

Wicken, William C. *Mi'kmaq Treaties on Trial*. Toronto : University of Toronto Press, 2002.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (les juges Daigle, Deschênes et Robertson) (2004), 273 R.N.-B. (2^e) 93, 717 A.P.R. 93, 242 D.L.R. (4th) 433, [2004] 4 C.N.L.R. 252, [2004] A.N.-B. n^o 295 (QL), 2004 NBCA 56, qui a confirmé une décision de la juge Clendening (2003), 267 R.N.-B. (2^e) 51, 702 A.P.R. 51, [2004] 2 C.N.L.R. 281, [2003] A.N.-B. n^o 386 (QL), 2003 NBBR 389, qui avait confirmé une décision du juge Cain (2003), 267 R.N.-B. (2^e) 1, 702 A.P.R. 1, [2003] 2 C.N.L.R. 294, [2003] A.N.-B. n^o 25 (QL), 2003 NBCP 2. Pourvoi rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (les juges Daigle, Deschênes et Robertson) (2004), 273 R.N.-B. (2^e) 157, 717 A.P.R. 157, [2004] 4 C.N.L.R. 201, [2004] A.N.-B. n^o 291 (QL), 2004 NBCA 57, qui a infirmé une décision du juge McIntyre, 2003 CarswellNB 635, qui avait infirmé une décision du juge Arsenault. Pourvoi rejeté.

William B. Richards, Henry S. Brown, c.r., et Iain R. W. Hollett, pour l'appelante.

Richard Hatchette et Maria G. Henheffer, c.r., pour les intimés Dale Sappier et Clark Polchies.

Ronald E. Gaffney et Thomas J. Burke, pour l'intimé Darrell Joseph Gray.

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

Owen Young et Ria Tzimas, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

René Morin and Caroline Renaud, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Alexander MacBain Cameron, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Patrick G. Foy, Q.C., and *Robert J. C. Deane*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Robert J. Normey and Thomas G. Rothwell, 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.

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

Thomas E. Hart and Jane O'Neill, for the intervener the Forest Products Association of Nova Scotia.

D. Bruce Clarke, for the intervener Mi'gmawei Mawiomí.

Michael J. Wood, Q.C., for the intervener the New Brunswick Aboriginal Peoples Council.

Bryan P. Schwartz and Jack R. London, Q.C., for the intervener the Assembly of First Nations.

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

Ronalda Murphy, Mary Jane Abram and Douglas Brown, for the intervener the Assembly of Nova Scotia Mi'kmaq Chiefs.

Clarine Ostrove and Leslie J. Pinder, for the interveners the Okanagan Nation Alliance and the Shuswap Nation Tribal Council.

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

Robert J. M. Janes, 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 Te'mexw Nations).

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

Alexander MacBain Cameron, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Patrick G. Foy, c.r., et *Robert J. C. Deane*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Robert J. Normey et Thomas G. Rothwell, 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.

Daniel R. Theriault, pour l'intervenante l'Union des Indiens du Nouveau-Brunswick.

Thomas E. Hart et Jane O'Neill, pour l'intervenante Forest Products Association of Nova Scotia.

D. Bruce Clarke, pour l'intervenant Mi'gmawei Mawiomí.

Michael J. Wood, c.r., pour l'intervenant New Brunswick Aboriginal Peoples Council.

Bryan P. Schwartz et Jack R. London, c.r., pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

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

Ronalda Murphy, Mary Jane Abram et Douglas Brown, pour l'intervenante Assembly of Nova Scotia Mi'kmaq Chiefs.

Clarine Ostrove et Leslie J. Pinder, pour les intervenants Okanagan Nation Alliance et Shuswap Nation Tribal Council.

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

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

The judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

BASTARACHE J. —

1. Introduction

The three respondents were charged with unlawful possession or cutting of Crown timber. Messrs. Sappier and Polchies are Maliseet, and Mr. Gray is Mi'kmaq. All three respondents argued in defence that they possess an aboriginal and treaty right to harvest timber for personal use. Mr. Gray has since abandoned his treaty right claim.

The respondents submit that the practice of harvesting timber for personal use was an integral part of the distinctive culture of the Maliseet and Mi'kmaq peoples prior to contact with Europeans. The claimed right refers to the practice of harvesting trees to fulfil the domestic needs of the pre-contact communities for such things as shelter, transportation, fuel and tools. The Maliseet and Mi'kmaq were migratory living from hunting and fishing, and using the rivers and lakes of Eastern Canada for transportation. The central question on appeal is how to define the distinctive culture of such peoples, and how to determine which pre-contact practices were integral to that culture. The Crown submits that the evidence of wood usage in pre-contact Maliseet and Mi'kmaq societies was primarily a reference to the need for harvesting wood on a daily basis in order to survive. In the Crown's submission, this is not sufficient to establish a defining practice, custom or tradition that truly made the society what it was.

For the reasons that follow, I find that all three respondents have established an aboriginal right to

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

1. Introduction

Les trois intimés ont été accusés de possession illicite de bois provenant des terres de la Couronne ou de coupe illicite de bois sur de telles terres. Messieurs Sappier et Polchies sont membres de la collectivité malécite et M. Gray appartient à la collectivité mi'kmaq. Comme moyen de défense, les trois intimés ont dit posséder un droit ancestral et un droit issu de traités leur permettant de récolter du bois à des fins personnelles. Depuis, M. Gray a renoncé à sa revendication fondée sur l'existence d'un droit issu de traités.

Les intimés soutiennent que la récolte de bois à des fins personnelles faisait partie intégrante de la culture distinctive des peuples malécite et mi'kmaq avant leur contact avec les Européens. Le droit revendiqué découlerait de la récolte de bois effectuée à l'époque à des fins domestiques, notamment pour les abris, le transport, le combustible et les outils. Les Malécites et les Mi'kmaq étaient des peuples nomades qui vivaient de la chasse et de la pêche et utilisaient les rivières et les lacs de l'Est du Canada pour se déplacer. Comment peut-on définir la culture distinctive de ces peuples et déterminer quelles pratiques antérieures au contact avec les Européens en faisaient partie intégrante? Voilà la question fondamentale que soulèvent les présents pourvois. Le ministère public soutient que la preuve relative à l'usage du bois par les Malécites et les Mi'kmaq avant leur contact avec les Européens se rapporte principalement à la nécessité pour ces peuples de récolter du bois tous les jours pour assurer leur survie. Or, de l'avis du ministère public, cela n'est pas suffisant pour établir l'existence d'une pratique, coutume ou tradition déterminante qui faisait véritablement de la société ce qu'elle était.

Pour les motifs exposés ci-après, je conclus que les trois intimés ont établi l'existence d'un droit

harvest wood for domestic uses. Given this Court's decision on the aboriginal right issue, I need not decide whether Messrs. Sappier and Polchies also benefit from a treaty right to harvest wood.

2. Facts

2.1 *R. v. Sappier and Polchies*

The parties entered into an agreed statement of facts at the opening of the trial. On January 12, 2001, at approximately 18:00 hours, a truck load of timber driven by Mr. Sappier was stopped by Department of Natural Resources and Energy officers at the junction of the Nashwaak Road and the wood access road to the Native Harvest Block 1266 near Gorby Gulch, New Brunswick. Mr. Clark Polchies was one of the passengers in the truck. Officer Wallace noticed that there were 16 hardwood logs, 4 yellow birch and 12 sugar maple, in the truck.

During some preliminary questioning by Officer Wallace, Mr. Sappier was asked as to where the wood had originated, to which he replied that it was firewood and that it came from Harvest Block 1266. The officers determined that the 16 hardwood logs did not come from Harvest Block 1266, but from Crown Lands approximately 1.5 kilometres away from Harvest Block 1266. Officer Wallace proceeded to read the *Charter* Notice and Police Caution to Messrs. Sappier and Polchies and seized the truck and logs based on the respondents' unauthorized possession of Crown timber. They were charged with unlawful possession of Crown timber pursuant to s. 67(1)(c) and s. 67(2) of the *Crown Lands and Forests Act*, S.N.B. 1980, c. C-38.1. Officer Collicott then questioned Messrs. Sappier and Polchies regarding who had cut the timber on the truck. Mr. Polchies indicated to Officer Collicott that it was he who had cut all the timber on the truck.

The parties agreed that Messrs. Sappier and Polchies were not at the time of their arrest

ancestral de récolter du bois à des fins domestiques. Étant donné la décision de notre Cour sur la question du droit ancestral, je n'ai pas à décider si MM. Sappier et Polchies sont également titulaires d'un droit issu de traités de récolter du bois.

2. Faits

2.1 *R. c. Sappier et Polchies*

Les parties se sont entendues sur un exposé conjoint des faits à l'ouverture du procès. Le 12 janvier 2001, vers 18 h, des agents du ministère des Ressources naturelles et de l'Énergie ont arrêté un camion chargé de bois conduit par M. Sappier à l'intersection du chemin Nashwaak et du chemin forestier menant à la parcelle de récolte 1266 accordée aux Autochtones à proximité de Gorby Gulch, au Nouveau-Brunswick. Monsieur Clark Polchies était l'un des passagers dans le camion. L'agent Wallace a constaté que le chargement de bois se composait de 16 grumes de bois dur, dont 4 de bouleau jaune et 12 d'érable à sucre.

Au cours d'un interrogatoire préliminaire, l'agent Wallace a demandé à M. Sappier d'où provenait le bois; ce dernier a répondu qu'il s'agissait de bois de chauffage provenant de la parcelle de récolte 1266. Les agents ont déterminé que les 16 grumes de bois dur ne provenaient pas de la parcelle de récolte 1266, mais plutôt de terres de la Couronne situées à environ 1,5 km de la parcelle de récolte 1266. L'agent Wallace a lu à MM. Sappier et Polchies l'avis exigé par la *Charte* et la mise en garde policière, puis il a saisi le camion et les grumes au motif que les intimés étaient, sans autorisation, en possession de bois provenant de terres de la Couronne. Les intimés ont été accusés de possession illicite de bois provenant des terres de la Couronne, en vertu de l'al. 67(1)c) et du par. 67(2) de la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne*, L.N.-B. 1980, ch. C-38.1. L'agent Collicott a alors demandé à MM. Sappier et Polchies de lui dire qui avait coupé le bois qui se trouvait dans le camion. Monsieur Polchies a reconnu avoir coupé tout le bois en question.

Les parties se sont entendues sur le fait que, au moment de leur arrestation, MM. Sappier et Polchies

authorized to be in possession of such timber pursuant to the *Crown Lands and Forests Act* or by any other Act of New Brunswick or regulations thereto, or by the Minister of Natural Resources and Energy of New Brunswick. Messrs. Sappier and Polchies are both Maliseet and members of the Woodstock First Nation. They are also registered under the provisions of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5.

Judge Cain of the Provincial Court of New Brunswick found that the 16 hardwood logs were to be used by Mr. Polchies in the construction of a house and furniture on the Woodstock First Nation, with the residue's being made available to the Reserve for fire wood. The learned trial judge also found that the hardwood logs represented an amount sufficient to make hardwood flooring and furniture consisting of tables, beds and cabinets.

2.2 *R. v. Gray*

Mr. Gray was charged with unlawful cutting of Crown timber pursuant to s. 67(1)(a) and s. 67(2) of the *Crown Lands and Forests Act*. On December 9, 1999, two forest service officers with the New Brunswick Department of Natural Resources and Energy saw Mr. Gray cut down a bird's eye maple tree on Crown lands. Mr. Gray, who was accompanied by two other men, proceeded to cut a log from the tree. All three men were recognized and acknowledged to be status Indians. The men were not asked the use to which the logs would be put. Mr. Gray is Mi'kmaq and lives on the Pabineau First Nation, near Bathurst, New Brunswick. Judge Arsenault of the Provincial Court of New Brunswick accepted Mr. Gray's evidence that four logs had been cut from trees from which he intended to make cabinets, end tables, coffee tables and mouldings for his home. The trial judge also accepted that Mr. Gray had no intention of selling the logs or any product made from them.

n'étaient autorisés à avoir ce bois en leur possession par aucune disposition de la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne*, d'une autre loi du Nouveau-Brunswick ou d'un règlement pris en application de ces lois, et qu'ils n'y avaient pas été autorisés par le ministre des Ressources naturelles et de l'Énergie du Nouveau-Brunswick. Messieurs Sappier et Polchies sont des Malécites membres de la Première Nation de Woodstock. Ils sont également inscrits au sens de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5.

Le juge Cain de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick a conclu que les 16 grumes de bois dur devaient être utilisées par M. Polchies pour construire une maison et fabriquer des meubles dans la réserve de la Première Nation de Woodstock, le restant devant être mis à la disposition de la réserve comme bois de chauffage. Le juge du procès a également conclu que la quantité de grumes de bois dur en cause était suffisante pour fabriquer du parquet en bois dur ainsi que du mobilier — tables, lits et armoires.

2.2 *R. c. Gray*

Monsieur Gray a été accusé en vertu de l'al. 67(1)a) et du par. 67(2) de la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne*, d'avoir illicitement coupé du bois sur les terres de la Couronne. Le 9 décembre 1999, deux agents du service forestier du ministère des Ressources naturelles et de l'Énergie du Nouveau-Brunswick ont vu M. Gray couper un érable moucheté sur les terres de la Couronne. Ce dernier, qui était accompagné de deux autres hommes, a ensuite coupé une grume sur l'arbre. Il a été reconnu que les trois hommes étaient des Indiens inscrits. Les agents ne leur ont pas demandé quelle utilisation ils comptaient faire des grumes. Monsieur Gray, un Mi'kmaq, vit dans la réserve de la Première Nation de Pabineau, près de Bathurst, au Nouveau-Brunswick. Le juge Arsenault de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick a accepté le témoignage de M. Gray, qui a déclaré avoir coupé quatre grumes de bois avec lesquelles il voulait fabriquer des armoires, des tables de bout, des tables de salon et des moulures pour sa maison, sans aucune intention de vendre les grumes de bois ni les produits fabriqués avec ce bois.

In both cases, the critical issue at trial was whether the cutting or possession of Crown timber was unlawful within the meaning of the Act. All three defendants claimed an aboriginal and treaty right to harvest timber for personal use.

3. Judicial History

3.1 *R. v. Sappier and Polchies*

3.1.1 New Brunswick Provincial Court, [2003] 2 C.N.L.R. 294, 2003 NBPC 2

Cain Prov. Ct. J. held that the defendants did not benefit from an aboriginal right to harvest timber for personal use. Cain Prov. Ct. J. opined that any human society living on the same lands at the same time would have used wood and wood products for the same purposes. On this basis, Cain Prov. Ct. J. held that the practice of using wood to construct shelters or to make furniture was not in any way integral to the distinctive culture of the ancestors of the Woodstock First Nation. The learned trial judge ultimately concluded that the culture of this pre-contact society would have not been fundamentally altered had wood not been available for use because the Maliseet would probably have found some other available material to use in its place.

Cain Prov. Ct. J. concluded, however, that the defendants benefited from a valid treaty right to harvest timber for personal use. He held that the *Crown Lands and Forests Act* infringed the treaty right, and that the Crown had not succeeded in justifying the infringement. Accordingly, the defendants were acquitted.

3.1.2 New Brunswick Court of Queen's Bench, [2004] 2 C.N.L.R. 281, 2003 NBQB 389

In a relatively short decision, Clendening J. dismissed the Crown's appeal and affirmed the decision of the trial judge.

Dans les deux affaires, la question centrale à trancher lors du procès consistait à déterminer si la possession, par les défendeurs, de bois provenant des terres de la Couronne ou la coupe de bois par ceux-ci sur ces terres, avaient constitué des activités illicites au sens de la Loi. Les trois défendeurs revendiquaient un droit ancestral et un droit issu de traités de récolter du bois à des fins personnelles.

3. Historique judiciaire

3.1 *R. c. Sappier et Polchies*

3.1.1 Cour provinciale du Nouveau-Brunswick, [2003] 2 C.N.L.R. 294, 2003 NBPC 2

Le juge Cain de la Cour provinciale a statué que les défendeurs n'étaient pas titulaires d'un droit ancestral de récolter du bois à des fins personnelles. Selon lui, toute société humaine vivant sur les mêmes terres à la même époque aurait utilisé aux mêmes fins le bois et des produits fabriqués avec le bois. Le juge Cain a, pour cette raison, estimé que la pratique consistant à utiliser du bois pour construire des abris ou fabriquer des meubles ne faisait aucunement partie intégrante de la culture distinctive des ancêtres de la Première Nation de Woodstock. En dernière analyse, le juge du procès a conclu que la culture de ce peuple avant son contact avec les Européens n'aurait pas été fondamentalement différente s'il n'avait pas disposé de bois, étant donné que les Malécites auraient vraisemblablement utilisé à la place un autre matériau disponible.

En revanche, le juge Cain a conclu que les défendeurs étaient titulaires d'un droit — issu de traités — de récolter du bois à des fins personnelles. Il a estimé que la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne* portait atteinte à ce droit issu de traités et que le ministère public n'avait pas justifié l'atteinte. En conséquence, il a acquitté les défendeurs.

3.1.2 Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, [2004] 2 C.N.L.R. 281, 2003 NBBR 389

Dans un jugement relativement bref, la juge Clendening a rejeté l'appel du ministère public et a confirmé la décision du juge du procès.

3.1.3 New Brunswick Court of Appeal (2004), 273 N.B.R. (2d) 93, 2004 NBCA 56

Robertson J.A., writing on behalf of the Court of Appeal, held that the defendants benefited from both an aboriginal right and a treaty right to harvest timber for personal use. He emphasized that a practice need not be distinct in order to found an aboriginal right claim — it need only be integral to a distinctive culture. In his view, the fact that tree harvesting was undertaken for survival purposes, and that perhaps any human society would have done the same, was not determinative. Moreover, in direct response to Cain Prov. Ct. J.'s reasons, Robertson J.A. queried what other resource could have been used had timber not been available.

Before the Court of Appeal, the Crown no longer alleged that the right was extinguished by either pre- or post-Confederation legislation. The Crown also accepted that the relevant provisions of the *Crown Lands and Forests Act* infringed the alleged right and that the infringement could not be justified under the *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, and *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, test.

3.2 *R. v. Gray*

3.2.1 New Brunswick Provincial Court (No. 03190311, August 27, 2001)

Arsenault Prov. Ct. J. held that the defendant benefited from an aboriginal right to gather and harvest wood for personal use. In finding an aboriginal right, Arsenault Prov. Ct. J. relied heavily on the evidence of Mr. Sewell, a Mi'kmaq and status Indian, recognized as an elder and historian, and declared as an expert, "regarding oral traditions and customs which have been passed down through the generations and more particularly in the field of describing practices and customs relating to the use of and gathering of wood by aboriginals in the geographical area encompassed by the terms of the charge" (p. 3). Mr. Sewell's evidence was not contradicted by the Crown on cross-examination or by

3.1.3 Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (2004), 273 R.N.-B. (2^e) 93, 2004 NBCA 56

S'exprimant au nom de la Cour d'appel, le juge Robertson a conclu que les défendeurs étaient titulaires d'un droit ancestral et d'un droit issu de traités leur permettant de récolter du bois à des fins personnelles. Il a souligné qu'une pratique n'a pas à être distincte pour constituer le fondement d'une revendication de droit ancestral; il suffit qu'elle fasse partie intégrante d'une culture distinctive. Il n'a pas jugé déterminant le fait que la récolte d'arbres visait à assurer la survie et que toute société humaine aurait peut-être agi de même. En réponse directe aux motifs du juge Cain de la Cour provinciale, le juge Robertson s'est en outre demandé quelle autre ressource aurait pu être utilisée, s'il n'y avait pas eu de bois.

En Cour d'appel, le ministère public a renoncé à soutenir que le droit s'était éteint par l'effet de lois préconfédératives ou postconfédératives. Il a également accepté que les dispositions pertinentes de la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne* portaient atteinte au droit invoqué et que cette atteinte ne pouvait être justifiée selon le critère établi dans les arrêts *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, et *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

3.2 *R. c. Gray*

3.2.1 Cour provinciale du Nouveau-Brunswick (n^o 03190311, 27 août 2001)

Le juge Arsenault de la Cour provinciale a conclu que le défendeur était titulaire d'un droit ancestral de récolter du bois à des fins personnelles. Il s'est pour cela fondé dans une large mesure sur le témoignage de M. Sewell, un Mi'kmaq et un Indien inscrit qui a le statut d'aîné et d'historien et qui a été déclaré témoin expert [TRADUCTION] « en ce qui concerne les traditions orales et les coutumes qui ont été transmises de génération en génération et, notamment, la description des pratiques et coutumes se rapportant à l'usage et à la récolte de bois par les autochtones dans la région géographique visée par les termes de l'accusation » (p. 3). Le ministère public n'a pas réfuté le témoignage de M. Sewell,

the introduction of any other documentary or historical evidence. The Crown did not lead evidence to justify the infringement of the aboriginal right.

Arsenault Prov. Ct. J. also held that Mr. Gray did not benefit from a treaty right to harvest timber for personal use.

3.2.2 New Brunswick Court of Queen's Bench, 2003 CarswellNB 635

McIntyre J. allowed the Crown's appeal and found the defendant guilty. In finding that the claim for an aboriginal right had not been made out, McIntyre J. cited a portion of Judge Cain's reasons in *R. v. Sappier and Polchies*. He found that Mr. Sewell's evidence was insufficient to conclude that furniture making for personal use was a central defining feature of the Mi'kmaq culture. He agreed with Cain Prov. Ct. J. that any human society would have done the same.

ni en contre-interrogatoire ni au moyen d'autres preuves documentaires ou historiques. Le ministère public n'a présenté aucun élément de preuve tendant à justifier l'atteinte au droit ancestral.

Le juge Arsenault a également statué que M. Gray n'était pas titulaire d'un droit issu de traités l'autorisant à récolter du bois à des fins personnelles.

3.2.2 Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, 2003 CarswellNB 635

Le juge McIntyre a accueilli l'appel du ministère public et a conclu à la culpabilité du défendeur. Il a estimé que le droit ancestral n'avait pas été établi, citant une partie des motifs exposés par le juge Cain de la Cour provinciale dans *R. c. Sappier et Polchies*. À son avis, le témoignage de M. Sewell ne permettait pas de conclure que la fabrication de meubles à des fins personnelles constituait une caractéristique fondamentale et déterminante de la culture mi'kmaq. À l'instar du juge Cain, il estimait que toute société humaine aurait fait de même.

2.3 New Brunswick Court of Appeal (2004), 273 N.B.R. (2d) 157, 2004 NBCA 57

On behalf of a unanimous Court of Appeal, Robertson J.A., relying on his reasons in *R. v. Sappier and Polchies*, allowed Mr. Gray's appeal and found that a successful claim for an aboriginal right to harvest timber for personal use had been made out. Robertson J.A. further held that his concurring opinion and that of Daigle J.A. in *R. v. Bernard* (2003), 262 N.B.R. (2d) 1, 2003 NBCA 55, were sufficient to dispose of the Crown's extinguishment argument. The Crown did not dispute that the *Crown Lands and Forests Act* infringed the alleged right, nor did it challenge the trial judge's finding that the Crown had failed to justify the infringement.

Mr. Gray did not pursue his treaty right claim before the Court of Appeal or before this Court.

3.2.3 Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (2004), 273 R.N.-B. (2^e) 157, 2004 NBCA 57

Dans un jugement unanime de la Cour d'appel, le juge Robertson, s'appuyant sur ses motifs dans *R. c. Sappier et Polchies*, a accueilli l'appel de M. Gray et fait droit aux arguments invoqués en faveur du droit ancestral de récolter du bois à des fins personnelles. Le juge Robertson a ajouté que ses motifs concordants et ceux exposés par le juge Daigle de la Cour d'appel dans *R. c. Bernard* (2003), 262 R.N.-B. (2^e) 1, 2003 NBCA 55, venaient à bout de l'argument fondé sur l'extinction du droit qu'avait soulevé le ministère public. Ce dernier ne contestait ni le fait que la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne* portait atteinte au droit revendiqué, ni la conclusion du juge du procès selon laquelle le ministère public n'avait pas justifié cette atteinte.

Monsieur Gray a renoncé à faire valoir sa revendication d'un droit issu de traités devant la Cour d'appel et devant notre Cour.

4. The Aboriginal Right Claim

4.1 *Characterization of the Respondents' Claim*

In order to be an aboriginal right, an activity must be an element of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right: *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at para. 46. The first step is to identify the precise nature of the applicant's claim of having exercised an aboriginal right: *Van der Peet*, at para. 76. In so doing, a court should consider such factors as the nature of the action which the applicant is claiming was done pursuant to an aboriginal right, the nature of the governmental regulation, statute or action being impugned, and the practice, custom or tradition being relied upon to establish the right: *Van der Peet*, at para. 53. In this case, the respondents were charged with the unlawful cutting and possession of Crown timber. They claimed an aboriginal right to harvest timber for personal use so as a defence to those charges. The statute at issue prohibits the unauthorized cutting, damaging, removing and possession of timber from Crown lands. The respondents rely on the pre-contact practice of harvesting timber in order to establish their aboriginal right.

The difficulty in the present cases is that the practice relied upon to found the claims as characterized by the respondents was the object of very little evidence at trial. Instead, the respondents led most of their evidence about the importance of wood in Maliseet and Mi'kmaq cultures and the many uses to which it was put. This is unusual because the jurisprudence of this Court establishes the central importance of the actual practice in founding a claim for an aboriginal right. Aboriginal rights are founded upon practices, customs, or traditions which were integral to the distinctive pre-contact culture of an aboriginal people. They are not generally founded upon the

4. La revendication d'un droit ancestral

4.1 *Caractérisation de la revendication des intimés*

Pour constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question : *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 46. Il faut d'abord identifier la nature précise de la prétention de l'intéressé selon laquelle il exerçait un droit ancestral : *Van der Peet*, par. 76. À cette fin, le tribunal doit tenir compte de facteurs tels que la nature de l'acte qui, selon l'intéressé, a été accompli en vertu d'un droit ancestral, la nature du règlement, de la loi ou de la mesure gouvernementale contestée, ainsi que la coutume, pratique ou tradition invoquée pour établir l'existence du droit : *Van der Peet*, par. 53. Dans les présentes affaires, les intimés ont été accusés de coupe illicite de bois sur les terres de la Couronne et de possession illicite de bois provenant de telles terres. Ils ont invoqué pour leur défense un droit ancestral de récolter du bois à des fins personnelles. Aux termes de la loi en cause, il est interdit, sauf autorisation, de couper ou d'endommager le bois qui se trouve sur les terres de la Couronne, de l'enlever de ces terres et d'être en possession de bois qui provient de ces terres. Les intimés fondent l'existence de leur droit ancestral sur la récolte du bois pratiquée avant l'arrivée des Européens.

Dans les présentes affaires, la difficulté tient au fait que très peu d'éléments de preuve ont été présentés lors du procès quant à la pratique servant de fondement aux revendications des intimés. En fait, la majeure partie de la preuve des intimés portait sur l'importance du bois et ses nombreux usages dans les cultures malécites et mi'kmaq. C'est inhabituel parce que la jurisprudence de notre Cour fait clairement ressortir l'importance primordiale de la pratique proprement dite dans toute revendication de droit ancestral. Les droits ancestraux reposent sur les coutumes, pratiques ou traditions qui faisaient partie intégrante de la culture distinctive des peuples autochtones avant leur contact

importance of a particular resource. In fact, an aboriginal right cannot be characterized as a right to a particular resource because to do so would be to treat it as akin to a common law property right. In characterizing aboriginal rights as *sui generis*, this Court has rejected the application of traditional common law property concepts to such rights: *Sparrow*, at pp. 1111-12. In my view, the pre-contact practice is central to the *Van der Peet* test for two reasons.

First, in order to grasp the importance of a resource to a particular aboriginal people, the Court seeks to understand how that resource was harvested, extracted and utilized. These practices are the necessary "aboriginal" component in aboriginal rights. As Lamer C.J. explained in *Van der Peet*, at para. 20:

The task of this Court is to define aboriginal rights in a manner which recognizes that aboriginal rights are rights but which does so without losing sight of the fact that they are rights held by aboriginal people because they are *aboriginal*. The Court must neither lose sight of the generalized constitutional status of what s. 35(1) protects, nor can it ignore the necessary specificity which comes from granting special constitutional protection to one part of Canadian society. The Court must define the scope of s. 35(1) in a way which captures both the aboriginal and the rights in aboriginal rights. [Emphasis in original.]

Section 35 of the *Constitution Act, 1982* seeks to provide a constitutional framework for the protection of the distinctive cultures of aboriginal peoples, so that their prior occupation of North America can be recognized and reconciled with the sovereignty of the Crown: *Van der Peet*, at para. 31. In an oft-quoted passage, Lamer C.J. acknowledged in *Van der Peet*, at para. 30, that, "the doctrine of aboriginal rights exists, and is recognized and affirmed by s. 35(1), because of one simple fact: when Europeans arrived in North America, aboriginal peoples were already here, living in communities on the land, and participating in distinctive cultures, as they had done for centuries"

avec les Européens. En général, ils ne reposent pas sur l'importance d'une ressource en particulier. En fait, le droit ancestral ne peut être considéré comme le droit à une ressource en particulier, puisqu'il s'apparenterait alors à un droit de propriété en common law. En qualifiant les droits ancestraux de droits *sui generis*, notre Cour a rejeté l'application à de tels droits des concepts traditionnels de propriété propres à la common law : *Sparrow*, p. 1111-1112. À mon avis, la pratique antérieure au contact avec les Européens constitue un élément essentiel du critère établi dans *Van der Peet*, et ce, pour deux raisons.

Premièrement, afin de bien saisir l'importance d'une ressource pour un peuple autochtone donné, la Cour tente de comprendre comment cette ressource était récoltée, extraite et utilisée. Ces pratiques forment l'élément « ancestral » essentiel des droits ancestraux. Le juge en chef Lamer s'est exprimé ainsi dans *Van der Peet*, par. 20 :

Notre Cour a pour tâche de définir les droits ancestraux d'une manière qui reconnaisse qu'il s'agit bien de droits, mais de droits détenus par les autochtones parce qu'ils sont des *autochtones*. Notre Cour ne doit pas perdre de vue le statut constitutionnel généralisé des droits protégés par le par. 35(1), mais elle ne peut pas non plus faire abstraction de la nécessaire spécificité qui résulte de la protection constitutionnelle spéciale accordée à un segment de la société canadienne. Notre Cour doit définir la portée du par. 35(1) d'une manière qui permette de cerner à la fois l'aspect « ancestral » et l'aspect « droit » dans l'expression « droits ancestraux ». [Souligné dans l'original.]

L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* établit le cadre constitutionnel régissant la protection des cultures distinctives des peuples autochtones, de manière à reconnaître leur occupation antérieure de l'Amérique du Nord et à concilier ce fait avec la souveraineté de Sa Majesté : *Van der Peet*, par. 31. Dans un passage souvent cité, le juge en chef Lamer a reconnu au par. 30 de l'arrêt *Van der Peet* que « la doctrine des droits ancestraux existe et elle est reconnue et confirmée par le par. 35(1), et ce pour un fait bien simple : quand les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les peuples autochtones s'y trouvaient déjà, ils vivaient en collectivités sur ce territoire et

(emphasis deleted). The goal for courts is, therefore, to determine how the claimed right relates to the pre-contact culture or way of life of an aboriginal society. This has been achieved by requiring aboriginal rights claimants to found their claim on a pre-contact practice which was integral to the distinctive culture of the particular aboriginal community. It is critically important that the Court be able to identify a *practice* that helps to define the distinctive way of life of the community as an aboriginal community. The importance of leading evidence about the pre-contact practice upon which the claimed right is based should not be understated. In the absence of such evidence, courts will find it difficult to relate the claimed right to the pre-contact way of life of the specific aboriginal people, so as to trigger s. 35 protection.

Second, it is also necessary to identify the pre-contact practice upon which the claim is founded in order to consider how it might have evolved to its present-day form. This Court has long recognized that aboriginal rights are not frozen in their pre-contact form, and that ancestral rights may find modern expression: *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33, at para. 13; *Van der Peet*, at para. 64.

In the present cases, the relevant practice for the purposes of the *Van der Peet* test is harvesting wood. It is this practice upon which the respondents opted to found their claims. However, the respondents do not claim a right to harvest wood for any and all purposes — such a right would not provide sufficient specificity to apply the reasoning I have just described. The respondents instead claim the right to harvest timber for personal uses; I find this characterization to be too general as well. As previously explained, it is critical that the Court identify a practice that helps to define the way of life or distinctiveness of the particular aboriginal community. The claimed right should then be

participaient à des cultures distinctives, comme ils l'avaient fait pendant des siècles » (soulignement omis). Il s'agit donc pour les tribunaux de déterminer le lien entre le droit revendiqué et la culture ou le mode de vie du peuple autochtone avant son contact avec les Européens. Pour ce faire, ils ont exigé des Autochtones qu'ils fondent leurs revendications de droits ancestraux sur une pratique antérieure au contact qui faisait partie intégrante de la culture distinctive de la collectivité autochtone concernée. Il est primordial que la Cour puisse circonscrire une *pratique* qui contribue à définir le mode de vie distinctif du groupe en tant que collectivité autochtone. Il ne faut pas minimiser l'importance de présenter des éléments de preuve établissant l'existence de la pratique antérieure au contact sur laquelle repose le droit revendiqué. Car en l'absence de tels éléments, les tribunaux auront du mal à établir un lien entre le droit revendiqué et le mode de vie antérieur au contact du peuple autochtone concerné de façon à faire intervenir la protection prévue à l'art. 35.

Deuxièmement, il est également nécessaire d'identifier la pratique antérieure au contact sur laquelle repose la revendication afin de voir comment elle a pu évoluer pour arriver à sa forme actuelle. Notre Cour reconnaît depuis longtemps que les droits ancestraux ne sont pas figés dans l'état où ils se trouvaient avant le contact avec les Européens, et qu'ils peuvent trouver une expression moderne : *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33, par. 13; *Van der Peet*, par. 64.

Dans les présentes affaires, la récolte du bois est la pratique pertinente eu égard au critère établi dans *Van der Peet*. C'est sur cette pratique que les intimés ont choisi de fonder leurs revendications. Toutefois, les intimés ne revendiquent pas le droit de récolter du bois à n'importe quelle fin — un tel droit ne comporterait pas la spécificité nécessaire à l'application du raisonnement que je viens d'exposer. En effet, les intimés revendiquent plutôt le droit de récolter du bois à des fins personnelles. À mon avis, cette caractérisation est elle aussi trop générale. Comme il a été expliqué plus tôt, il est primordial que la Cour identifie la pratique qui contribue à définir le mode de vie ou le caractère distinctif

delineated in accordance with that practice: *Van der Peet*, at para. 52. The way of life of the Maliseet and of the Mi'kmaq during the pre-contact period is that of a migratory people who lived from fishing and hunting and who used the rivers and lakes of Eastern Canada for transportation. Thus, the practice should be characterized as the harvesting of wood for certain uses that are directly associated with that particular way of life. The record shows that wood was used to fulfill the communities' domestic needs for such things as shelter, transportation, tools and fuel. I would therefore characterize the respondents' claim as a right to harvest wood for domestic uses as a member of the aboriginal community.

The word "domestic" qualifies the uses to which the harvested timber can be put. The right so characterized has no commercial dimension. The harvested wood cannot be sold, traded or bartered to produce assets or raise money. This is so even if the object of such trade or barter is to finance the building of a dwelling. In other words, although the right would permit the harvesting of timber to be used in the construction of a dwelling, it is not the case that a right holder can sell the wood in order to raise money to finance the purchase or construction of a dwelling, or any of its components.

The right to harvest wood for domestic uses is a communal one. Section 35 recognizes and affirms existing aboriginal and treaty rights in order to assist in ensuring the continued existence of these particular aboriginal societies. The exercise of the aboriginal right to harvest wood for domestic uses must be tied to this purpose. The right to harvest (which is distinct from the right to make personal use of the harvested product even though they are related) is not one to be exercised by any member of the aboriginal community independently of the aboriginal society it is meant to preserve. It is a right that assists the society in maintaining its distinctive character.

de la collectivité autochtone concernée. Le droit revendiqué devrait ensuite être défini en fonction de cette activité ou pratique : *Van der Peet*, par. 52. Pendant la période antérieure à leur contact avec les Européens, les Malécites et les Mi'kmaq étaient des peuples nomades qui vivaient de la pêche et de la chasse et qui utilisaient les rivières et les lacs de l'Est du Canada pour se déplacer. Ainsi, il faudrait dire que l'activité de récolte du bois visait certains usages directement reliés à ce mode de vie particulier. Il ressort du dossier que le bois récolté par les membres de la collectivité était destiné à des usages domestiques, c'est-à-dire pour les abris, le transport, le combustible et les outils. En conséquence, je caractériserais la revendication des intimés comme le droit de récolter du bois à des fins domestiques en tant que membres de la collectivité autochtone.

L'adjectif « domestique » qualifie les usages qui peuvent être faits du bois récolté. Le droit ainsi caractérisé n'a aucune dimension commerciale. Le bois récolté ne peut être vendu, échangé ou troqué pour obtenir des biens ou recueillir de l'argent. Il en est ainsi même si l'objectif de l'échange ou du troc est de financer la construction d'une habitation. En d'autres termes, le droit permettrait de récolter du bois pour construire une habitation, mais il n'autoriserait cependant pas son titulaire à vendre le bois afin d'obtenir l'argent nécessaire à l'achat ou à la construction de cette habitation ou d'un de ses éléments.

La nature collective du droit comporte un deuxième volet. L'article 35 reconnaît et confirme les droits existants — ancestraux ou issus de traités — dans le but d'assurer la survie de ces sociétés autochtones particulières. L'exercice du droit ancestral de récolter du bois à des fins domestiques doit être rattaché à cet objet. En effet, le droit de récolter (distinct du droit d'utiliser à des fins personnelles le produit récolté, même si les deux sont reliés) ne doit pas être exercé par un membre de la collectivité autochtone indépendamment de la société autochtone qu'il vise à préserver. Il s'agit d'un droit qui aide la société à conserver son caractère distinctif.

4.2 *The Integral to a Distinctive Culture Test*

4.2.1 The Evidentiary Problem

The question before the Court at this stage is whether the practice of harvesting wood for domestic uses was integral to the distinctive culture of the Maliseet and Mi'kmaq, pre-contact. As previously explained, very little evidence was led with respect to the actual harvesting practice. Nevertheless, this Court has previously recognized an aboriginal right based on evidence showing the importance of a resource to the pre-contact culture of an aboriginal people. In *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101, this Court recognized an aboriginal right to fish for food in Lake St. Francis despite the fact that “[t]he fish were not significant to the Mohawks for social or ceremonial reasons” (para. 45). The Court based its holding on the fact that “[the fish] were an important and significant source of subsistence for the Mohawks” (para. 45). In other words, the Court recognized a right to fish for food based on the importance of the resource. Fishing was such a significant practice as to constitute a way of life. In this sense, it was part of what made the pre-contact Mohawk community distinctive.

In the present cases, the evidence established that wood was critically important to the Maliseet and the Mi'kmaq, pre-contact. The learned trial judge in the *Sappier and Polchies* prosecution found that the Maliseet people used wood or wood products from the forest in which they lived to construct shelters, implements of husbandry and perhaps in the construction of what might be called rude furnishings (para. 12). Cain Prov. Ct. J. also referred to evidence that was led to the effect that the pre-European Maliseet society revered wood and considered it sacred (para. 13). Referring to the *Gray* prosecution, Cain Prov. Ct. J. stated that, “[t]here is no question that the evidence of Mr. Sewell in *Gray* (*supra*) clearly established an

4.2 *Critère de la partie intégrante d'une culture distinctive*

4.2.1 Problème de preuve

À ce stade-ci, la Cour doit déterminer si la pratique de récolter du bois à des fins domestiques faisait partie intégrante de la culture distinctive des Malécites et des Mi'kmaq avant leur contact avec les Européens. Comme il a déjà été expliqué, très peu d'éléments de preuve ont été présentés quant à la pratique de la récolte proprement dite. Néanmoins, notre Cour a déjà reconnu l'existence d'un droit ancestral en se fondant sur des preuves relatives à l'importance d'une ressource dans la culture d'un peuple autochtone avant l'arrivée des Européens. Dans *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, notre Cour a ainsi reconnu le droit issu de traités de pratiquer la pêche à des fins alimentaires dans le lac Saint-François même si le « poisson n'était pas important pour les Mohawks à des fins sociales ou rituelles » (par. 45). La Cour a fondé sa conclusion sur le fait que « [le poisson] était une importante denrée alimentaire » (par. 45). C'est donc dire que la Cour a reconnu le droit de pêcher à des fins alimentaires en raison de l'importance de cette ressource. La pêche était une activité d'une telle importance qu'elle constituait un mode de vie. En ce sens, elle figurait au nombre des caractéristiques qui donnaient à la collectivité mohawk antérieure au contact avec les Européens son caractère distinctif.

Dans les présents pourvois, il a été établi que le bois avait une importance cruciale pour les Malécites et les Mi'kmaq avant le contact avec les Européens. À l'issue du procès de MM. Sappier et Polchies, le juge a conclu que les Malécites utilisaient le bois ou des produits fabriqués avec le bois des forêts dans lesquelles ils vivaient pour construire des abris, des outils agricoles et peut-être même fabriquer ce que l'on pourrait appeler des meubles grossiers (par. 12). Le juge Cain de la Cour provinciale a également fait mention d'éléments de preuve attestant que les sociétés autochtones occupant le territoire avant l'arrivée des Européens vénéraient le bois qu'elles considéraient comme sacré (par. 13). Le juge Cain a

historical pattern and tradition of the use of wood from Crown lands for the construction of furniture and housing” (para. 27). He went on to comment that “[s]imilar evidence was led in the case at bar” (para. 27).

In the *Gray* prosecution, the trial judge declared the defence witness, Mr. Sewell, an expert “regarding oral traditions and customs which have been passed down through the generations and more particularly in the field of describing practices and customs relating to the use of and gathering of wood by aboriginals in the geographical area encompassed by the terms of the charge” (Arsenault Prov. Ct. J., at p. 3). As previously mentioned, Mr. Sewell is Mi’kmaq and a status Indian who is recognized as an elder and historian within his community. Arsenault Prov. Ct. J. stated that:

I have found and I do find that the evidence of Mr. Sewell was reliable and extremely useful to this court and I might point out that it was in no way diminished by cross-examination nor did the Crown in this case elect to contradict it by any documentary evidence or the evidence of any historian. [p. 23]

Mr. Sewell testified about the many uses to which wood was and continues to be put. He spoke of using the inner bark of a cedar tree for rope, and of cutting strips of it to be used in the construction of the old birch bark canoes. Birch bark and ash were used to make baskets. Birch, poplar and black spruce were fashioned into paddles. Any leftover birch or maple was used for firewood. He spoke of using cedar to make drums, and of how the aboriginal peoples were also carvers. He testified that some of the figureheads on the first ships to arrive in Canada were done by aboriginals. Mr. Sewell spoke of building camps and making pots out of wood. He testified that the pots were made out of large logs, using fire first to burn out the centre and then chiselling it out. He spoke of using bird’s eye maple and curly maple in the construction of axe handles and boat paddles, either for sale

tenu les propos suivants au sujet de l’affaire *Gray* : [TRADUCTION] « Il ne fait aucun doute que dans *Gray*, le témoignage de M. Sewell a clairement établi l’existence d’un mode et d’une tradition historiques en ce qui concerne l’utilisation de bois provenant des terres de la Couronne pour la fabrication de meubles et la construction de maisons. » (par. 27) Il a ajouté qu’une [TRADUCTION] « preuve analogue a été produite en l’espèce » (par. 27).

Dans l’affaire *Gray*, le juge du procès a déclaré que le témoin de la défense, M. Sewell, était un expert [TRADUCTION] « en ce qui concerne les traditions orales et les coutumes qui ont été transmises de génération en génération et, notamment, la description des pratiques et coutumes se rapportant à l’usage et à la récolte de bois par les autochtones dans la région géographique visée par les termes de l’accusation » (le juge Arsenault de la Cour provinciale, p. 3). Comme il a déjà été mentionné, M. Sewell est un Mi’kmaq et un Indien inscrit, reconnu comme un aîné et un historien au sein de sa collectivité. Le juge Arsenault a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] J’ai estimé et j’estime le témoignage de M. Sewell digne de foi et très utile à la Cour. J’ajouterais que le contre-interrogatoire n’en a nullement diminué la portée, et que le ministère public a choisi de ne pas le contredire au moyen de preuves documentaires ou du témoignage d’un autre historien. [p. 23]

Dans son témoignage, M. Sewell a expliqué les nombreux usages qui étaient faits du bois et qui continuent d’en être faits. Avec l’écorce interne du cèdre, on fabriquait des cordages, et on découpait des bandes d’écorce dont on se servait pour la construction des anciens canots d’écorce de bouleau. L’écorce de bouleau et de frêne servait à la confection de paniers. Le bouleau, le peuplier et l’épinette noire servaient à la fabrication de pagaies. Les restes de bois de bouleau et d’érable étaient utilisés comme bois de chauffage. Monsieur Sewell a indiqué que le bois de cèdre servait à la confection de tambours et que les peuples autochtones sculptaient le bois. Certaines figures de proue qui ornaient les premiers navires arrivés au Canada ont été réalisées par des Autochtones. Monsieur Sewell a parlé de l’installation de campements, et aussi de la fabrication de marmites en bois avec

or for gifts. He confirmed that the extraction of sap from maple and birch trees had been known to the Mi'kmaq for centuries (testimony of Gilbert Sewell, presented during examination-in-chief, October 4, 2000, pp. 16-19 (A.R., vol. I, at pp. 80-83)). Finally, he spoke of the practice of fashioning spears for fishing out of ash (A.R., vol. I, at p. 94).

Mr. Sewell concluded that, “[s]o, as far back as I can read in history or the oral tradition that has been passed down to me, it’s been — we’ve been always gathering and we’ve been always using wood as, as, as a way of life” (A.R., vol. I, at p. 81). This evidence detailing the many uses to which wood was put by the Mi'kmaq as a whole is important given the communal nature of aboriginal rights. The trial judge accepted this evidence as proof that the practice of harvesting wood for domestic uses was integral to the pre-contact Mi'kmaq way of life.

Before this Court, the Crown conceded in the *Sappier and Polchies* appeal that wood was important to the Maliseet for survival purposes in the pre-contact period (appellant’s factum, at para. 46). The Crown also acknowledged that “wood was undeniably used in many facets of aboriginal life” (*ibid.*). In the *Gray* appeal, the Crown similarly conceded that “wood was used in Mi'kmaq society to ensure survival” (*ibid.*, at para. 44).

As in *Adams*, I infer from this evidence that the practice of harvesting wood for domestic uses was also significant, though undertaken primarily for survival purposes. Flexibility is important when engaging in the *Van der Peet* analysis because the object is to provide cultural security and continuity for the particular aboriginal society. This object gives context to the analysis. For this reason, courts must be prepared to draw necessary inferences

de gros rondins, dont les Autochtones évidaient le centre au ciseau après l’avoir brûlé. Il a ajouté que l’érable moucheté et l’érable madré servaient à fabriquer les manches de haches et les pagaies, qui étaient ensuite vendus ou offerts en cadeau. Il a confirmé que les Mi'kmaq recueillent la sève des érables et des bouleaux depuis des siècles (témoignage de Gilbert Sewell, interrogatoire principal, 4 octobre 2000, p. 16-19 (d.a., vol. I, p. 80-83)). Enfin, le témoin a expliqué la pratique de façonner le bois de frêne en lances pour la pêche (d.a., vol. I, p. 94).

En conclusion, M. Sewell a déclaré ceci : [TRADUCTION] « Donc, l’histoire ainsi que la tradition orale qui m’a été transmise révèlent, selon moi, que nous avons toujours récolté et utilisé le bois; c’était notre mode de vie » (d.a., vol. I, p. 81). Cette description détaillée des nombreux usages qui étaient faits du bois par l’ensemble des Mi'kmaq est importante, vu la nature collective des droits ancestraux. Pour le juge de première instance, ce témoignage établissait que la pratique consistant à récolter du bois à des fins domestiques faisait partie intégrante du mode de vie des Mi'kmaq avant leur contact avec les Européens.

Devant notre Cour, le ministère public a admis, à l’égard du pourvoi *Sappier et Polchies*, que le bois était important pour la survie des Malécites pendant la période antérieure au contact (mémoire de l’appelant, par. 46). Le ministère public a également reconnu que le [TRADUCTION] « bois avait incontestablement de nombreux usages dans la vie des Autochtones » (*ibid.*). Dans le pourvoi *Gray*, le ministère public a de la même façon admis que « les Mi'kmaq utilisaient le bois pour assurer leur survie » (*ibid.*, par. 44).

Tout comme dans l’arrêt *Adams*, je déduis de ce témoignage que la récolte de bois à des fins domestiques était également une pratique importante, même si le bois était surtout récolté pour assurer la survie. La souplesse s’impose lorsqu’on entreprend l’analyse retenue dans l’arrêt *Van der Peet*, puisque l’objectif est d’assurer la sécurité et la continuité culturelles de la société autochtone concernée. Cet objectif constitue le contexte de l’analyse. Pour

about the existence and integrality of a practice when direct evidence is not available.

Flexibility is also important in the present cases with regard to the relevant time frame during which the practice must be found to have been integral to the distinctive culture of the aboriginal society in question. It is settled law that the time period courts consider in determining whether the *Van der Peet* test has been met is the period prior to contact with the Europeans (see *R. v. Powley*, [2003] 2 S.C.R. 207, 2003 SCC 43, which modified the *Van der Peet* test insofar as it applies to the Métis although it affirmed it otherwise). As Lamer C.J. explained in *Van der Peet*, “[b]ecause it is the fact that distinctive aboriginal societies lived on the land prior to the arrival of Europeans that underlies the aboriginal rights protected by s. 35(1), it is to that pre-contact period that the courts must look in identifying aboriginal rights” (para. 60). Before this Court, the Attorney General of Nova Scotia, intervenor, objected to some of Mr. Sewell’s evidence insofar as he did not specify to which time period he was referring when describing the uses to which harvested wood was put by the Mi’kmaq. In other words, it was respectfully submitted that it was unclear whether he was always describing pre-contact practices. In dismissing this concern, I need only repeat what was said in *Van der Peet*, and reiterated more recently in *Mitchell* at para. 29, about the adapted rules of evidence applicable in aboriginal rights litigation and the use of post-contact evidence to prove the existence and integrality of pre-contact practices:

That this is the relevant time should not suggest, however, that the aboriginal group claiming the right must accomplish the next to impossible task of producing conclusive evidence from pre-contact times about

cette raison, les tribunaux doivent, en l’absence de preuves directes, être disposés à faire les inférences nécessaires pour déterminer si la pratique existait et si elle faisait partie intégrante de la culture distinctive.

Il est également important, dans les présentes affaires, de faire montre de souplesse relativement à la période pendant laquelle la pratique doit avoir fait partie intégrante de la culture distinctive de la société autochtone concernée. Il est bien établi en droit que la période antérieure au contact avec les Européens est celle que les tribunaux prennent en compte pour déterminer s’il a été satisfait au critère énoncé dans *Van der Peet* (voir *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207, 2003 CSC 43, arrêt qui a modifié ce critère dans la mesure où il est appliqué aux Métis, tout en le confirmant par ailleurs). Le juge en chef Lamer a donné l’explication suivante dans *Van der Peet* : « Comme c’est le fait que des sociétés autochtones distinctives vivaient sur le territoire avant l’arrivée des Européens qui est le fondement des droits ancestraux protégés par le par. 35(1), c’est à cette période antérieure au contact que les tribunaux doivent s’attacher dans l’identification des droits ancestraux. » (par. 60) Devant notre Cour, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, partie intervenante, s’est opposé à certains des éléments du témoignage de M. Sewell, dans la mesure où ce dernier n’a pas précisé la période dont il parlait lorsqu’il a décrit les usages que les Mi’kmaq faisaient du bois récolté. En d’autres mots, il a été plaidé qu’il n’était pas clair que les pratiques décrites par le témoin étaient toutes antérieures au contact. Toutefois, pour rejeter cette objection, je n’ai qu’à répéter les propos tenus dans *Van der Peet* et réitérés plus récemment dans *Mitchell*, par. 29, au sujet de l’adaptation des règles de preuve applicables dans les litiges portant sur les droits ancestraux et au sujet de l’utilisation de preuves d’activités postérieures au contact pour établir que les pratiques en cause existaient avant le contact et faisaient partie intégrante de la culture :

Le fait qu’il s’agisse là de la période pertinente n’emporte cependant pas que le groupe autochtone revendiquant le droit en cause doit s’acquitter de la tâche pratiquement impossible de produire, relativement aux

the practices, customs and traditions of their community. It would be entirely contrary to the spirit and intent of s. 35(1) to define aboriginal rights in such a fashion so as to preclude in practice any successful claim for the existence of such a right. The evidence relied upon by the applicant and the courts may relate to aboriginal practices, customs and traditions post-contact; it simply needs to be directed at demonstrating which aspects of the aboriginal community and society have their origins pre-contact. It is those practices, customs and traditions that can be rooted in the pre-contact societies of the aboriginal community in question that will constitute aboriginal rights. [para. 62]

4.2.2 Whether a Practice Undertaken for Survival Purposes Can Be Considered Integral to an Aboriginal Community's Distinctive Culture

The principal issue on appeal is whether a practice undertaken for survival purposes can meet the integral to a distinctive culture test. The learned trial judge in the *Sappier and Polchies* trial concluded that it could not. Cain Prov. Ct. J. was of the view that:

The practice of using wood to construct shelters, irrespective of whether they were wigwams or wooden building or of using wood to make furniture, was not in any way integral to the distinctive culture of the ancestors of the Woodstock First Nation in pre-European times. From the evidence adduced it is clear that they used wood or wood products from the forest in which they lived to construct shelters, implements of husbandry and perhaps in the construction of what might be called rude furnishings. Any humane society who would have been living on the same lands in New Brunswick at the same time would have used wood and wood products for the same purpose. [para. 12]

In making these comments, Cain Prov. Ct. J. relied on a statement made by Lamer C.J. in *Van der Peet*, at para. 56:

To recognize and affirm the prior occupation of Canada by distinctive aboriginal societies it is to what makes

coutumes, pratiques et traditions de sa collectivité, une preuve concluante, datant de l'époque antérieure au contact avec les Européens. Il serait tout à fait contraire à l'esprit et au but du par. 35(1) de définir les droits ancestraux d'une manière qui, dans la pratique, vouerait à l'échec toute revendication de l'existence de tels droits. La preuve sur laquelle s'appuie le demandeur et les tribunaux peut se rapporter aux coutumes, pratiques et traditions autochtones postérieures au contact avec les Européens. Il suffit que cette preuve tende à démontrer lesquels des aspects de la collectivité et de la société autochtones datent d'avant le contact avec les Européens. Constitueront des droits ancestraux les coutumes, pratiques et traditions dont l'origine peut être attribuée aux ancêtres de la collectivité autochtone en cause, qui vivaient avant le contact avec les Européens. [par. 62]

4.2.2 Une pratique visant à assurer la survie peut-elle être considérée comme une partie intégrante de la culture distinctive d'une collectivité autochtone?

Les présents pourvois soulèvent principalement la question de savoir si une pratique visant à assurer la survie peut satisfaire au critère de la partie intégrante d'une culture distinctive. Dans *Sappier et Polchies*, le juge Cain de la Cour provinciale a répondu par la négative à cette question. Il a exprimé l'opinion suivante :

[TRADUCTION] La pratique consistant à utiliser du bois pour construire des abris, qu'il s'agisse de wigwams ou de bâtiments en bois, ou encore pour fabriquer des meubles, ne faisait en aucun cas partie intégrante de la culture distinctive des ancêtres de la Première nation de Woodstock avant l'arrivée des Européens. La preuve qui a été produite indique clairement qu'ils utilisaient le bois ou des produits fabriqués avec le bois des forêts dans lesquelles ils vivaient afin de construire des abris, des outils agricoles et peut-être même de fabriquer ce que l'on pourrait appeler des meubles grossiers. Toute société humaine qui aurait vécu sur les mêmes terres au Nouveau-Brunswick à la même époque aurait utilisé du bois et des produits fabriqués avec du bois des forêts dans le même but. [par. 12]

Le juge Cain de la Cour provinciale fondait ses observations sur les propos suivants du juge en chef Lamer dans *Van der Peet*, par. 56 :

Pour reconnaître et confirmer l'occupation antérieure du pays par des sociétés autochtones distinctives, le

those societies distinctive that the court must look in identifying aboriginal rights. The court cannot look at those aspects of the aboriginal society that are true of every human society (e.g., eating to survive), nor can it look at those aspects of the aboriginal society that are only incidental or occasional to that society; the court must look instead to the defining and central attributes of the aboriginal society in question. It is only by focusing on the aspects of the aboriginal society that make that society distinctive that the definition of aboriginal rights will accomplish the purpose underlying s. 35(1). [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

Relying on this passage, Cain Prov. Ct. J. concluded that harvesting timber to construct a shelter was akin to eating to survive. This statement by Lamer C.J. appears to have resulted in considerable confusion as to whether a practice undertaken strictly for survival purposes can found an aboriginal right claim. However, further in his decision, Lamer C.J. clarifies that the pre-contact practice, custom or tradition relied on need not be distinct; it need only be distinctive. In so doing, he confirms that fishing for food can, in certain contexts, meet the integral to a distinctive culture test:

That the standard an aboriginal community must meet is distinctiveness, not distinctness, arises from the recognition in *Sparrow, supra*, of an aboriginal right to fish for food. Certainly no aboriginal group in Canada could claim that its culture is "distinct" or unique in fishing for food; fishing for food is something done by many different cultures and societies around the world. What the Musqueam claimed in *Sparrow, supra*, was rather that it was fishing for food which, in part, made Musqueam culture what it is; fishing for food was characteristic of Musqueam culture and, therefore, a distinctive part of that culture. Since it was so it constituted an aboriginal right under s. 35(1). [Emphasis deleted; para. 72.]

More recently, this Court has recognized a right to fish for food in *Adams* and in *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139. In *Adams*, the Court specifically noted

tribunal doit, dans l'identification des droits ancestraux, s'attacher à ce qui rend ces sociétés distinctives. Il ne peut tenir compte des aspects de la société autochtone qui sont communs à toutes les sociétés humaines (p. ex. le fait de manger pour survivre), ni des aspects de la société autochtone qui n'ont qu'un caractère secondaire ou occasionnel; le tribunal doit plutôt s'attacher aux attributs fondamentaux de la société autochtone concernée, qui la définissent. Ce n'est que si elle s'attache aux aspects de la société autochtone qui rendent celle-ci distinctive que la définition des droits ancestraux permettra la réalisation de l'objet qui sous-tend le par. 35(1). [Je souligne; soulignement dans l'original omis.]

S'appuyant sur ce passage, le juge Cain a conclu que le fait de récolter du bois pour construire un abri s'apparentait à manger pour survivre. Les propos susmentionnés du juge en chef Lamer semblent avoir semé beaucoup de confusion quant à la question de savoir si une pratique ayant pour seul but la survie peut fonder la revendication d'un droit ancestral. Plus loin dans ses motifs, le juge en chef Lamer précise pourtant que la coutume, pratique ou tradition antérieure au contact avec les Européens n'a pas à être distincte; il suffit qu'elle soit distinctive. Il confirme ainsi que pêcher à des fins alimentaires peut, dans certains contextes, satisfaire au critère de la partie intégrante d'une culture distinctive :

Le fait que la norme à laquelle doit satisfaire une collectivité autochtone est celle du caractère distinctif et non du caractère distinct découle de la reconnaissance, dans *Sparrow*, précité, de l'existence d'un droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires. Il est certain qu'aucun groupe autochtone au Canada ne saurait prétendre que sa culture est « distincte » ou unique du fait qu'il pêche à des fins alimentaires. La pêche à des fins alimentaires est en effet pratiquée par bon nombre de cultures et de sociétés différentes aux quatre coins du monde. Ce que les Musqueams soutenaient dans *Sparrow*, précité, c'était plutôt que cette pêche contribuait à faire de la culture musqueam ce qu'elle est. La pêche à des fins alimentaires était caractéristique de la culture musqueam et, par conséquent, un élément distinctif de cette culture. De ce fait, elle constituait un droit ancestral visé au par. 35(1). [Soulignement omis; par. 72.]

Plus récemment, notre Cour a reconnu un droit de pêcher à des fins alimentaires dans *Adams* et dans *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139. Dans *Adams*,

that fish were only important as a source of subsistence. In *Côté*, Lamer C.J. emphasized that “[f]ishing was significant to the Algonquins, as it represented the predominant source of subsistence during the season leading up to winter” (para. 68). Moreover, this Court has previously suggested that the scope of s. 35 should extend to protect the means by which an aboriginal society traditionally sustained itself, and that the *Van der Peet* test emphasizes practices that are vital to the life of the aboriginal society in question: see *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821, at para. 28, and *Mitchell*, at para. 12, respectively. I wish to clarify, however, that there is no such thing as an aboriginal right to sustenance. Rather, these cases stand for the proposition that the traditional *means* of sustenance, meaning the pre-contact practices relied upon for survival, can in some cases be considered integral to the distinctive culture of the particular aboriginal people.

I can therefore find no jurisprudential authority to support the proposition that a practice undertaken merely for survival purposes cannot be considered integral to the distinctive culture of an aboriginal people. Rather, I find that the jurisprudence weighs in favour of protecting the traditional means of survival of an aboriginal community.

McLachlin C.J. explained in *Mitchell* that in order to satisfy the *Van der Peet* test, the practice, custom or tradition must have been integral to the distinctive culture of the aboriginal peoples, in the sense that

it distinguished or characterized their traditional culture and lay at the core of the peoples’ identity. It must be a “defining feature” of the aboriginal society, such that the culture would be “fundamentally altered” without it. It must be a feature of “central significance” to the peoples’ culture, one that “truly made the society what it was” (*Van der Peet*, *supra*, at paras. 54-59 . . .). [Emphasis deleted; para. 12.]

As I have already explained, the purpose of this exercise is to understand the way of life of

la Cour a signalé que le poisson n’était important qu’à titre de denrée alimentaire. Dans *Côté*, le juge en chef Lamer a insisté tout particulièrement sur le fait que la « pêche était importante pour les Algonquins parce qu’elle était leur principale source de subsistance pendant la saison précédant l’hiver » (par. 68). En outre, notre Cour a déjà indiqué que la protection garantie par l’art. 35 devrait s’étendre aux moyens de subsistance traditionnels d’une société autochtone et que le critère énoncé dans *Van der Peet* met l’accent sur les pratiques nécessaires à la survie de la société autochtone en question : voir *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821, par. 28, et *Mitchell*, par. 12, respectivement. Je tiens toutefois à préciser qu’il n’existe pas de droit ancestral à la subsistance. Ce qui ressort de ces arrêts, c’est plutôt que les *moyens* de subsistance traditionnels, soit les pratiques antérieures au contact sur lesquelles reposait la survie, peuvent dans certains cas être considérés comme une partie intégrante de la culture distinctive du peuple autochtone visé.

En conséquence, il n’existe à mon avis aucune jurisprudence appuyant la thèse selon laquelle une pratique ayant pour seul but la survie ne saurait être considérée comme faisant partie intégrante de la culture distinctive d’un peuple autochtone. La jurisprudence me semble plutôt favoriser la protection des moyens traditionnels de subsistance des collectivités autochtones.

Dans l’arrêt *Mitchell*, la juge en chef McLachlin a expliqué que pour satisfaire au critère établi dans *Van der Peet*, la coutume, pratique ou tradition doit avoir fait partie intégrante de la culture distinctive autochtone, au sens où

elle doit avoir distingué ou caractérisé leur culture traditionnelle et avoir été au cœur de leur identité. Elle doit être une « caractéristique déterminante » de la société autochtone, de sorte que la culture en cause serait « fondamentalement modifiée » sans elle. Il doit s’agir d’une caractéristique qui a une « importance fondamentale » dans la culture du peuple autochtone, qui « véritablement faisait de la société ce qu’elle était » (*Van der Peet*, précité, par. 54-59 . . .). [Soulignement omis; par. 12.]

Comme je l’ai déjà expliqué, il s’agit de comprendre le mode de vie d’une société autochtone

the particular aboriginal society, pre-contact, and to determine how the claimed right relates to it. This is achieved by founding the claim on a pre-contact practice, and determining whether that practice was integral to the distinctive culture of the aboriginal people in question, pre-contact. Section 35 seeks to protect integral elements of the way of life of these aboriginal societies, including their traditional means of survival. Although this was affirmed in *Sparrow, Adams* and *Côté*, the courts below queried whether a practice undertaken strictly for survival purposes really went to the core of a people's identity. Although intended as a helpful description of the *Van der Peet* test, the reference in *Mitchell* to a "core identity" may have unintentionally resulted in a heightened threshold for establishing an aboriginal right. For this reason, I think it necessary to discard the notion that the pre-contact practice upon which the right is based must go to the core of the society's identity, i.e. its single most important defining character. This has never been the test for establishing an aboriginal right. This Court has clearly held that a claimant need only show that the practice was integral to the aboriginal society's pre-contact distinctive culture.

The notion that the pre-contact practice must be a "defining feature" of the aboriginal society, such that the culture would be "fundamentally altered" without it, has also served in some cases to create artificial barriers to the recognition and affirmation of aboriginal rights. The trial judge in the *Sappier and Polchies* prosecution concluded that Maliseet culture would not have been fundamentally altered had wood not been available to it. In his opinion, "[t]he society would in all probability have used some other available material" (para. 14). In response, I would adopt the following comments made by Robertson J.A., on behalf of the Court of Appeal:

spécifique, avant son contact avec les Européens, ainsi que le lien entre le droit revendiqué et ce mode de vie. Il convient pour cela de fonder la revendication sur une pratique antérieure au contact et de déterminer si cette pratique faisait partie intégrante de la culture distinctive du peuple autochtone concerné, avant son contact avec les Européens. L'article 35 vise à protéger des éléments qui font partie intégrante du mode de vie de ces sociétés autochtones, notamment leurs moyens de subsistance traditionnels. Bien que cela ait été confirmé dans *Sparrow, Adams* et *Côté*, les tribunaux d'instance inférieure se sont demandé si une pratique ayant pour seul but la survie pouvait réellement être au cœur de l'identité d'un peuple. L'expression « au cœur de leur identité » a été utilisée dans *Mitchell* comme une description utile du critère établi dans *Van der Peet*, mais peut-être a-t-elle eu involontairement pour effet de hausser la barre lorsqu'il s'agit d'établir l'existence d'un droit ancestral. C'est pourquoi il est nécessaire, je pense, de dissiper l'idée que la pratique antérieure au contact sur laquelle repose le droit revendiqué doit être au cœur de l'identité de la société, c'est-à-dire constituer le trait distinctif le plus déterminant. La preuve de l'existence d'un droit ancestral n'a jamais été soumise à ce critère. Notre Cour a clairement décidé que le demandeur doit uniquement établir que la pratique faisait partie intégrante de la culture distinctive de la société autochtone concernée avant son contact avec les Européens.

L'idée que la pratique antérieure au contact devrait être une « caractéristique déterminante » de la société autochtone, de sorte que la culture en cause serait « fondamentalement modifiée » sans elle, a également créé, parfois, des obstacles artificiels à la reconnaissance et à la confirmation des droits ancestraux. Dans *Sappier et Polchies*, le juge du procès a conclu que la culture des Malécites n'aurait pas été fondamentalement modifiée si ce peuple n'avait pas disposé de bois. À son avis, [TRADUCTION] « [i]l est tout probable que cette société aurait utilisé un autre matériau » (par. 14). À cet égard, je fais miens les commentaires suivants, formulés par le juge Robertson au nom de la Cour d'appel :

... I am at a loss to speculate on what other natural resource might have been used had wood not been available. Snow houses would have provided New Brunswick's aboriginal societies with adequate shelter during the winter months only. Whether fish and wildlife by-products would have served as an alternative source of fuel, and an adequate one, is a question on which I need not speculate. There is also the question as to how the aboriginal societies of New Brunswick would have traversed the lakes and rivers of this Province, in pursuit of fish and wildlife, without the traditional means of transportation: canoes. [para. 91]

I further agree with Robertson J.A. that courts should be cautious in considering whether the particular aboriginal culture would have been fundamentally altered had the gathering activity in question not been pursued. The learned judge correctly notes that "[a] society that fishes for sustenance will survive even if it does not consume meat and the converse is equally true" (para. 92).

4.2.3 Applying the *Van der Peet* Test: the Meaning of "Distinctive Culture"

This brings us to the question of what is meant by "distinctive culture". As previously explained, this Court in *Van der Peet* set out to interpret s. 35 of the Constitution in a way which captures both the aboriginal and the rights in aboriginal rights. Lamer C.J. spoke of the "necessary specificity which comes from granting special constitutional protection to one part of Canadian society" (para. 20). It is that aboriginal specificity which the notion of a "distinctive culture" seeks to capture. However, it is clear that "Aboriginality means more than interesting cultural practices and anthropological curiosities worthy only of a museum" (C. C. Cheng, "Touring the Museum: A Comment on *R. v. Van der Peet*" (1997), 55 *U.T. Fac. L. Rev.* 419, at p. 434). R. L. Barsh and J. Y. Henderson argue that as a result of the *Van der Peet* decision, "'culture' has implicitly been taken to mean a fixed inventory of traits or characteristics" ("The Supreme Court's *Van der Peet* Trilogy:

... je n'arrive pas à deviner quelle autre ressource naturelle on aurait pu utiliser si le bois n'avait pas été là. Les huttes en neige gelée auraient fourni aux sociétés autochtones du Nouveau-Brunswick un abri suffisant, mais pour les mois d'hiver uniquement. Je n'ai pas à spéculer sur la question de savoir si le poisson et les dérivés de la faune auraient servi de source subsidiaire et suffisante de combustible. Il y a aussi la question de savoir comment les sociétés autochtones du Nouveau-Brunswick auraient traversé les lacs et les rivières de notre province, à la recherche du poisson et des animaux de la faune, sans le moyen traditionnel de transport que constituaient les canots. [par. 91]

À l'instar du juge Robertson, j'estime également que les tribunaux doivent faire preuve de prudence lorsqu'il s'agit de déterminer si la culture visée aurait été fondamentalement modifiée dans l'hypothèse où l'activité de récolte en cause n'aurait pas existé. Le juge fait à juste titre remarquer que la « société qui pêche pour assurer sa subsistance survivra, même si elle ne mange pas de viande, et le contraire est tout aussi vrai » (par. 92).

4.2.3 Application du critère énoncé dans *Van der Peet* : signification de l'expression « culture distinctive »

Nous devons maintenant nous interroger sur le sens de l'expression « culture distinctive ». Comme je l'ai expliqué précédemment, dans *Van der Peet* notre Cour a voulu définir la portée de l'art. 35 de la Constitution d'une manière qui permette de cerner à la fois l'aspect « ancestral » et l'aspect « droit » dans l'expression « droits ancestraux ». Le juge en chef Lamer a parlé de la « nécessaire spécificité qui résulte de la protection constitutionnelle spéciale accordée à un segment de la société canadienne » (par. 20). C'est cette spécificité autochtone qui est visée par la notion de « culture distinctive ». Toutefois, [TRADUCTION] « l'autochtonité ne se résume manifestement pas à des pratiques culturelles intéressantes et des curiosités anthropologiques dignes uniquement d'un musée » (C. C. Cheng, « Touring the Museum : A Comment on *R. v. Van der Peet* » (1997), 55 *U.T. Fac. L. Rev.* 419, p. 434). R. L. Barsh et J. Y. Henderson soutiennent que, du fait de l'arrêt *Van der Peet*, la notion de

Naive Imperialism and Ropes of Sand” (1997), 42 *McGill L.J.* 993, at p. 1002).

Many of these concerns echo those expressed by McLachlin J. (as she then was) and by L’Heureux-Dubé J. in dissenting opinions in *Van der Peet*. L’Heureux-Dubé J. was of the view that “[t]he approach based on aboriginal practices, traditions and customs considers only discrete parts of aboriginal culture, separating them from the general culture in which they are rooted” (para. 150). McLachlin J. opined that “different people may entertain different ideas of what is distinctive”, thereby creating problems of indeterminacy in the *Van der Peet* test (para. 257).

Culture, let alone “distinctive culture”, has proven to be a difficult concept to grasp for Canadian courts. Moreover, the term “culture” as it is used in the English language may not find a perfect parallel in certain aboriginal languages. Barsh and Henderson note that “[w]e can find no precise equivalent of European concepts of ‘culture’ in Mi’kmaq, for example. How we maintain contact with our traditions is *tan’telo’tli’eki-p*. How we perpetuate our consciousness is described as *tlilnuo’li’k*. How we maintain our language is *tlinuita’sim*. Each of these terms connotes a process rather than a thing” (p. 1002, note 30). Ultimately, the concept of culture is itself inherently cultural.

The aboriginal rights doctrine, which has been constitutionalized by s. 35, arises from the simple fact of prior occupation of the lands now forming Canada. The “integral to a distinctive culture” test must necessarily be understood in this context. As L’Heureux-Dubé J. explained in dissent in *Van der Peet*, “[t]he ‘distinctive aboriginal culture’ must be taken to refer to the reality that, despite British sovereignty, aboriginal people were the original organized society occupying and using Canadian lands:

[TRANSDUCTION] « “culture” est désormais comprise, implicitement, comme une liste figée de traits ou de caractéristiques » (« The Supreme Court’s *Van der Peet* Trilogy : Naive Imperialism and Ropes of Sand » (1997), 42 *R.D. McGill* 993, p. 1002).

Bon nombre de ces préoccupations correspondent à celles exprimées en dissidence par la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) et la juge L’Heureux-Dubé dans l’arrêt *Van der Peet*. De l’avis de la juge L’Heureux-Dubé, la « méthode fondée sur l’examen des coutumes, pratiques et traditions autochtones ne s’attache qu’à des éléments distincts de la culture autochtone, et les isole de la culture générale dans laquelle elles sont enracinées » (par. 150). La juge McLachlin a exprimé l’avis qu’il y a des « conceptions individuelles de ce qui est distinctif », ce qui soulève le problème de l’indétermination eu égard au critère établi dans *Van der Peet* (par. 257).

Il s’est avéré difficile pour les tribunaux canadiens de saisir la notion de culture, sans parler de celle de « culture distinctive ». En outre, le terme « culture » utilisé dans la langue française n’a sans doute pas d’équivalent parfait dans certaines langues autochtones. Barsh et Henderson signalent qu’[TRANSDUCTION] « [o]n ne trouve pas dans la langue mi’kmaq, par exemple, un équivalent précis des concepts européens de “culture”. Demeurer en contact avec nos traditions, c’est *tan’telo’tli’eki-p*. Perpétuer notre conscience, c’est *tlilnuo’li’k*. Maintenir notre langue, c’est *tlinuita’sim*. Chacun de ces termes comporte l’idée d’un processus plutôt que d’une chose » (p. 1002, note 30). En fin de compte, la notion de culture est en soi un phénomène intrinsèquement culturel.

La doctrine des droits ancestraux, constitutionnalisée par l’art. 35, découle du simple fait de l’occupation antérieure des terres qui forment aujourd’hui le Canada par les peuples autochtones. C’est nécessairement dans ce contexte qu’il faut comprendre le critère de la « partie intégrante de la culture distinctive ». Comme l’a expliqué la juge L’Heureux-Dubé dans ses motifs dissidents dans *Van der Peet*, « [l]’expression “culture autochtone distinctive” doit être considérée comme tenant compte du fait que,

Calder v. Attorney-General of British Columbia, supra, at p. 328, per Judson J., and *Guerin*, supra, at p. 379, per Dickson J. (as he then was)” (para. 159). The focus of the Court should therefore be on the *nature* of this prior occupation. What is meant by “culture” is really an inquiry into the pre-contact way of life of a particular aboriginal community, including their means of survival, their socialization methods, their legal systems, and, potentially, their trading habits. The use of the word “distinctive” as a qualifier is meant to incorporate an element of aboriginal specificity. However, “distinctive” does not mean “distinct”, and the notion of aboriginality must not be reduced to “racialized stereotypes of Aboriginal peoples” (J. Borrows and L. I. Rotman, “The *Sui Generis* Nature of Aboriginal Rights: Does it Make a Difference?” (1997), 36 *Alta. L. Rev.* 9, at p. 36).

In post-hearing submissions to the Court of Appeal in the *Sappier and Polchies* case, the Crown admitted that gathering birch bark for the construction of canoes or hemlock for basket-making were practices likely integral to the distinctive Maliseet culture (para. 94). But it would be a mistake to reduce the entire pre-contact distinctive Maliseet culture to canoe-building and basket-making. To hold otherwise would be to fall in the trap of reducing an entire people’s culture to specific anthropological curiosities and, potentially, racialized aboriginal stereotypes. Instead, the Court must first inquire into the way of life of the Maliseet and Mi’kmaq, pre-contact. As previously explained, these were migratory communities using the rivers and lakes of Eastern Canada for transportation and living essentially from hunting and fishing. The Court must therefore seek to understand how the particular pre-contact practice relied upon relates to that way of life. In the present cases, the practice of harvesting wood for domestic uses including shelter, transportation, fuel and tools is directly related to the way of life I have just described. I have already explained that

en dépit de la souveraineté britannique, les autochtones ont constitué la première société organisée à occuper et à utiliser le territoire canadien : *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, à la p. 328, le juge Judson; et *Guerin*, précité, à la p. 379, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) » (par. 159). La Cour devrait donc concentrer son attention sur la *nature* de cette occupation antérieure. Pour savoir ce que signifie la « culture », il faut en fait se demander en quoi consistait le mode de vie d’une collectivité autochtone donnée avant le contact avec les Européens, y compris ses moyens de subsistance, ses méthodes de socialisation, son système juridique et, éventuellement, ses habitudes de troc. Le qualificatif « distinctif » est utilisé pour incorporer un élément de spécificité autochtone. Toutefois, « distinctif » n’a pas le sens de « distinct », et la notion d’autochtonité ne saurait être réduite à des [TRADUCTION] « stéréotypes racialisés envers les peuples autochtones » (J. Borrows et L. I. Rotman, « The *Sui Generis* Nature of Aboriginal Rights : Does it Make a Difference? » (1997), 36 *Alta. L. Rev.* 9, p. 36).

Dans des observations soumises à la Cour d’appel après l’audience dans l’affaire *Sappier et Polchies*, le ministère public a admis que la récolte d’écorce de bouleau pour la construction de canots, ou de pruche pour la confection de paniers, constituait une pratique qui faisait vraisemblablement partie intégrante de la culture distinctive des Malécites (par. 94). Mais ce serait une erreur de réduire à la construction de canots et à la confection de paniers la totalité de la culture malécite distinctive antérieure au contact. On tomberait alors dans le piège consistant à réduire la culture entière d’un peuple à des curiosités anthropologiques et, éventuellement, à des stéréotypes racialisés envers les Autochtones. Au lieu de cela, la Cour doit d’abord déterminer quel était le mode de vie des Malécites et des Mi’kmaq, avant l’arrivée des Européens. Comme on l’a vu, il s’agissait de peuples nomades qui utilisaient les rivières et les lacs de l’Est du Canada pour se déplacer et qui vivaient essentiellement de la chasse et de la pêche. La Cour doit donc tenter de comprendre le lien entre ce mode de vie et la pratique antérieure au contact sur laquelle repose la revendication.

we must discard the idea that the practice must go to the core of a people's culture. The fact that harvesting wood for domestic uses was undertaken for survival purposes is sufficient, given the evidence adduced at trial, to meet the integral to a distinctive culture threshold.

I therefore conclude that the practice of harvesting wood for domestic uses was integral to the pre-contact distinctive culture of both the Maliseet and Mi'kmaq peoples.

4.3 *Continuity of the Claimed Right With the Pre-Contact Practice*

Although the nature of the *practice* which founds the aboriginal right claim must be considered in the context of the pre-contact distinctive culture of the particular aboriginal community, the nature of the *right* must be determined in light of present-day circumstances. As McLachlin C.J. explained in *R. v. Marshall*, [2005] 2 S.C.R. 220, 2005 SCC 43, at para. 25, “[l]ogical evolution means the same sort of activity, carried on in the modern economy by modern means.” It is the practice, along with its associated uses, which must be allowed to evolve. The right to harvest wood for the construction of temporary shelters must be allowed to evolve into a right to harvest wood by modern means to be used in the construction of a modern dwelling. Any other conclusion would freeze the right in its pre-contact form.

Before this Court, the Crown submitted that “[l]arge permanent dwellings, constructed from multi-dimensional wood, obtained by modern methods of forest extraction and milling of lumber, cannot resonate as a Maliseet aboriginal right, or as a proper application of the logical evolution principle”, because they are not grounded in traditional

Dans les présentes affaires, la pratique de récolter du bois à des fins domestiques, c'est-à-dire pour les abris, le transport, le combustible et les outils, est directement reliée au mode de vie que je viens de décrire. Comme je l'ai expliqué précédemment, il faut rejeter l'idée selon laquelle la pratique doit être au cœur de la culture d'un peuple. Le fait que le bois ait été récolté à des fins domestiques afin d'assurer la survie est suffisant, compte tenu de la preuve présentée au procès, pour que le critère de la partie intégrante de la culture distinctive soit rempli.

Par conséquent, je conclus que la pratique de récolter du bois à des fins domestiques faisait partie intégrante de la culture distinctive des Malécites et des Mi'kmaq.

4.3 *Continuité entre le droit revendiqué et la pratique antérieure au contact*

Bien qu'il faille examiner la nature de la *pratique* sur laquelle repose la revendication de droit ancestral dans le contexte de la culture distinctive de la collectivité autochtone spécifique avant son contact avec les Européens, la nature du *droit*, quant à elle, doit être dégagée à la lumière des circonstances actuelles. Dans *R. c. Marshall*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43, par. 25, la juge en chef McLachlin s'est exprimée ainsi : « L'évolution logique suppose le même type d'activité, exercée dans l'économie moderne par des moyens modernes. » Il faut permettre l'évolution de la pratique ainsi que de ses formes connexes. Le droit de récolter du bois pour la construction d'abris temporaires doit être autorisé à évoluer en un droit de récolter du bois, par des moyens modernes, pour la construction d'une habitation moderne. Toute autre conclusion aurait pour effet de figer le droit dans sa forme antérieure au contact.

Devant notre Cour, le ministère public a soutenu que [TRADUCTION] « les grandes unités d'habitation permanentes, construites avec du bois multidimensionnel obtenu au moyen de méthodes modernes d'exploitation forestière, de conversion primaire et d'usinage, ne sauraient être associées à un droit ancestral malécite ni à une application légitime du

Maliseet culture (appellant's factum in *Sappier and Polchies* appeal at para. 76; appellant's factum in *Gray* appeal at para. 80). I find this submission to be contrary to the established jurisprudence of this Court, which has consistently held that ancestral rights may find modern form: *Mitchell*, at para. 13. In *Sparrow*, Dickson C.J. explained that "the phrase 'existing aboriginal rights' must be interpreted flexibly so as to permit their evolution over time" (p. 1093). Citing Professor Slattery, he stated that "the word 'existing' suggests that those rights are 'affirmed in a contemporary form rather than in their primeval simplicity and vigour'" (p. 1093, citing B. Slattery, "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727, at p. 782). In *Mitchell*, McLachlin C.J. drew a distinction between the particular aboriginal right, which is established at the moment of contact, and its expression, which evolves over time (para. 13). L'Heureux-Dubé J. in dissent in *Van der Peet* emphasized that "aboriginal rights must be permitted to maintain contemporary relevance in relation to the needs of the natives as their practices, traditions and customs change and evolve with the overall society in which they live" (para. 172). If aboriginal rights are not permitted to evolve and take modern forms, then they will become utterly useless. Surely the Crown cannot be suggesting that the respondents, all of whom live on a reserve, would be limited to building wigwams. If such were the case, the doctrine of aboriginal rights would truly be limited to recognizing and affirming a narrow subset of "anthropological curiosities", and our notion of aboriginality would be reduced to a small number of outdated stereotypes. The cultures of the aboriginal peoples who occupied the lands now forming Canada prior to the arrival of the Europeans, and who did so while living in organized societies with their own distinctive ways of life, cannot be reduced to wigwams, baskets and canoes.

principe de l'évolution logique », parce qu'elles ne reposent pas sur la culture traditionnelle malécite (mémoire de l'appelant dans *Sappier et Polchies*, par. 76; mémoire de l'appelant dans *Gray*, par. 80). Cette argumentation va selon moi à l'encontre de la jurisprudence de notre Cour, qui a toujours conclu à la possibilité d'une expression moderne des droits ancestraux : *Mitchell*, par. 13. Dans l'arrêt *Sparrow*, le juge en chef Dickson a expliqué que « l'expression "droits ancestraux existants" doit recevoir une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d'évoluer avec le temps » (p. 1093). Citant le professeur Slattery, il a précisé que le « mot "existants" laisse supposer que ces droits sont [TRADUCTION] "confirmés dans leur état actuel plutôt que dans leurs simplicité et vigueur primitives" » (p. 1093, citant B. Slattery, « Understanding Aboriginal Rights » (1987), 66 *R. du B. can.* 727, p. 782). Dans *Mitchell*, la juge en chef McLachlin a fait la distinction entre un droit ancestral spécifique, dont l'existence est établie au moment du contact, et son expression, qui évolue au fil du temps (par. 13). Dans ses motifs dissidents dans *Van der Peet*, la juge L'Heureux-Dubé a souligné l'importance de « permettre aux droits ancestraux de conserver une pertinence contemporaine par rapport aux besoins des autochtones, au fur et à mesure que leurs coutumes, pratiques et traditions changent et évoluent en même temps que l'ensemble de la société dans laquelle ils vivent » (par. 172). Si l'on ne permet pas aux droits ancestraux d'évoluer et de trouver une expression moderne, ils deviendront totalement inutiles. Le ministère public ne prétend sûrement pas que les intimés, qui vivent tous sur une réserve, ne sont autorisés qu'à construire des wigwams. Car, dans ce cas, la doctrine des droits ancestraux ne servirait en réalité qu'à reconnaître et à confirmer un sous-ensemble restreint de « curiosités anthropologiques », et notre conception de l'autochtonité se réduirait à un petit nombre de stéréotypes dépassés. Les cultures des peuples autochtones qui occupaient, avant l'arrivée des Européens, le territoire formant aujourd'hui le Canada, et qui y constituaient des sociétés organisées avec leurs modes de vie distinctifs, ne sauraient être réduites à des wigwams, à des paniers et à des canots.

4.4 *The Site-Specific Requirement*

This Court has imposed a site-specific requirement on the aboriginal hunting and fishing rights it recognized in *Adams, Côté, Mitchell*, and *Powley*. Lamer C.J. explained in *Adams*, at para. 30, that

if an aboriginal people demonstrates that hunting on a specific tract of land was an integral part of their distinctive culture then, even if the right exists apart from title to that tract of land, the aboriginal right to hunt is nonetheless defined as, and limited to, the right to hunt on the specific tract of land. A site-specific hunting or fishing right does not, simply because it is independent of aboriginal title to the land on which it took place, become an abstract fishing or hunting right exercisable anywhere; it continues to be a right to hunt or fish on the tract of land in question. [Emphasis deleted.]

The characterization of the claimed right in the present cases, as in *Adams, Côté* and *Mitchell*, imports a necessary geographical element, and its integrality to the Maliseet and Mi'kmaq cultures should be assessed on this basis: *Mitchell*, at para. 9. I agree with Robertson J.A. in the *Sappier and Polchies* decision that “[t]his result is hardly surprising once it is recognized that all harvesting activities are land and water based” (para. 50).

At the trial of Messrs. Sappier and Polchies, the Crown conceded that “the issue of territoriality does not arise in the trial of the Defendants on the charge set out herein” (Agreed Statement of Facts at para. 12, reproduced in the trial decision at p. 296). Moreover, in its reply to the defendants’ Notice of Contention, the Crown addressed the question of whether the harvesting of trees occurred within Crown lands traditionally used for this practice. The Crown responded: “This question would not appear to be an issue as wood was gathered at will within the traditional Maliseet territory” (reproduced in the reasons of the Court of Appeal at para. 71). Territoriality is therefore not at issue in the *Sappier and Polchies* prosecution.

4.4 *Condition relative aux sites spécifiques*

Notre Cour a restreint à des sites spécifiques l’application des droits ancestraux de chasse et de pêche reconnus dans *Adams, Côté, Mitchell* et *Powley*. Le juge en chef Lamer a donné l’explication suivante, au par. 30 de l’arrêt *Adams* :

... si un peuple autochtone établit que la chasse sur une parcelle de terrain spécifique faisait partie intégrante de sa culture distinctive à l’époque, le droit de chasse ancestral — même s’il existe indépendamment du titre sur cette parcelle de terrain — est néanmoins défini comme étant le droit de chasser sur cette parcelle spécifique, et il se limite à cela. Un droit de chasse ou de pêche spécifique à un site ne devient pas, du seul fait qu’il existe indépendamment du titre aborigène sur le territoire où il a été exercé, un droit de chasse ou de pêche abstrait, pouvant être exercé n’importe où; il demeure un droit de chasse ou de pêche sur la parcelle de terrain en question. [Soulignement omis.]

Tout comme dans *Adams, Côté* et *Mitchell*, la caractérisation du droit revendiqué dans les présents pourvois comporte nécessairement un élément géographique, et c’est sur cette base qu’il faut déterminer si ce droit fait partie intégrante des cultures malécites et mi’kmaq : *Mitchell*, par. 59. À l’instar du juge Robertson dans *Sappier et Polchies*, j’estime que « [c]e résultat n’est plus étonnant une fois que l’on reconnaît que toutes les activités de récolte s’exercent en fonction de la terre et de l’eau » (par. 50).

Au procès de MM. Sappier et Polchies, le ministère public a concédé que la [TRADUCTION] « question de la territorialité n’est pas en cause dans le procès des défendeurs relativement à l’accusation énoncée aux présentes » (exposé conjoint des faits, par. 12, reproduit dans le jugement de première instance, p. 296). En outre, dans sa réplique à l’avis de désaccord des défendeurs, le ministère public a donné la réponse suivante à la question de savoir si les arbres avaient été récoltés sur des terres de la Couronne traditionnellement utilisées à cette fin : « Cette question ne semblerait pas constituer une question en litige puisque le bois était cueilli à volonté dans les limites du territoire malécite traditionnel » (passage reproduit dans les motifs de la Cour d’appel, par. 71). La territorialité n’est donc pas en cause dans l’affaire *Sappier et Polchies*.

In the *Gray* trial, the trial judge accepted Mr. Sewell's evidence that the Mi'kmaq had traditionally used the Crown lands in question for the purpose of tree harvesting. The Court of Appeal noted that the Crown did not dispute this finding (para. 15). I would conclude on this basis that Mr. Gray has established an aboriginal right to harvest wood for domestic uses on Crown lands traditionally used for this purpose by members of the Pabineau First Nation.

4.5 *Infringement and Justification*

In the *Sappier and Polchies* litigation, the Crown accepted that the relevant provisions of the *Crown Lands and Forests Act* infringed the alleged right and that the infringement could not be justified under the test set out in *Sparrow* and in *Badger* (Court of Appeal reasons, at para. 3). The Crown did not argue otherwise before this Court. Before the Court of Appeal in the *Gray* case, the Crown did not challenge the trial judge's conclusions that the impugned legislation infringed the right and that the Crown had failed to justify the infringement (para. 26).

The aboriginal right to harvest wood for domestic uses is subject to regulation pursuant to the ordinary rules applicable in that regard. However, given that the Crown did not attempt to justify the infringement in the present cases, this is a question that need not be addressed in the circumstances of these appeals.

4.6 *Extinction*

The Crown did not allege before the Court of Appeal in the *Sappier and Polchies* litigation that the aboriginal right was extinguished by either pre- or post-Confederation legislation (see Court of Appeal reasons, at para. 3). The argument was raised at trial, but not advanced on appeal because of that Court's decision in *Bernard*, in which the Crown had argued that any right of the Miramichi Mi'kmaq to cut logs on Crown lands as an aspect

Dans l'affaire *Gray*, le juge du procès a retenu le témoignage de M. Sewell selon lequel les Mi'kmaq avaient traditionnellement utilisé, pour la récolte d'arbres, les terres de la Couronne en cause. La Cour d'appel a fait remarquer que le ministère public n'a pas contesté cette conclusion (par. 15). Pour cette raison, je conclurais que M. Gray a établi l'existence d'un droit ancestral de récolter du bois à des fins domestiques sur les terres de la Couronne traditionnellement utilisées à ces fins par les membres de la Première Nation de Pabineau.

4.5 *Atteinte et justification*

Dans l'affaire *Sappier et Polchies*, le ministère public a reconnu que les dispositions pertinentes de la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne* portaient atteinte au droit revendiqué et que l'atteinte ne pouvait être justifiée suivant le critère établi dans les arrêts *Sparrow* et *Badger* (motifs de la Cour d'appel, par. 3). Le ministère public n'a pas plaidé différemment devant notre Cour. En Cour d'appel, dans l'affaire *Gray*, le ministère public n'a pas contesté les conclusions du juge du procès voulant que les dispositions législatives en cause portaient atteinte au droit concerné et que le ministère public n'était pas parvenu à justifier cette atteinte (par. 26).

Le droit ancestral de récolter du bois à des fins domestiques est assujéti à la réglementation normalement applicable en la matière. Toutefois, comme le ministère public n'a pas tenté de justifier l'atteinte dans les présentes affaires, cette question n'a pas à être abordée dans le cadre de ces pourvois.

4.6 *Extinction*

Devant la Cour d'appel dans l'affaire *Sappier et Polchies*, le ministère public n'a pas prétendu que le droit issu de traités s'était éteint par l'effet de lois préconfédératives ou postconfédératives (voir les motifs de la Cour d'appel, par. 3). L'argument avait été invoqué au procès, mais il ne l'a pas été devant la Cour d'appel en raison de la décision de celle-ci dans *Bernard*. Dans cette affaire, le ministère public avait fait valoir qu'une série de quatre

of their aboriginal title over the area in question had been extinguished by the same series of four pre-Confederation statutes enacted by the province of New Brunswick between 1837 and 1862 (*per* Robertson J.A., at para. 177). The argument was advanced on appeal in the *Gray* case, where Robertson J.A. explicitly held that:

My concurring opinion and that of Justice Daigle in *Bernard* is a sufficient basis for purposes of disposing of any argument that an existing aboriginal right was extinguished by either pre- or post-Confederation provincial legislation: see *Bernard* at paras. 176-179 and 523-541. [para. 25]

The Crown bears the burden of proving extinguishment. Before this Court, it relied on four pre-Confederation statutes enacted by the New Brunswick legislature between 1840 and 1862 as evidence of the Crown's intent to extinguish any aboriginal right to harvest wood. A clear intent is necessary in order to extinguish aboriginal rights. However, that intent need not be express and therefore aboriginal rights may also be extinguished implicitly: *Sparrow*, at p. 1099; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, at paras. 31 and 34.

First, it must be emphasized that during the colonial period, the power to extinguish aboriginal rights rested with the Imperial Crown: *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at para. 15. Given the submissions advanced on behalf of the respondents and the Assembly of First Nations, interveners, it is not at all clear that the colonial legislature of New Brunswick was ever granted the legal authority by the Imperial Crown to extinguish aboriginal rights. I do not deal with this argument in any detail as I conclude that the pre-Confederation legislation does not indicate a clear intention to extinguish aboriginal rights.

The legislation relied upon by the Crown as proof of extinguishment is primarily regulatory in nature, although it does introduce prohibitions and create

lois préconfédératives adoptées par la province du Nouveau-Brunswick de 1837 à 1862 avaient éteint tout droit des Mi'kmaq de la Miramichi de couper du bois sur des terres de la Couronne en tant qu'aspect de leur titre aborigène sur la région en question (le juge Robertson, par. 177). L'argument a été plaidé en appel dans l'affaire *Gray*, mais le juge Robertson a été très clair :

Mes motifs concordants et ceux du juge Daigle dans l'arrêt *Bernard* constituent un fondement suffisant pour permettre de disposer d'un argument selon lequel un droit ancestral existant a été éteint par des lois préconfédératives ou postconfédératives : voir l'arrêt *Bernard*, aux paragraphes 176 à 179 et 523 à 541. [par. 25]

Il incombe au ministère public de faire la preuve de l'extinction. Devant notre Cour, il a présenté quatre lois préconfédératives adoptées par l'assemblée législative du Nouveau-Brunswick de 1840 à 1862 comme preuve de l'intention de la Couronne d'abolir tout droit ancestral de récolter du bois. L'intention d'éteindre des droits ancestraux doit être claire. Toutefois, cette intention n'a pas à être expresse, si bien que des droits ancestraux peuvent aussi être éteints d'une façon implicite : *Sparrow*, p. 1099; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, par. 31 et 34.

Premièrement, il convient de souligner que, pendant la période coloniale, c'est la Couronne impériale qui détenait le pouvoir d'éteindre les droits ancestraux : *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 15. Compte tenu de l'argumentation présentée au nom des intimés et de l'Assemblée des Premières Nations, partie intervenante, il n'est pas clair du tout que la Couronne impériale ait jamais conféré à la législature du Nouveau-Brunswick de l'époque coloniale le pouvoir d'abolir des droits ancestraux. Je ne m'attarde pas sur cette argumentation, parce que j'arrive à la conclusion que les lois préconfédératives ne révèlent pas une intention claire d'éteindre les droits ancestraux.

Les textes législatifs invoqués par le ministère public comme preuve de l'extinction participent principalement de la réglementation, même

misdemeanour offences. The earlier legislation aimed to penalize those who harvested timber on Crown lands without permission. Starting in 1850, the statutes sought to strengthen the rights of Crown lessees and licensees by providing the legal method by which they could regain timber which had been unlawfully taken. The Crown relies in particular on the 1862 amendment, which defined the rights of licensees as existing notwithstanding “any law, usage or custom to the contrary thereof” (S.N.B. 1862, 25 Vict., c. 24).

Following this Court’s decision in *Sparrow*, the regulation of Crown timber through a licensing scheme does not meet the high standard of demonstrating a clear intent to extinguish the aboriginal right to harvest wood for domestic uses. As Lamer C.J. explained in *Delgamuukw*, at para. 180, “[i]n [*Sparrow*], the Court drew a distinction between laws which extinguished aboriginal rights, and those which merely regulated them. Although the latter types of laws may have been ‘necessarily inconsistent’ with the continued exercise of aboriginal rights, they could not extinguish those rights.” The same distinction was made in *Gladstone*, where the Court explained that a varying regulatory scheme that at times entirely prohibited aboriginal peoples from harvesting herring spawn on kelp could not be said to express a clear and plain intention to eliminate the aboriginal rights of the appellants and of the Heiltsuk Band. Lamer C.J. concluded that, “[a]s in *Sparrow*, the Crown has only demonstrated that it controlled the fisheries, not that it has acted so as to delineate the extent of aboriginal rights” (para. 34).

For this reason, I find that the Crown has not discharged its onus of proving that the aboriginal right to harvest wood for domestic uses has been extinguished.

s’ils créent des interdictions et des délits mineurs. Le plus ancien texte visait à pénaliser les personnes qui récoltaient des arbres sur les terres de la Couronne sans autorisation. À partir de 1850, les lois avaient pour objectif de renforcer les droits des preneurs à bail et titulaires de permis de la Couronne, en établissant le moyen juridique par lequel ils pouvaient récupérer le bois enlevé sans autorisation. Le ministère public se fonde tout particulièrement sur la modification de 1862, qui précisait que le droit des titulaires de permis existait malgré [TRADUCTION] « les règles de droit, usages ou coutumes à l’effet contraire » (S.N.B. 1862, 25 Vict., ch. 24).

Après la décision rendue par notre Cour dans *Sparrow*, le recours à un régime de permis pour réglementer la récolte de bois se trouvant sur les terres de la Couronne ne satisfait pas à la norme élevée exigeant la preuve d’une intention claire d’éteindre le droit ancestral de récolter le bois à des fins domestiques. Dans *Delgamuukw*, par. 180, le juge en chef Lamer a déclaré : « Dans [*Sparrow*], la Cour a établi une distinction entre les règles de droit qui éteignent des droits ancestraux et celles qui se bornent à les réglementer. Quoique des règles de droit appartenant à cette deuxième catégorie aient pu être “nécessairement incompatibles” avec l’exercice continu de droits ancestraux, elles ne pouvaient pas éteindre ces droits. » La même distinction a été faite dans *Gladstone*, où la Cour a expliqué qu’il n’était pas possible d’affirmer qu’un régime de réglementation changeant, qui à certains moments interdisait complètement aux Autochtones de récolter de la rogue de hareng sur varech, indiquait une intention claire d’abolir les droits ancestraux des appelants et de la bande des Heiltsuk. Le juge en chef Lamer a conclu que, « [c]omme dans *Sparrow*, le ministère public a tout au plus démontré que l’État avait pris des mesures visant à contrôler la pêche et non à délimiter l’étendue des droits ancestraux » (par. 34).

Pour ce motif, je conclus que le ministère public n’a pas fait la preuve, comme il lui incombait, de l’extinction du droit ancestral de récolter du bois à des fins domestiques.

5. The Treaty Right Claim

As part of the agreed statement of facts put before the Court in the trial of Messrs. Sappier and Polchies, the Crown admitted that the Treaty of 1725 and the ratification thereof in 1726 are valid Treaties and that the defendants are beneficiaries of those Treaties. The Crown's concession about the validity of the Treaty is one of law. This Court has recognized that it is not bound by concessions of law: *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 45. Nonetheless, the fact that this concession occurred in the context of a criminal prosecution raises fundamental fairness concerns.

The onus of proving that a treaty right has been extinguished rests with the Crown, and not with the claimant: *Badger*, at para. 41; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, at p. 1061; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, at p. 406; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, at p. 404. The Crown's concession in this regard is akin to it leading no evidence with respect to extinguishment, insofar as it bears the burden of proof in this respect. The concession was made at the beginning of trial, although the Crown's own witness, Dr. Stephen Patterson, presented contradictory evidence with respect to the validity of the 1725 Treaty. The defendants, Messrs. Sappier and Polchies, have rightly relied on this concession since trial. It is fundamental to their defence that they were not in unlawful possession of Crown timber because they were exercising a valid treaty right to harvest timber for personal use.

Although I would not discourage concessions regarding the applicable law in a criminal prosecution, the Crown's concession in the present case has important implications outside the Province of New Brunswick. The Treaty of 1725 was negotiated in Boston by the Penobscots and ratified by Mi'kmaq representatives at Annapolis Royal, Nova Scotia, in 1726 (see W. C. Wicken, *Mi'kmaq Treaties on Trial* (2002), at pp. 28, 86 and 89; S. E. Patterson, "Anatomy of a Treaty: Nova Scotia's First Native Treaty in Historical Context" (1999), 48 *U.N.B.L.J.* 41, at pp. 51 and 55). As New Brunswick was not

5. La revendication d'un droit issu de traités

Dans l'exposé conjoint des faits présenté au procès de MM. Sappier et Polchies, le ministère public a reconnu que le Traité de 1725 et les ratifications de 1726 sont valides et que les défendeurs en sont bénéficiaires. Cette admission du ministère public relativement à la validité du Traité porte sur une question de droit. Or, notre Cour a reconnu qu'elle n'est pas liée par les admissions sur une question de droit : *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 45. Néanmoins, cette admission ayant été faite dans le contexte d'une poursuite pénale, elle soulève des questions d'équité fondamentale.

Il appartient au ministère public et non au demandeur de prouver l'extinction d'un droit issu de traités : *Badger*, par. 41; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, p. 1061; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, p. 406; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, p. 404. Par son admission à cet égard, le ministère public choisit en quelque sorte de ne pas présenter de preuve sur la question de l'extinction, dans la mesure où le fardeau de la preuve s'y rapportant lui incombe. L'admission a été faite au début du procès, même si le témoin du ministère public, le professeur Stephen Patterson, a tenu des propos contradictoires en ce qui concerne la validité du Traité de 1725. Les défendeurs, MM. Sappier et Polchies, invoquent à juste titre cette admission depuis le procès. Un élément fondamental de leur défense consiste à soutenir qu'ils n'étaient pas en possession illicite de bois provenant des terres de la Couronne, parce qu'ils exerçaient un droit valide — issu de traités — de récolter du bois à des fins personnelles.

Sans vouloir déconseiller les admissions relatives au droit applicable dans le cadre d'une poursuite pénale, j'estime que l'admission du ministère public en l'espèce a d'importantes incidences à l'extérieur de la province du Nouveau-Brunswick. Le Traité de 1725 a été négocié à Boston par les Penobscots et a été ratifié en 1726 par les représentants mi'kmaq à Annapolis Royal en Nouvelle-Écosse (voir W. C. Wicken, *Mi'kmaq Treaties on Trial* (2002), p. 28, 86 et 89; S. E. Patterson, « Anatomy of a Treaty : Nova Scotia's First Native Treaty in Historical Context » (1999), 48 *R.D. U.N.-B.* 41, p. 51 et 55). Le

recognized as a separate colony until the partition of Nova Scotia in 1784, it was Nova Scotia which negotiated on behalf of the British Crown with the aboriginal peoples of the region: Patterson, at pp. 45-46. The precise boundaries of British Nova Scotia following the 1713 *Treaty of Utrecht*, and the intended geographic scope of the 1725 Treaty, are complex issues which have yet to be historically or judicially resolved (see Wicken, at p. 101; Patterson, at pp. 42-46). These issues, along with the validity of the 1725 Treaty, were recently the subject of judicial consideration in the Province of Newfoundland and Labrador. In *Newfoundland v. Drew* (2003), 228 Nfld. & P.E.I.R. 1, 2003 NLSCTD 105, the trial judge concluded that the 1725-1726 Treaties have no legal force insofar as they were terminated by subsequent hostilities between the Mi'kmaq and the British. Alternatively, he held that the 1725 Treaty by its express terms did not apply to Newfoundland, and that, in any event, the scope of the Treaty should be interpreted as restricted to territory within the jurisdiction of the Governor of Nova Scotia. An appeal from that judgment was dismissed by the Newfoundland and Labrador Court of Appeal ((2006), 260 Nfld. & P.E.I.R. 1, 2006 NLCA 53). I raise this case only to illustrate the contentious nature of the Crown's concession in the *Sappier and Polchies* trial and its potential implications outside the Province of New Brunswick. I do not wish to be taken as pronouncing on the validity or geographical scope of the 1725 Treaty.

Given the Court's decision on the aboriginal rights issue, there is no need to consider the treaty right claim in further detail.

6. Incorporation of Extrinsic Evidence by the Court of Appeal

Before concluding, I wish to address the Crown's argument that Robertson J.A. on behalf of the Court of Appeal inappropriately incorporated extrinsic evidence into his reasons for judgment. The dispute over the alleged incorporation of extrinsic evidence

Nouveau-Brunswick n'ayant pas été reconnu comme une colonie distincte avant la partition de la Nouvelle-Écosse en 1784, c'est la Nouvelle-Écosse qui a négocié avec les peuples autochtones de la région au nom de la Couronne britannique : Patterson, p. 45-46. Les limites territoriales précises de la Nouvelle-Écosse après la signature du *Traité d'Utrecht* en 1713 et la portée géographique du *Traité de 1725* envisagée lors de sa conclusion sont des questions complexes qui n'ont pas encore trouvé de solution historique ou judiciaire (voir Wicken, p. 101; Patterson, p. 42-46). Ces questions, ainsi que la validité du *Traité de 1725*, ont été soumises récemment à l'examen des tribunaux de Terre-Neuve-et-Labrador. Dans l'arrêt *Newfoundland c. Drew* (2003), 228 Nfld. & P.E.I.R. 1, 2003 NLSCTD 105, le juge de première instance a conclu que les *Traités de 1725 et 1726* sont sans effet juridique dans la mesure où des hostilités ultérieures entre les Mi'kmaq et les Britanniques y ont mis fin. Subsidiairement, le juge a estimé que, du fait de son libellé explicite, le *Traité de 1725* ne s'appliquait pas à Terre-Neuve et que, de toute façon, sa portée devrait être restreinte au territoire qui était sous l'autorité du gouverneur de la Nouvelle-Écosse. L'appel formé contre le jugement rendu dans cette affaire a été rejeté par la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador ((2006), 260 Nfld. & P.E.I.R. 1, 2006 NLCA 53). Je fais mention de cette cause uniquement pour illustrer la nature litigieuse de l'admission faite par le ministère public au procès de MM. Sappier et Polchies et ses répercussions possibles à l'extérieur du Nouveau-Brunswick. Je tiens à préciser que je ne me prononce pas sur la validité ni sur la portée géographique du *Traité de 1725*.

Étant donné la décision de la Cour sur la question des droits ancestraux, il n'est pas nécessaire d'examiner plus à fond la question du droit issu de traités.

6. Incorporation d'une preuve extrinsèque par la Cour d'appel

Avant de conclure, je voudrais examiner l'argument du ministère public suivant lequel le juge Robertson, au nom de la Cour d'appel, aurait incorporé à tort une preuve extrinsèque dans ses motifs de décision. Le différend sur l'incorporation d'une

arises partly out of Robertson J.A.'s reasons in the *Sappier and Polchies* case:

The Crown admitted that the *Treaty of 1725*, which includes the promises of Major Paul Mascarene and the ratifications of 1726 (hereafter the *Mascarene Treaty*) is valid and subsisting, and that the defendants are beneficiaries of that *Treaty*. The historical events leading up to and surrounding the signing of this "Peace and Friendship" treaty are set out in *R. v. Bernard (J.)* (2003), 262 N.B.R. (2d) 1 . . . (C.A.), and in Professor Patterson's article, *Anatomy of a Treaty: Nova Scotia's First Native Treaty in Historical Context* (1999), 48 U.N.B.L.J. 41. [Emphasis added; para. 5.]

The Crown also objects to para. 19 of Robertson J.A.'s reasons in the *Gray* decision:

Applying *Sappier and Polchies*, I agree with the trial judge's finding that the harvesting of trees for personal use was integral to the Mi'kmaq's distinctive culture. Just as hunting and fishing for food are essential to survival, so too was the need for shelter to protect against the natural elements and for fuel to generate sufficient warmth. Moreover, the use of artifacts crafted from wood in pursuit of an aboriginal lifestyle is well documented. One need only turn to the use of the canoe in aboriginal societies in New Brunswick to appreciate the significance and importance of trees. From the decision of this Court in *Bernard* at para. 370, we know that at the time of contact with Europeans the Mi'kmaq were a hunting and fishing people who migrated seasonally from their inland hunting grounds to the coast for summer fishing. The reality that trees provided them with a practical means of constructing a convenient mode of transport for purposes of traversing New Brunswick's intricate network of waterways is well-documented. Had the Mi'kmaq not harvested wood from time immemorial, surely that aboriginal society would have been fundamentally altered. Finally, one cannot seriously argue that the harvesting of wood for personal use was merely incidental or marginal to the Mi'kmaq culture, in the sense that it was an activity that occurred infrequently. History tells us otherwise: see *Bernard* at paras. 490, 495 and 497, in which the same findings were made of those Mi'kmaq communities of the Miramichi. [Emphasis added.]

preuve extrinsèque découle en partie des motifs du juge Robertson dans l'affaire *Sappier et Polchies* :

La Couronne a admis que le *Traité de 1725*, qui comprend les promesses faites par le major Paul Mascarene et les ratifications de 1726 (ci-après le *Traité de Mascarene*), est valide et en vigueur et que les défendeurs en sont bénéficiaires. Les événements historiques qui ont mené à la signature de ce traité « de paix et d'amitié » et qui l'ont entourée sont relatés dans l'arrêt *R. c. Bernard (J.)* (2003), 262 R.N.-B. (2^e) 1 [. . .] (C.A.), ainsi que dans l'article du professeur Patterson intitulé *Anatomy of a Treaty : Nova Scotia's First Native Treaty in Historical Context* (1999), 48 R.D.U.N.-B. 41. [Je souligne; par. 5.]

Le ministère public a également soulevé une objection en ce qui concerne le par. 19 des motifs du juge Robertson dans l'affaire *Gray* :

Appliquant l'arrêt *Sappier et Polchies*, je fais mienne la conclusion du juge du procès selon laquelle la récolte d'arbres à des fins personnelles faisait partie intégrante de la culture distinctive des Mi'kmaq. Tout comme la chasse et la pêche pour se nourrir sont essentielles à la survie, il en était de même du besoin de disposer d'un abri pour se protéger contre les éléments naturels et de combustible pour produire une chaleur suffisante. De surcroît, l'utilisation d'artefacts fabriqués à l'aide du bois pour assurer le maintien d'un mode de vie autochtone est bien documentée. Il suffit de considérer l'utilisation du canot dans les sociétés autochtones au Nouveau-Brunswick pour se convaincre de la signification et de l'importance des arbres. La décision que notre Cour a rendue dans l'arrêt *Bernard*, au paragraphe 370, nous permet d'apprendre que, à l'époque du contact avec les Européens, les Mi'kmaq formaient un peuple de chasseurs et de pêcheurs qui émigrerait saisonnièrement de ses territoires de chasse intérieurs vers la côte pour se livrer à la pêche estivale. La réalité qui veut que les arbres leur procuraient un moyen pratique de construire un mode de transport commode pour pouvoir traverser le réseau complexe de voies navigables au Nouveau-Brunswick est très bien documentée. Si les Mi'kmaq n'avaient pas récolté de bois depuis des temps immémoriaux, il ne fait aucun doute que cette société autochtone aurait été fondamentalement modifiée. Enfin, on ne peut pas prétendre sérieusement que la récolte de bois à des fins personnelles constituait uniquement un élément d'importance secondaire ou marginale de la culture mi'kmaq en ce sens que c'était une activité qui s'exerçait peu fréquemment. L'histoire nous dit le contraire : voir l'arrêt *Bernard*, aux paragraphes 490, 495 et 497, dans lesquels les mêmes conclusions ont été tirées à propos des collectivités mi'kmaq de la Miramichi. [Je souligne.]

First, the Crown objects to Robertson J.A.'s reference to the findings of fact made in the *Bernard* case, which was decided and released prior to the Court of Appeal hearings in both of the cases at bar. *Bernard* was released on August 28, 2003. The *Sappier and Polchies* hearing before the Court of Appeal took place on February 11, 2004, while the *Gray* hearing occurred on November 26, 2003. In other words, by the times the hearings occurred in the cases at bar, the *Bernard* decision, including its findings of fact, was in the public record and ought to have been known to the Crown. Moreover, in the *Sappier and Polchies* decision, the reference to *Bernard* is merely informative, given the Crown's concession about the validity of the 1725 Treaty. It is not operative in Robertson J.A.'s reasoning precisely because the historical events leading up to the signing of the treaty were not contentious.

Similarly, in the *Gray* decision, Robertson J.A. clearly stated that he agreed with the trial judge's finding that the harvesting of trees for personal use was integral to the Mi'kmaq's distinctive culture. The reference to the *Bernard* decision and to its findings of fact in respect of the Mi'kmaq communities of the Miramichi are merely offered in support of his conclusion. In any event, the Crown concedes at para. 44 of its factum that "wood was used in Mi'kmaq society to ensure survival", and generally does not take issue with the significance of wood and the many uses to which it was put in pre-contact Mi'kmaq society.

Second, the Crown also takes issue with Robertson J.A.'s reference to Dr. Patterson's article in the *Sappier and Polchies* reasons for judgment. Dr. Patterson gave evidence at the *Sappier and Polchies* trial as the Crown's own witness. The article Robertson J.A. referred to was also referred to by Dr. Patterson in his oral evidence. He offered to provide a copy to the trial court. The Crown declined that invitation, noting it was unnecessary in view of Dr. Patterson's presence to provide oral testimony (A.R., vol. III, at pp. 392-

En premier lieu, le ministère public s'oppose à la mention, par le juge Robertson, des conclusions de fait tirées dans l'affaire *Bernard*, décision rendue et publiée avant les audiences tenues par la Cour d'appel dans les deux présentes affaires. L'arrêt *Bernard* a été publié le 28 août 2003. L'affaire *Sappier et Polchies* a été plaidée devant la Cour d'appel le 11 février 2004 et l'affaire *Gray*, le 26 novembre 2003. En d'autres termes, lors des audiences de la Cour d'appel relatives aux présentes affaires, l'arrêt *Bernard*, y compris les conclusions de fait qui y ont été tirées, était public et aurait dû être connu du ministère public. En outre, dans *Sappier et Polchies*, la mention de l'arrêt *Bernard* n'est faite qu'à titre informatif, étant donné l'admission du ministère public quant à la validité du Traité de 1725. Elle ne joue aucun rôle dans le raisonnement du juge Robertson, justement parce que les événements historiques ayant mené à la signature du traité n'étaient pas litigieux.

De même, dans la décision *Gray*, le juge Robertson a clairement indiqué souscrire à la conclusion tirée par le juge du procès, à savoir que la récolte d'arbres à des fins personnelles faisait partie intégrante de la culture distinctive des Mi'kmaq. La mention de l'arrêt *Bernard* et des conclusions de fait qui y sont tirées au sujet des collectivités mi'kmaq de la Miramichi sert uniquement à étayer sa conclusion. De toute façon, le ministère public admet, au par. 44 de son mémoire, que [TRADUCTION] « le bois était utilisé par les Mi'kmaq pour assurer leur survie », et d'une manière générale il ne conteste pas l'importance du bois pour la collectivité mi'kmaq avant le contact avec les Européens, ni les nombreux usages qu'elle en faisait.

Deuxièmement, le ministère public conteste aussi la mention de l'article du professeur Patterson par le juge Robertson dans ses motifs de décision dans *Sappier et Polchies*. Le professeur Patterson a témoigné pour le ministère public au procès de MM. Sappier et Polchies. L'article signalé par le juge Robertson a également été mentionné dans le témoignage donné de vive voix par M. Patterson. Ce dernier a proposé d'en fournir une copie lors du procès. Le ministère public a refusé, affirmant que le témoignage de vive voix du professeur Patterson

93). In any event, the Crown conceded the validity of the treaty. Dr. Patterson's article is merely offered as a source of information about the historical events surrounding the signing of the treaty, as they are not addressed in the reasons as a result of the Crown's concession.

Lamer J. (as he then was) relied on additional documents in *Sioui* and took judicial notice of historical facts contained therein. Some of those documents were put forth by the intervener in that case and others were obtained by way of personal research. The Crown is correct to note, however, that the parties in *Sioui* were provided with notice of these additional documents. I would agree that it is generally wise not to incorporate evidence submitted in other cases without disclosing it to the parties and allowing them the possibility of challenging it or presenting contrary evidence. But because the *Bernard* decision and Dr. Patterson's article were in the public record and well known to the Crown, and because the Crown has failed to allege any material dispute or discrepancy as a result of this so-called incorporation of extrinsic evidence, I respectfully conclude that extrinsic evidence was not improperly incorporated into the learned judge's reasons.

7. Conclusion

For the above reasons, I conclude that the respondents have made out the defence of aboriginal right. The respondent Mr. Gray possesses an aboriginal right to harvest wood for domestic uses on Crown lands traditionally used for that purpose by members of the Pabineau First Nation. The respondents Messrs. Sappier and Polchies possess an aboriginal right to harvest wood for domestic uses. That right is also site-specific, such that its exercise is necessarily limited to Crown lands traditionally harvested by members of the Woodstock First Nation.

suffisait (d.a., vol. III, p. 392-393). De toute façon, le ministère public a admis la validité du traité. L'article de M. Patterson est proposé uniquement comme source d'information sur les événements historiques entourant la signature du traité, puisqu'il n'en est pas question dans les motifs étant donné l'admission du ministère public.

Le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a fondé sa décision sur des documents additionnels dans l'affaire *Sioui* et a pris connaissance d'office des faits historiques qui y étaient énoncés. Certains de ces documents avaient été présentés par la partie intervenante dans cette affaire et d'autres avaient été obtenus à la suite de recherches personnelles. Le ministère public a toutefois signalé à juste titre que, dans *Sioui*, les parties avaient été avisées au préalable de la prise en compte de ces documents additionnels. Je conviens qu'il est généralement prudent de ne pas incorporer des éléments de preuve présentés dans d'autres causes sans les avoir communiqués aux parties et leur avoir permis de les contester ou de présenter des preuves contraires. Cependant, comme l'arrêt *Bernard* et l'article du professeur Patterson étaient publics et bien connus du ministère public, et comme ce dernier n'a invoqué aucune divergence ou contestation pertinente résultant de cette soi-disant incorporation d'une preuve extrinsèque, je conclus, en toute déférence, que la preuve extrinsèque n'a pas été incorporée abusivement dans les motifs du juge.

7. Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, je conclus que les intimés ont établi le bien-fondé de leur moyen de défense fondé sur l'existence d'un droit ancestral. L'intimé Gray est titulaire d'un droit ancestral l'autorisant à récolter du bois à des fins domestiques sur les terres de la Couronne traditionnellement utilisées à cette fin par les membres de la Première Nation de Pabineau. Les intimés Sappier et Polchies sont titulaires d'un droit ancestral les autorisant à récolter du bois à des fins domestiques. Ce droit est spécifique à un site, de sorte qu'il est nécessairement limité aux terres de la Couronne où les membres de la Première Nation de Woodstock ont traditionnellement récolté du bois.

Accordingly, I would dismiss the appeals.

The following are the reasons delivered by

BINNIE J. — I agree with my colleague, Bastarache J., about the disposition of this appeal for the reasons he gives except, with respect, for his ruling that

[t]he harvested wood cannot be sold, traded or bartered to produce assets or raise money. This is so even if the object of such trade or barter is to finance the building of a dwelling. In other words, although the right would permit the harvesting of timber to be used in the construction of a dwelling, it is not the case that a right holder can sell the wood in order to raise money to finance the purchase or construction of a dwelling, or any of its components. [para. 25]

In aboriginal communities pre-contact, as in most societies, there existed a division of labour. This should be reflected in a more flexible concept of the exercise of aboriginal rights *within* modern aboriginal communities, especially considering that the aboriginal right itself is communal in nature. Barter (and, its modern equivalent, sale) within the reserve or other local aboriginal community would reflect a more efficient use of human resources than requiring all members of the reserve or other local aboriginal community to which the right pertains to do everything for themselves. They did not do so historically and they should not have to do so now. On the one hand, it seems to me a Mi'kmaq or Maliseet should be able to sell firewood to his or her aboriginal neighbour or barter it for, say, a side of venison or roofing a house. On the other hand, I agree that trade, barter or sale *outside* the reserve or other local aboriginal community would represent a commercial activity outside the scope of the aboriginal right established in this case. In other respects I agree with my colleague.

Appeals dismissed.

Solicitor for the appellant: Office of the Attorney General, Fredericton.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter les pourvois.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BINNIE — Je souscris au dispositif proposé par mon collègue le juge Bastarache à l'égard du présent pourvoi, et ce, pour les motifs qu'il a exposés, sauf en ce qui a trait à sa décision selon laquelle

[l]e bois récolté ne peut être vendu, échangé ou troqué pour obtenir des biens ou recueillir de l'argent. Il en est ainsi même si l'objectif de l'échange ou du troc est de financer la construction d'une habitation. En d'autres termes, le droit permettrait de récolter du bois pour construire une habitation, mais il n'autoriserait cependant pas son titulaire à vendre le bois afin d'obtenir l'argent nécessaire à l'achat ou à la construction de cette habitation ou d'un de ses éléments. [par. 25]

Avant l'arrivée des Européens, les collectivités autochtones avaient elles aussi, comme la plupart des sociétés, instauré une division du travail. Cette réalité devrait se traduire par une vision plus souple de l'exercice des droits ancestraux *à l'intérieur* des collectivités autochtones modernes, d'autant que ces droits sont eux-mêmes de nature collective. Le troc (et son équivalent moderne, la vente) représenterait une utilisation plus efficace des ressources humaines au sein de la réserve ou autre collectivité autochtone locale que le fait d'obliger chaque membre de la réserve ou communauté à laquelle appartient le droit à faire tout lui-même. Historiquement, les Autochtones ne le faisaient pas et ils ne devraient pas être tenus de le faire aujourd'hui. Il me semble qu'un Mi'kmaq ou un Malécite devrait pouvoir vendre du bois de chauffage à son voisin autochtone ou lui troquer ce bois pour, par exemple, un morceau de gibier ou des travaux à la toiture de sa maison. Par contre, je suis moi aussi d'avis que le commerce, le troc ou la vente *à l'extérieur* de la réserve ou autre collectivité autochtone locale constituerait une activité commerciale outrepassant la portée du droit ancestral reconnu dans la présente cause. Pour le reste, je partage l'opinion de mon collègue.

Pourvois rejetés.

Procureur de l'appelante : Bureau du Procureur général, Fredericton.

Solicitors for the respondents Dale Sappier and Clark Polchies: Barry Spalding, Saint John.

Procureurs des intimés Dale Sappier et Clark Polchies : Barry Spalding, Saint John.

Solicitors for the respondent Darrell Joseph Gray: Gaffney & Burke, Fredericton.

Procureurs de l'intimé Darrell Joseph Gray : Gaffney & Burke, Fredericton.

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

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

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

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

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Department of Justice, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : Ministère de la Justice, Halifax.

Solicitors for the intervener the Attorney General of British Columbia: Borden Ladner Gervais, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Borden Ladner Gervais, Vancouver.

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

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

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

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

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

Procureur de l'intervenante l'Union des Indiens du Nouveau-Brunswick : Daniel R. Theriault, Fredericton.

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

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

Solicitors for the interveners Mi'gma'wei Mawiomi and the New Brunswick Aboriginal Peoples Council: Burchell, Hayman, Parish, Halifax.

Procureurs des intervenants Mi'gma'wei Mawiomi et New Brunswick Aboriginal Peoples Council : Burchell, Hayman, Parish, Halifax.

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

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

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

Solicitor for the intervener the Assembly of Nova Scotia Mi'kmaq Chiefs: Ronalda Murphy, Halifax.

Solicitors for the interveners the Okanagan Nation Alliance and the Shuswap Nation Tribal Council: Mandell Pinder, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Congress of Aboriginal Peoples: Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.

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 the Beecher Bay Indian Band (collectively Te'mexw Nations): Cook, Roberts, Victoria.

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

Procureure de l'intervenante Assembly of Nova Scotia Mi'kmaq Chiefs : Ronalda Murphy, Halifax.

Procureurs des intervenants Okanagan Nation Alliance et Shuswap Nation Tribal Council : Mandell Pinder, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le Congrès des peuples autochtones : Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.

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

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

John Sundown *Respondent*

and

**The Attorney General of Quebec, the
Attorney General of Manitoba and the
Attorney General for Alberta** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. SUNDOWN

File No.: 26161.

1998: November 3; 1999: March 25.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Cory,
McLachlin, Iacobucci, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
SASKATCHEWAN

Indians — Treaty rights — Right to hunt and fish — Treaty Indian constructing log cabin in provincial park — Park regulations prohibiting construction of dwelling on park land without permission — Whether cabin reasonably incidental to hunting and fishing rights — If so, whether regulations infringe upon hunting rights — Parks Regulations, 1991, R.R.S. c. P-1.1, Reg. 6, s. 41(2)(j) — Treaty No. 6 — Natural Resources Transfer Agreement, para. 12 — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 88.

The respondent, a member of a Cree First Nation that is a party to Treaty 6, cut down some trees in a provincial park and used them to build a log cabin. The provincial Parks Regulations prohibit the construction of a temporary or permanent dwelling on park land without permission. Pursuant to the provisions of Treaty 6, the respondent is entitled to hunt for food on land that is occupied by the provincial Crown, including the provincial park. He testified that he needed the cabin while hunting, both for shelter and as a place to smoke fish and meat and to skin pelts. Evidence was presented at trial of a long-standing band practice to conduct "expeditionary" hunts in the area now included within the park. In order to carry out these hunts shelters were built at the hunting sites. The shelters were originally moss-

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

John Sundown *Intimé*

et

**Le procureur général du Québec, le
procureur général du Manitoba et le
procureur général de l'Alberta** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. SUNDOWN

N° du greffe: 26161.

1998: 3 novembre; 1999: 25 mars.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin, Iacobucci, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
SASKATCHEWAN

Indiens — Droits issus de traités — Droit de chasse et de pêche — Construction d'une cabane en rondins dans un parc provincial par un Indien visé par un traité — Dispositions réglementaires interdisant la construction sans permission de toute habitation dans les parcs — La cabane est-elle raisonnablement accessoire aux droits de chasse et de pêche? — Dans l'affirmative, les dispositions réglementaires portent-elles atteinte aux droits de chasse? — Parks Regulations, 1991, R.R.S. ch. P-1.1, Reg. 6, art. 41(2)j) — Traité n° 6 — Convention sur le transfert des ressources naturelles, par. 12 — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 88.

L'intimé, qui est membre d'une première nation crie ayant adhéré au Traité n° 6, a abattu quelques arbres dans un parc provincial et les a utilisés pour construire une cabane en rondins. Aux termes du règlement provincial sur les parcs, il est interdit de construire sans permission toute habitation temporaire ou permanente dans les parcs. En vertu des dispositions du Traité n° 6, l'intimé a le droit de chasser pour se nourrir sur les terres occupées par Sa Majesté du chef de la province, notamment le parc provincial en question. Il a témoigné avoir besoin de la cabane lorsqu'il chasse, tant pour s'abriter que pour y fumer le poisson et le gibier et pour dépouiller les animaux à fourrure. Au procès, on a présenté des éléments de preuve indiquant que la bande a depuis longtemps pour pratique de mener des «expédi-

covered lean-tos, and later tents and log cabins. In 1930, the Natural Resources Transfer Agreement between the province of Saskatchewan and the federal government modified Treaty 6 by extinguishing the treaty right to hunt commercially but expanding the geographical areas in which Indians have the treaty right to hunt for food. The respondent was convicted of building a permanent dwelling on park land without permission. The summary conviction appeal court quashed the conviction, and the Court of Appeal affirmed that decision.

Held: The appeal should be dismissed.

A hunting cabin is reasonably incidental to this First Nation's right to hunt in their traditional expeditionary style. This method of hunting is not only traditional but appropriate and shelter is an important component of it. A reasonable person apprised of the traditional expeditionary method of hunting would conclude that for this First Nation the treaty right to hunt encompasses the right to build shelters as a reasonable incident to that right. The small log cabin is an appropriate shelter for expeditionary hunting in today's society.

By building a permanent structure such as a log cabin, the respondent was not asserting a proprietary interest in park land. Treaty rights, like aboriginal rights, must not be interpreted as if they were common law property rights. Any interest in the hunting cabin is a collective right that is derived from the treaty and the traditional expeditionary method of hunting; it belongs to the band as a whole, not to the respondent or any individual band member. Furthermore, there are limitations on permanency implicit within the right itself. First, provincial legislation that relates to conservation and that passes the justificatory standard set out in *Sparrow* could validly restrict the building of hunting cabins. Second, there must be compatibility between the Crown's use of the land and the treaty right claimed. The third limitation on the treaty right to hunt is found in the term of the treaty that restricts the right to hunt to lands not "required or taken up for settlement". Neither the second nor the third limitation applies here. In light of the Crown's concession that the regulations at issue are not related to conservation, the issue of whether they

«tations de chasse» dans le secteur faisant maintenant partie du parc. À cette fin, des abris ont été construits dans les territoires de chasse. Il s'agissait au départ d'abris en appentis recouverts de mousse qui ont par la suite été remplacés par des tentes et des cabanes en rondins. En 1930, la Convention sur le transfert des ressources naturelles conclue par la province de la Saskatchewan et le gouvernement fédéral a modifié le Traité n° 6, d'une part en éteignant le droit issu de traité de chasser à des fins commerciales, d'autre part en élargissant les territoires où les Indiens ont le droit — issu de traité — de chasser pour se nourrir. L'intimé a été déclaré coupable d'avoir construit sans permission une habitation permanente dans un parc. La cour d'appel des poursuites sommaires a annulé la déclaration de culpabilité, décision qui a été confirmée par la Cour d'appel.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Une cabane de chasse est raisonnablement accessoire au droit de la première nation en cause de s'adonner à ses expéditions de chasse traditionnelles. Cette méthode de chasse est non seulement traditionnelle mais également appropriée, et l'utilisation d'un abri en est un élément important. Une personne raisonnable et bien informée de la méthode des expéditions de chasse traditionnelles conclurait que, dans le cas de la première nation concernée, le droit de chasse issu du traité emporte, en tant qu'accessoire raisonnable, le droit de construire des abris. La petite cabane en rondins est un abri approprié pour les expéditions de chasse dans la société d'aujourd'hui.

En construisant une structure permanente telle que une cabane en rondins, l'intimé ne faisait pas valoir un droit de propriété sur les terres du parc. Tout comme les droits ancestraux, les droits issus de traités ne doivent pas être interprétés comme s'il s'agissait de droits de propriété de common law. Tout droit sur la cabane de chasse est un droit collectif découlant du traité et de la méthode de chasse utilisée, en l'occurrence celle des expéditions de chasse. Ce droit appartient à l'ensemble de la bande et non à l'intimé ou à quelque autre membre particulier de la bande. En outre, le droit lui-même est assorti de restrictions implicites pour ce qui est du caractère permanent de la cabane. Premièrement, une mesure législative provinciale en matière de conservation qui respecterait la norme de justification énoncée dans *Sparrow* pourrait valablement restreindre la construction de cabanes de chasse. Deuxièmement, il doit y avoir compatibilité entre l'utilisation que fait Sa Majesté des terres en cause et le droit issu de traité revendiqué. La troisième limite au droit de chasse issu de traité réside dans la clause qui restreint l'exercice du droit de chasse aux terrains non

can be justified under the *Sparrow* test should not be considered in this appeal.

Under s. 88 of the *Indian Act*, all provincial laws of general application apply to Indians subject to "the terms of any treaty". Since the regulations in issue would conflict with Treaty 6, which permits the respondent to build a cabin as an activity reasonably incidental to his right to hunt, they are inapplicable to him under s. 88.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901; *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433; *Myran v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 137; *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309; *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1930 (U.K.), 20 & 21 Geo. 5, c. 26 [reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 26], s. 1.
Constitution Act, 1982, s. 35(1).
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 88.
 Natural Resources Transfer Agreement [confirmed by the *Constitution Act, 1930*], para. 12.
Parks Act, S.S. 1986, c. P-1.1, s. 4(4).
Parks Regulations, 1991, R.R.S. c. P-1.1, Reg. 6, ss. 41(1), (2)(j), 59(a).
 Treaty No. 6 (1876).

Authors Cited

Morris, Alexander. *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories, including the negotiations on which they were based, and other information relating thereto*. Facsim. reprint of the 1880 ed. Saskatoon: Fifth House Publishers, 1991.

«requis ou pris pour des fins d'établissement». Ni la deuxième ni la troisième de ces limites ne s'appliquent en l'espèce. Étant donné que le ministère public a concédé que les dispositions réglementaires en litige n'ont pas trait à la conservation, la question de savoir si elles peuvent être justifiées selon le critère établi dans l'arrêt *Sparrow* n'a pas à être examinée dans le présent pourvoi.

Aux termes de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, toutes les lois provinciales d'application générale s'appliquent aux Indiens sous réserve des «dispositions de quelque traité». Étant donné que les dispositions réglementaires en litige seraient incompatibles avec le Traité n° 6, qui permet à l'intimé de construire une cabane puisqu'il s'agit d'une activité raisonnablement accessible à son droit de chasse, elles sont inapplicables à son égard sous l'effet de l'art. 88.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901; *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433; *Myran c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 137; *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139.

Lois et règlements cités

Convention sur le transfert des ressources naturelles [confirmée par la *Loi constitutionnelle de 1930*], par. 12.
Loi constitutionnelle de 1930 (R.-U.), 20 & 21 Geo. 5, ch. 26 [reproduite dans L.R.C. (1985), app. II, n° 26], art. 1.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).
Loi sur les indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 88.
Parks Act, S.S. 1986, ch. P-1.1, art. 4(4).
Parks Regulations, 1991, R.R.S. ch. P-1.1, Reg. 6, art. 41(1), (2)(j), 59a).
 Traité n° 6 (1876).

Doctrine citée

Morris, Alexander. *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories, including the negotiations on which they were based, and other information relating thereto*. Facsim. reprint of the 1880 ed. Saskatoon: Fifth House Publishers, 1991.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal, [1997] 4 C.N.L.R. 241, [1997] 8 W.W.R. 379, 158 Sask. R. 53, 153 W.A.C. 53, 117 C.C.C. (3d) 140, [1997] S.J. No. 377 (QL), dismissing the Crown's appeal from a decision of the Court of Queen's Bench, [1995] 3 C.N.L.R. 152, [1995] 7 W.W.R. 289, 133 Sask. R. 3, [1995] S.J. No. 303 (QL), quashing the respondent's conviction in Provincial Court, [1994] 2 C.N.L.R. 174, [1993] S.J. No. 702 (QL), for building a permanent dwelling on park land. Appeal dismissed.

P. Mitch McAdam, for the appellant.

James D. Jodouin and *Gary L. Bainbridge*, for the respondent.

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

Deborah L. Carlson, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Robert J. Normey, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The judgment of the Court was delivered by

¹ CORY J. — Like his ancestors John Sundown, a Cree Indian and a member of the Joseph Bighead First Nation, hunted and fished in Meadow Lake Provincial Park. In order to carry out these activities he constructed a log cabin in the Park. This act breached the Park Regulations. On this appeal it must be determined whether the cabin is reasonably incidental to the hunting and fishing rights of this First Nation. If it is, do the Park Regulations infringe upon the hunting rights of this First Nation set out in Treaty No. 6 and modified by the Natural Resources Transfer Agreement (NRTA)?

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan, [1997] 4 C.N.L.R. 241, [1997] 8 W.W.R. 379, 158 Sask. R. 53, 153 W.A.C. 53, 117 C.C.C. (3d) 140, [1997] S.J. No. 377 (QL), qui a rejeté l'appel formé par le ministère public contre une décision de la Cour du Banc de la Reine, [1995] 3 C.N.L.R. 152, [1995] 7 W.W.R. 289, 133 Sask. R. 3, [1995] S.J. No. 303 (QL), qui avait annulé la déclaration de culpabilité de l'intimé prononcée par la Cour provinciale, [1994] 2 C.N.L.R. 174, [1993] S.J. No. 702 (QL), pour construction d'une habitation permanente dans un parc. Pourvoi rejeté.

P. Mitch McAdam, pour l'appelante.

James D. Jodouin et *Gary L. Bainbridge*, pour l'intimé.

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

Deborah L. Carlson, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

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

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CORY — À l'instar de ses ancêtres, John Sundown, Indien cri membre de la première nation de Joseph Bighead, pratique la chasse et la pêche dans le parc provincial Meadow Lake. À cette fin, il y a construit une cabane en rondins, contrevenant ainsi au règlement sur les parcs. Dans le présent pourvoi, il faut décider si la cabane est raisonnablement accessoire aux droits de chasse et de pêche de cette première nation. Dans l'affirmative, il faut ensuite décider si le règlement sur les parcs porte atteinte aux droits de chasse accordés à cette première nation par le Traité n° 6, compte tenu des modifications apportées par la Convention sur le transfert des ressources naturelles (la «Convention»).

I. Factual Background

A. *The Respondent*

The respondent, John Sundown, is a Cree Indian and a member of the Joseph Bighead First Nation, which is a party to Treaty No. 6 by adhesion. In 1992, Mr. Sundown cut down some 25 mature white spruce trees in Meadow Lake Provincial Park and used them to build a one-storey log cabin, approximately 30 feet by 40 feet. *The Parks Regulations, 1991*, R.R.S. c. P-1.1, Reg. 6, prohibit both the construction of a temporary or permanent dwelling on park land without permission (s. 41(2)(j)) and the taking or damaging of trees without consent (s. 59(a)).

Pursuant to the provisions of Treaty No. 6, Mr. Sundown is entitled to hunt for food on land that is occupied by the provincial Crown, including Meadow Lake Provincial Park. He testified that he needed the cabin while hunting, both for shelter and as a place to smoke fish and meat and to skin pelts. At trial, evidence was presented of a long-standing Band practice to conduct "expedition hunts" in the area now included within the Park. In order to carry out these hunts shelters were built at the hunting sites. The shelters were originally lean-tos covered with moss. Later they were tents and log cabins.

B. *The History of Treaty No. 6*

Treaty No. 6 reads in part as follows:

Her Majesty further agrees with Her said Indians that they, the said Indians, shall have right to pursue their avocations of hunting and fishing throughout the tract surrendered as hereinbefore described, subject to such regulations as may from time to time be made by Her Government of Her Dominion of Canada, and saving and excepting such tracts as may from time to time be required or taken up for settlement, mining, lumbering or other purposes by Her said Government of the Dominion of Canada, or by any of the subjects thereof duly authorized therefor by the said Government.

I. Le contexte factuel

A. *L'intimé*

L'intimé John Sundown est un Indien cri qui appartient à la première nation de Joseph Bighead, laquelle a adhéré au Traité n° 6. En 1992, M. Sundown a abattu, dans le parc provincial Meadow Lake, quelque 25 épinettes blanches matures dont il s'est servi pour construire une cabane de plain-pied en rondins d'environ 30 pieds sur 40 pieds. Le règlement en cause, *The Parks Regulations, 1991*, R.R.S. ch. P-1.1, Reg. 6, interdit de construire sans permission toute habitation temporaire ou permanente dans les parcs (al. 41(2)j)) et d'enlever ou d'endommager des arbres sans le consentement du ministre (art. 59a)).

En vertu des dispositions du Traité n° 6, M. Sundown a le droit de chasser pour se nourrir sur les terres occupées par Sa Majesté du chef de la province, notamment le parc provincial Meadow Lake. Il a témoigné avoir besoin de la cabane lorsqu'il chasse, tant pour s'y abriter que pour y fumer le poisson et le gibier et pour dépouiller les animaux à fourrure. Au procès, on a présenté des éléments de preuve indiquant que la bande a depuis longtemps pour pratique de mener des «expéditions de chasse» dans le secteur faisant maintenant partie du parc. À cette fin, des abris ont été construits dans les territoires de chasse. Au départ, il s'agissait d'abris en appentis recouverts de mousse. Par la suite, ces abris ont été remplacés par des tentes et des cabanes en rondins.

B. *L'historique du Traité n° 6*

Le Traité n° 6 prévoit notamment ce qui suit:

Sa Majesté, en outre, convient avec les dits Sauvages qu'ils auront le droit de se livrer à leurs occupations ordinaires de la chasse et de la pêche dans l'étendue de pays cédée, tel que ci-dessus décrite, sujets à tels règlements qui pourront être faits de temps à autre par son gouvernement de la Puissance du Canada, et sauf et excepté tels terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d'établissement, de mine, de commerce de bois ou autres par son dit gouvernement de la Puissance du Canada, ou par aucun de ses sujets y demeurant, et qui seront dûment autorisés à cet effet par le dit gouvernement;

⁵ Treaty No. 6 is one of 11 numbered treaties concluded between the federal government and various First Nations between 1871 and 1923. They were negotiated with the aim of facilitating European settlement of western Canada. Treaty No. 6, also known as the Treaties at Forts Carlton and Pitt, was signed in 1876 and covered an expanse of 120,000 square miles. The area ceded covered much of central Alberta and Saskatchewan. In exchange for the land, the federal government provided or made a commitment to provide the bands with reserves, schools, annuities, farm equipment, ammunition, and assistance in times of famine or pestilence. Hunting, fishing and trapping rights were also secured to the Indians. Indeed, it is clear from the record of the negotiations that the guarantee of these rights was essential for the First Nations in their acceptance of the treaty. In *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories* (1991 (reprint)), Alexander Morris, the Lieutenant Governor in charge of the negotiations, recorded the following exchange. The Chiefs stated, "We want to be at liberty to hunt on any place as usual" (p. 215). Mr. Morris responded as follows (at p. 218):

You want to be at liberty to hunt as before. I told you we did not want to take that means of living from you, you have it the same as before, only this, if a man, whether Indian or Half-breed, had a good field of grain, you would not destroy it with your hunt. [Emphasis added.]

⁶ It is clear from the history of the negotiations between Alexander Morris and the First Nations who signed Treaty No. 6 that the government intended to preserve the traditional Indian way of life. Hunting and fishing were of fundamental importance to that way of life. This was recognized in the treaty negotiations and in the treaties themselves. At p. 193 of *The Treaties of Canada with the Indians*, *supra*, Morris writes:

I then asked the Bear to tell the other two absent Chiefs, Short Tail and Sagamat, what had been done; that I had written him and them a letter, and sent it by

Le Traité n° 6 est l'un des 11 traités numérotés qui ont été conclus par le gouvernement fédéral et diverses premières nations entre 1871 et 1923. Ils ont été négociés dans le but de faciliter la colonisation de l'Ouest canadien par les Européens. Le Traité n° 6, aussi appelé Traités des forts Carlton et Pitt, a été signé en 1876 et visait un territoire de 120 000 milles carrés. Le territoire cédé correspondait à une grande partie du centre de l'Alberta et de la Saskatchewan. En échange de ce territoire, le gouvernement fédéral s'est engagé à établir des réserves et des écoles, à verser des rentes, à fournir des instruments aratoires et du matériel agricole, des munitions et de l'aide en cas de famine ou de peste. Des droits de chasse, de pêche et de piégeage étaient aussi garantis aux Indiens. De fait, il ressort clairement du compte rendu des négociations que la garantie de ces droits était une condition essentielle de l'acceptation du traité par les premières nations. Dans son ouvrage *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories* (1991 (réimpression)), Alexander Morris, lieutenant-gouverneur responsable des négociations, a consigné les propos qui suivent. Les chefs ont dit: [TRADUCTION] «Nous voulons être libres de chasser n'importe où comme de coutume» (p. 215). Monsieur Morris a répondu ce qui suit (à la p. 218):

[TRADUCTION] Vous voulez être libres de chasser comme auparavant. Je vous ai dit que nous ne voulons pas vous priver de ce moyen de subsistance; rien n'est changé sauf que, si un homme, qu'il soit Indien ou métis, possède un bon champ de grain, il vous faudra prendre garde de le ravager en chassant. [Je souligne.]

Il ressort clairement de l'historique des négociations entre Alexander Morris et les premières nations signataires du Traité n° 6 que le gouvernement entendait préserver le mode de vie traditionnel des autochtones. La chasse et la pêche avaient une importance fondamentale dans ce mode de vie, fait qui a été reconnu dans les négociations et les traités eux-mêmes. À la page 193 de *The Treaties of Canada with the Indians*, *op. cit.*, Morris écrit ceci:

[TRADUCTION] J'ai demandé ensuite à Bear de dire aux deux autres chefs absents, Short Tail et Sagamat, ce qui avait été fait, que je lui avais écrit une lettre ainsi

Sweet Grass, and that next year they could join the treaty; with regard to the buffalo, the North-West Council were considering the question, and I again explained that we would not interfere with the Indian's daily life except to assist them in farming. [Emphasis added.]

The Joseph Bighead First Nation adhered to Treaty No. 6 in 1913.

In 1930, Treaty No. 6 was modified by the NRTA, entered into by the province of Saskatchewan and the federal government. Pursuant to s. 1 of the *Constitution Act, 1930*, R.S.C., 1985, App. II, No. 26, it is clear that the NRTA has constitutional status. Paragraph 12 of the NRTA reads as follows:

12. In order to secure to the Indians of the Province the continuance of the supply of game and fish for their support and subsistence, Canada agrees that the laws respecting game in force in the Province from time to time shall apply to the Indians within the boundaries thereof, provided, however, that the said Indians shall have the right, which the Province hereby assures to them, of hunting, trapping and fishing game and fish for food at all seasons of the year on all unoccupied Crown lands and on any other lands to which the said Indians may have a right of access.

In *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901, it was held that para. 12 of the Alberta NRTA modified Treaty No. 8 in two ways. It extinguished the treaty right to hunt commercially but expanded the geographical areas in which Indians have the treaty right to hunt for food. At p. 933, *per Cory J.*:

Although the [Natural Resources Transfer] Agreement did take away the right to hunt commercially, the nature of the right to hunt for food was substantially enlarged. The geographical areas in which the Indian people could hunt was widely extended. Further, the means employed by them in hunting for their food was placed beyond the reach of provincial governments. For example, they may hunt deer with night lights and with dogs, methods which are or may be prohibited for others. Nor are the

qu'à eux et l'avais fait remettre par Sweet Grass, et qu'ils pourraient souscrire au traité l'an prochain; quant au bison, le Conseil du Nord-Ouest étudiait la question; j'ai à nouveau expliqué que nous ne nous ingérerions pas dans la vie quotidienne des Indiens, sauf pour les aider à cultiver la terre. [Je souligne.]

La première nation de Joseph Bighead a adhéré au Traité n° 6 en 1913.

En 1930, le Traité n° 6 a été modifié par la Convention conclue par la province de la Saskatchewan et le gouvernement fédéral. Il ressort clairement de l'article premier de la *Loi constitutionnelle de 1930*, L.R.C. (1985), app. II, n° 26, que la Convention est un texte constitutionnel. Le paragraphe 12 de la Convention est ainsi rédigé:

12. Pour assurer aux Indiens de la province la continuation de l'approvisionnement de gibier et de poisson destinés à leurs support et subsistance, le Canada consent à ce que les lois relatives au gibier et qui sont en vigueur de temps à autre dans la province, s'appliquent aux Indiens dans les limites de la province; toutefois, lesdits Indiens auront le droit que la province leur assure par les présentes de chasser et de prendre le gibier au piège et de pêcher le poisson, pour se nourrir en toute saison de l'année sur toutes les terres inoccupées de la Couronne et sur toutes les autres terres auxquelles lesdits Indiens peuvent avoir un droit d'accès.

Dans *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901, il a été jugé que le par. 12 de la Convention de l'Alberta avait modifié le Traité n° 8 de deux façons. D'une part, il a éteint le droit issu de traité de chasser à des fins commerciales, mais, d'autre part, il a élargi les territoires où les Indiens ont le droit — issu de traité — de chasser pour se nourrir. À la page 933, le juge Cory a dit ceci:

Quoique la Convention [sur le transfert des ressources naturelles] ait bel et bien supprimé le droit de faire de la chasse commerciale, le droit de chasser pour se nourrir a été sensiblement élargi. Les territoires sur lesquels pouvaient chasser les Indiens ont été considérablement agrandis. En outre, les moyens employés par eux aux fins de la chasse pour se nourrir ont été soustraits à la compétence des gouvernements provinciaux. Il est, par exemple, permis aux Indiens de chasser le chevreuil en se servant d'un faisceau lumineux et de chiens, méthodes qui sont ou peuvent être défendues aux autres.

7

8

Indians subject to seasonal limitations as are all other hunters.

Les Indiens ne sont pas non plus soumis aux restrictions saisonnières que se voient imposer tous les autres chasseurs.

C. The Meadow Lake Provincial Park

C. Le parc provincial Meadow Lake

⁹ Meadow Lake Provincial Park is considered a “natural environment park”. Recreational activities pursued within the park are intended to conform with the natural landscape of the park: *The Parks Act*, S.S. 1986, c. P-1.1, s. 4(4). The Park contains many lakes, including Mistohay Lake on which the respondent built the cabin, large tracts of forest and several roads including Provincial Highway 224. There is a cottage subdivision of 200 to 300 cottages. There are as well approximately 15 cottages located outside the subdivision. Some commercial activities are found within its boundaries. They include gas wells, pipeline clearings and a lodge offering accommodation. Finally, there are services to accommodate the park users, including lakeside fuel pumps, picnic and campground areas, landfill sites, boat launches and toilet facilities. This is a large park. Non-aboriginal persons can hunt in the park during the appropriate season. Aboriginal hunters can, as well, exercise their treaty hunting rights within the confines of the park. In short, Meadow Lake Provincial Park is not, as the respondent correctly points out, virgin forest.

Le parc provincial Meadow Lake est considéré comme un [TRADUCTION] «parc de conservation du milieu naturel». Les activités récréatives exercées dans le parc doivent respecter le paysage naturel: *The Parks Act*, S.S. 1986, ch. P-1.1, par. 4(4). Le parc contient plusieurs lacs, y compris le lac Mistohay, où l’intimé a construit sa cabane, ainsi que de vastes étendues boisées et plusieurs chemins, notamment la route provinciale 224. On y trouve un lotissement comprenant de 200 à 300 chalets. De plus, environ 15 autres chalets ont été construits à l’extérieur de ce lotissement. Certaines activités commerciales sont aussi exercées dans les limites du parc. On y trouve entre autres des puits de gaz, des couloirs de pipeline et un hôtel à pavillons. Finalement, les utilisateurs du parc ont accès à des services tels que des pompes à essence au bord de l’eau, des terrains de pique-nique et de camping, des lieux d’enfouissement, des rampes pour la mise à l’eau des embarcations et des toilettes. C’est un grand parc. Les non-autochtones peuvent y chasser pendant la période prévue. Les chasseurs autochtones peuvent également exercer leurs droits de chasse issus du traité dans les limites du parc. Bref, comme le souligne avec raison l’intimé, le parc provincial Meadow Lake n’est pas une forêt vierge.

D. The Hunting Methods of the Joseph Bighead First Nation

D. Les méthodes de chasse de la première nation de Joseph Bighead

¹⁰ It is uncontested that the respondent, Mr. Sundown, had the right to hunt in Meadow Lake Provincial Park, as this Park is a “lan[d] to which the said India[n] may have a right of access”. In this regard *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451, considered the interpretation of para. 13 of Manitoba’s NRTA. That paragraph is identical to para. 12 of the Saskatchewan NRTA, the provision pertinent to this case. At p. 460, Dickson J. (as he then was) writing for the Court stated:

Il n’est pas contesté que l’intimé M. Sundown avait le droit de chasser dans le parc provincial Meadow Lake, car ce parc fait partie des «terres auxquelles [ledit] Indie[n] peu[t] avoir un droit d’accès». À cet égard le par. 13 de la Convention du Manitoba, qui est identique au par. 12 de la Convention de la Saskatchewan — la disposition pertinente dans le présent pourvoi — a été interprété dans *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451. À la page 460, le juge Dickson (plus tard Juge en chef du Canada) a dit ceci, au nom de la Cour:

The Indians' right to hunt for food under para. 13 is paramount and overrides provincial game laws regulating hunting and fishing. The Province may deny access for hunting to Indians and non-Indians alike but if, as in the case at bar, limited hunting is allowed, then under para. 13, non-dangerous . . . hunting for food is permitted to the Indians, regardless of provincial curbs on season, method or limit. [Emphasis added; citation omitted.]

Evidence was adduced at trial which described the traditional methods of hunting of the Joseph Bighead First Nation. This evidence was uncontroverted and appears to have been accepted by the trial judge. It is clear that the traditional method of hunting of the Joseph Bighead First Nation is "expeditionary", a hub-and-spoke style of hunting in which hunters set up a base camp for some extended period of time ranging from overnight to two weeks. Each day they move out from that spot to hunt. They then return to the base camp to smoke fish or game and to prepare hides. Originally these shelters were moss-covered lean-tos and later tents and log cabins.

E. *The Charges*

Mr. Sundown was charged with violating the Regulations that prohibit the cutting of trees or the building of cabins without permission from the Minister. He was convicted of both offences in Provincial Court. He appealed his convictions by way of summary conviction appeal to the Court of Queen's Bench. The conviction for building a permanent dwelling on park land (s. 41(2)(j)) was quashed and the conviction for cutting trees (s. 59(a)) was upheld. The Crown appealed the quashed conviction and the respondent appealed the conviction for cutting trees. The Court of Appeal dismissed the Crown appeal and allowed the respondent's appeal from conviction, entering an acquittal instead. Wakeling J.A., in dissent, would have restored the conviction for building a

Le droit des Indiens de chasser pour se nourrir aux termes de la clause 13 est prépondérant et surpasse les lois provinciales sur la protection de la faune, qui régissent la chasse et la pêche. La province peut refuser le droit d'accès pour chasser à la fois aux Indiens et aux non-Indiens, mais si, comme en l'espèce, une chasse limitée est permise, alors, aux termes de la clause 13, il est permis aux Indiens de chasser pour se nourrir, pourvu qu'ils le fassent d'une manière non dangereuse [...], indépendamment des restrictions provinciales relatives aux saisons, aux méthodes ou à la limite de prise. [Je souligne; référence omise.]

Des éléments de preuve relatifs aux méthodes traditionnelles de chasse de la première nation de Joseph Bighead ont été produits au procès. Cette preuve n'a pas été contredite et semble avoir été acceptée par le juge. De toute évidence, la méthode traditionnelle de chasse de la première nation de Joseph Bighead est l'«expédition de chasse», soit l'établissement d'un camp de base à partir duquel le groupe de chasseurs rayonne pendant une certaine période, qui va d'une nuit à deux semaines. Les chasseurs partent chaque jour de ce camp et y reviennent, après la chasse, pour fumer le poisson ou le gibier, ou pour préparer les peaux. Les abris en appentis recouverts de mousse qu'ils utilisaient à l'origine ont plus tard été remplacés par des tentes et des cabanes en rondins.

E. *Les accusations*

Monsieur Sundown a été accusé d'avoir contrevenu aux dispositions réglementaires qui interdisent d'abattre des arbres et de construire des cabanes sans la permission du ministre. En Cour provinciale, il a été déclaré coupable de ces deux chefs d'accusation. Il a interjeté appel à la Cour du Banc de la Reine de ses déclarations de culpabilité par procédure sommaire. La déclaration de culpabilité visant la construction d'une habitation permanente dans le parc (al. 41(2)j) a été cassée, mais celle visant l'abattage des arbres (art. 59a) a été confirmée. Le ministère public a interjeté appel de la décision cassant la déclaration de culpabilité et l'intimé a fait de même à l'égard de celle confirmant la déclaration de culpabilité relative à l'abattage des arbres. La Cour d'appel a rejeté l'appel du ministère public, mais a accueilli celui de l'intimé et inscrit un verdict d'acquiescement. Le juge

11

12

dwelling and quashed the conviction respecting the trees.

¹³ The charge of cutting down trees plays no part in this appeal. Mr. Sundown has admitted building a log cabin but claims that he was entitled to do so as it is an essential aspect of his right to hunt granted by Treaty No. 6 as modified by the NRTA.

II. Relevant Statutory and Constitutional Provisions

¹⁴ *Constitution Act, 1982*

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

Treaty No. 6

Her Majesty further agrees with Her said Indians that they, the said Indians, shall have right to pursue their avocations of hunting and fishing throughout the tract surrendered as hereinbefore described, subject to such regulations as may from time to time be made by Her Government of Her Dominion of Canada, and saving and excepting such tracts as may from time to time be required or taken up for settlement, mining, lumbering or other purposes by Her said Government of the Dominion of Canada, or by any of the subjects thereof duly authorized therefor by the said Government.

Natural Resources Transfer Agreement of 1930 entered into by the Government of Canada and the Province of Saskatchewan

12. In order to secure to the Indians of the Province the continuance of the supply of game and fish for their support and subsistence, Canada agrees that the laws respecting game in force in the Province from time to time shall apply to the Indians within the boundaries thereof, provided, however, that the said Indians shall have the right, which the Province hereby assures to them, of hunting, trapping and fishing game and fish for food at all seasons of the year on all unoccupied Crown lands and on any other lands to which the said Indians may have a right of access.

Wakeling, dissident, aurait rétabli la déclaration de culpabilité à l'égard de l'accusation d'avoir construit une habitation, et cassé celle visant l'abattage des arbres.

L'accusation relative à l'abattage des arbres n'est pas en cause dans le présent pourvoi. Monsieur Sundown admet avoir construit une cabane en rondins, mais il soutient qu'il avait le droit de le faire, puisqu'il s'agit d'un aspect essentiel du droit de chasse que lui accorde le Traité n° 6 et qui a été modifié par la Convention.

II. Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

Loi constitutionnelle de 1982

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

Traité n° 6

Sa Majesté, en outre, convient avec les dits Sauvages qu'ils auront le droit de se livrer à leurs occupations ordinaires de la chasse et de la pêche dans l'étendue de pays cédée, tel que ci-dessus décrite, sujets à tels règlements qui pourront être faits de temps à autre par son gouvernement de la Puissance du Canada, et sauf et excepté tels terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d'établissement, de mine, de commerce de bois ou autres par son dit gouvernement de la Puissance du Canada, ou par aucun de ses sujets y demeurant, et qui seront dûment autorisés à cet effet par le dit gouvernement;

Convention sur le transfert des ressources naturelles, 1930, conclue entre le gouvernement du Canada et la province de la Saskatchewan

12. Pour assurer aux Indiens de la province la continuation de l'approvisionnement de gibier et de poisson destinés à leurs support et subsistance, le Canada consent à ce que les lois relatives au gibier et qui sont en vigueur de temps à autre dans la province, s'appliquent aux Indiens dans les limites de la province; toutefois, lesdits Indiens auront le droit que la province leur assure par les présentes de chasser et de prendre le gibier au piège et de pêcher le poisson, pour se nourrir en toute saison de l'année sur toutes les terres inoccupées de la Couronne et sur toutes les autres terres auxquelles lesdits Indiens peuvent avoir un droit d'accès.

Indian Act, R.S.C., 1985, c.-I-5

88. Subject to the terms of any treaty and any other Act of Parliament, all laws of general application from time to time in force in any province are applicable to and in respect of Indians in the province, except to the extent that those laws are inconsistent with this Act or any order, rule, regulation or by-law made thereunder, and except to the extent that those laws make provision for any matter for which provision is made by or under this Act.

Parks Regulations, 1991, R.R.S. c. P-1.1, Reg. 6

41(1) No person shall:

- (a) occupy;
- (b) undertake research on;
- (c) alter;
- (d) use or exploit any resource in, on or under; or
- (e) develop;

park land without a disposition.

(2) Without limiting the generality of subsection (1), no person shall:

-
- (j) construct or occupy a temporary or permanent dwelling on park land
-

without a disposition or the prior written consent of the minister.

59 No person shall

- (a) take, damage or destroy a flower, plant, shrub, tree or any other natural vegetation on park land without the prior written consent of the minister;

III. Prior Judgments

A. *Saskatchewan Provincial Court*, [1994] 2 C.N.L.R. 174

In the opinion of the trial judge the respondent, by permanently occupying a portion of the park,

Loi sur les indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5

88. Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi fédérale, toutes les lois d'application générale et en vigueur dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où ces lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou règlement administratif pris sous son régime, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou sous son régime.

Parks Regulations, 1991, R.R.S. ch. P-1.1, Reg. 6

[TRADUCTION] 41 (1) Seules les personnes titulaires d'un acte de disposition sont autorisées:

- a) à occuper des terres faisant partie d'un parc;
- b) à y effectuer des recherches;
- c) à les transformer;
- d) à utiliser ou à exploiter des ressources s'y trouvant, en surface ou dans le sous-sol;
- e) à mettre en valeur de telles terres.

(2) Sans que soit limitée la portée générale du par. (1), seules les personnes qui sont titulaires d'un acte de disposition ou qui ont obtenu au préalable le consentement écrit du ministre peuvent:

-
- j) construire ou occuper une habitation temporaire ou permanente dans les terres faisant partie d'un parc.

59 Nul ne peut:

- a) enlever, endommager ou détruire quelque fleur, plante, arbuste, arbre ou autre végétal naturel dans les terres faisant partie d'un parc sans avoir au préalable obtenu le consentement écrit du ministre;

III. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Cour provinciale de la Saskatchewan*, [1994] 2 C.N.L.R. 174

De l'avis du juge du procès, l'intimé a, en occupant en permanence une partie du parc, porté

interfered with the rights of other park users and with the natural landscape, and could interfere with other treaty-rights holders who might want to exercise their rights. As well, she found that the respondent could not establish a proprietary right to the land on which the cabin was built. She held that the *Parks Regulations, 1991* were constitutionally valid and applicable to the respondent.

B. *Saskatchewan Court of Queen's Bench*, [1995] 3 C.N.L.R. 152

atteinte au milieu naturel ainsi qu'aux droits des autres utilisateurs du parc, et il pourrait de ce fait porter atteinte aux droits d'autres titulaires de droits issus de traités qui voudraient les exercer. En outre, la juge a estimé que l'intimé n'avait pu établir l'existence d'un droit de propriété à l'égard des terres sur lesquelles la cabane a été construite, et elle a conclu à la constitutionnalité du *Parks Regulations, 1991* et à son applicabilité à l'intimé.

B. *Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan*, [1995] 3 C.N.L.R. 152

¹⁶ Klebuc J., on the summary conviction appeal, held that the respondent's right to hunt consists of the rights found in Treaty No. 6 that were merged and consolidated in para. 12 of the NRTA.

Statuant sur l'appel des poursuites sommaires, le juge Klebuc a conclu que le droit de chasse de l'intimé correspondait aux droits énoncés au Traité n° 6 qui ont été unifiés et codifiés au par. 12 de la Convention.

¹⁷ Klebuc J. then considered whether the impeached activities fell within the scope of the respondent's treaty rights. In doing so he reviewed the decision of this Court in *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387. At p. 403 it was held that "the right to hunt to be effective must embody those activities reasonably incidental to the act of hunting itself," such as "travelling with the requisite hunting equipment to the hunting grounds" (*per* Dickson C.J.). Klebuc J. defined the test for ancillary activities as being "whether the activity or equipment is 'reasonably related' and 'reasonably required' having regard to the circumstances" (p. 164). On the facts of this case, he found that the use of the cabin was reasonably related to the act of hunting. He noted that the respondent's permanent home is far from Mistohay Lake, that he had a longstanding practice of hunting at that lake, and that he had previously used a cabin near that location.

Le juge Klebuc s'est ensuite demandé si les activités reprochées étaient visées par les droits issus de traités de l'intimé. Ce faisant, il a examiné l'arrêt de notre Cour *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387. À la page 403 de cet arrêt, il a été jugé que, «pour être réel, le droit de chasser doit comprendre les activités qui sont raisonnablement accessoires à l'acte de chasser lui-même», par exemple le fait de «se déplacer jusqu'au terrain de chasse avec le matériel de chasse nécessaire» (le juge en chef Dickson). Le juge Klebuc a défini le critère relatif aux activités accessoires comme étant [TRADUCTION] «la question de savoir si l'activité ou le matériel est "raisonnablement lié" et "raisonnablement nécessaire" eu égard aux circonstances» (p. 164). À la lumière des faits de l'espèce, il a conclu que l'utilisation de la cabane était raisonnablement liée à l'acte de chasser. Il a souligné que la demeure permanente de l'intimé était éloignée de Mistohay Lake, que ce dernier pratiquait la chasse depuis longtemps à ce lac et qu'il avait auparavant utilisé une cabane près de cet endroit.

¹⁸ Klebuc J. then considered whether the respondent's activities prevented the Province from accomplishing its objectives for the park land. He concluded that there was no evidence of a "material incompatibility between the Province's intended use of the lands within the Park and the

Le juge Klebuc s'est ensuite demandé si les activités de l'intimé empêchaient la province de réaliser ses objectifs en ce qui a trait aux terres du parc. Il a conclu qu'il n'y avait aucun élément de preuve d'une [TRADUCTION] «incompatibilité substantielle entre l'usage auquel la province destine les terres

impeached activities” (p. 166). He therefore allowed the appeal with respect to building the cabin and entered an acquittal, and dismissed the appeal with respect to cutting the trees.

C. *Saskatchewan Court of Appeal*, [1997] 4 C.N.L.R. 241

(1) Vancise J.A. for the majority

The conviction for cutting trees was set aside and an acquittal entered. The parties agreed that the summary conviction appeal judge had erred because the trees had been taken and used by a third party, not the respondent.

Vancise J.A. considered the test set out in *Simon, supra*, to determine whether the construction of the cabin was “reasonably incidental” to the constitutionally protected right to hunt. He interpreted Dickson C.J.’s use of the word “incidental” to mean “activities which are reasonably related to the act, of hunting in order to make them effective” (p. 257). He found that the building and use of the cabin were related to hunting for food but that it remained to be determined whether they were also “reasonably incidental” to the constitutionally protected right to hunt.

He acknowledged that a treaty right to hunt could be exercised in a modern form. He observed that the respondent’s preferred method of hunting was the expeditionary method which was used by his father and grandfather. The expeditions typically lasted four days to a week with the cabin used as a base camp for shelter and for processing the game. Vancise J.A. held that the use of the cabin was “a means to facilitate and exercise the act of hunting” (p. 258).

He held that the provincial regulations were not applicable to the respondent because their objective, the orderly development of provincial parks, did not justify overriding the respondent’s constitutionally protected right to hunt.

du parc et les activités reprochées» (p. 166). Il a donc accueilli l’appel quant à la construction de l’habitation et inscrit un acquittement à cet égard, et il a rejeté l’appel relatif à l’abattage des arbres.

C. *Cour d’appel de la Saskatchewan*, [1997] 4 C.N.L.R. 241

(1) Le juge Vancise pour la majorité

La déclaration de culpabilité relative à l’abattage des arbres a été annulée et un acquittement a été inscrit. Les parties ont convenu que le juge d’appel des poursuites sommaires avait commis une erreur étant donné que les arbres avaient été enlevés et utilisés par un tiers, et non par l’intimé.

Le juge Vancise a examiné le critère énoncé dans l’arrêt *Simon*, précité, pour décider si la construction de la cabane était «raisonnablement accessoire» au droit de chasse protégé par la Constitution. Il a considéré que le mot «accessoire» employé par le juge Dickson décrivait des [TRADUCTION] «activités qui sont raisonnablement liées à l’acte de chasser pour permettre l’exercice effectif du droit de chasse» (p. 257). Il a conclu que la construction et l’utilisation de la cabane étaient liées à la chasse de subsistance, mais qu’il restait encore à décider si elles étaient «raisonnablement accessoires» au droit de chasse protégé par la Constitution.

Il a reconnu qu’un droit de chasse issu de traité pouvait être exercé sous une forme moderne. Il a fait observer que la méthode de chasse préférée de l’intimé était celle des expéditions de chasse, qu’avaient utilisée son père et son grand-père avant lui. Ces expéditions durent généralement de quatre à sept jours et la cabane sert de camp de base pour s’abriter et pour transformer le gibier et le poisson. Le juge Vancise a décidé que l’utilisation de la cabane était [TRADUCTION] «un moyen de faciliter l’exercice de l’acte de chasser» (p. 258).

Il a statué que le règlement provincial n’était pas applicable à l’intimé parce que son objectif — la mise en valeur ordonnée des parcs provinciaux — ne justifiait pas la violation du droit de chasse garanti à l’intimé par la Constitution.

19

20

21

22

(2) Wakeling J.A. in dissent

23 Wakeling J.A. disagreed with the majority's conclusions respecting the use of the cabin and ruled that the building of a shelter was not reasonably incidental to the right to hunt. He was of the view that the respondent had other means of obtaining the customary shelter than by building a permanent cabin and that treaty rights should be balanced with the province's interest in the orderly development of resources. Wakeling J.A. referred to *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, in support of his position that the public interest in the use of park lands had to be taken into consideration. He concluded that the construction of the log cabin was not reasonably incidental to the right to hunt.

IV. AnalysisA. *General Principles of Treaty Interpretation*

24 The principles of interpretation to be followed in considering treaties signed with the First Nations are summarized in *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771. It was put in this way at para. 41:

First, it must be remembered that a treaty represents an exchange of solemn promises between the Crown and the various Indian nations. It is an agreement whose nature is sacred. . . . Second, the honour of the Crown is always at stake in its dealing with Indian people. Interpretations of treaties and statutory provisions which have an impact upon treaty or aboriginal rights must be approached in a manner which maintains the integrity of the Crown. It is always assumed that the Crown intends to fulfil its promises. No appearance of "sharp dealing" will be sanctioned. . . . Third, any ambiguities or doubtful expressions in the wording of the treaty or document must be resolved in favour of the Indians. A corollary to this principle is that any limitations which restrict the rights of Indians under treaties must be narrowly construed. . . . Fourth, the onus of proving that a treaty or aboriginal right has been extinguished lies upon the Crown. There must be "strict proof of the fact of extinguishment" and evidence of a clear and plain intention

(2) Le juge Wakeling, dissident

Le juge Wakeling n'a pas souscrit aux conclusions de la majorité au sujet de l'utilisation de la cabane, et il a jugé que la construction d'un abri n'était pas raisonnablement accessoire au droit de chasse. À son avis, l'intimé disposait d'autres moyens que la construction d'une cabane permanente pour s'abriter selon la coutume, et qu'il fallait mettre en équilibre les droits issus de traités et l'intérêt de la province dans la mise en valeur ordonnée des ressources. Le juge Wakeling a invoqué l'arrêt *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, au soutien de son affirmation que l'intérêt du public en ce qui concerne l'utilisation des terres des parcs devait être pris en considération. Il a conclu que la construction de la cabane en rondins n'était pas raisonnablement accessoire au droit de chasse.

IV. L'analyseA. *Principes généraux d'interprétation des traités*

Les principes d'interprétation qui doivent être suivis à l'égard des traités signés par les premières nations ont été résumés ainsi dans *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, au par. 41:

Premièrement, il convient de rappeler qu'un traité est un échange de promesses solennelles entre la Couronne et les diverses nations indiennes concernées, un accord dont le caractère est sacré. [. . .] Deuxièmement, l'honneur de la Couronne est toujours en jeu lorsqu'elle transige avec les Indiens. Les traités et les dispositions législatives qui ont une incidence sur les droits ancestraux ou issus de traités doivent être interprétés de manière à préserver l'intégrité de la Couronne. Il faut toujours présumer que cette dernière entend respecter ses promesses. Aucune apparence de «manœuvres malhonnêtes» ne doit être tolérée [. . .] Troisièmement, toute ambiguïté dans le texte du traité ou du document en cause doit profiter aux Indiens. Ce principe a pour corollaire que toute limitation ayant pour effet de restreindre les droits qu'ont les Indiens en vertu des traités doit être interprétée de façon restrictive. [. . .] Quatrièmement, il appartient à la Couronne de prouver qu'un droit ancestral ou issu de traité a été éteint. Il faut apporter la «preuve absolue du fait qu'il y a eu extinction» ainsi que la preuve de l'intention claire et expresse du gouvernement

on the part of the government to extinguish treaty rights. [Citations omitted.]

Treaties may appear to be no more than contracts. Yet they are far more. They are a solemn exchange of promises made by the Crown and various First Nations. They often formed the basis for peace and the expansion of European settlement. In many if not most treaty negotiations, members of the First Nations could not read or write English and relied completely on the oral promises made by the Canadian negotiators. There is a sound historical basis for interpreting treaties in the manner summarized in *Badger*. Anything else would amount to be a denial of fair dealing and justice between the parties.

Treaty rights, like aboriginal rights, are specific and may be exercised exclusively by the First Nation that signed the treaty. The interpretation of each treaty must take into account the First Nation signatory and the circumstances that surrounded the signing of the treaty. Lamer C.J. was careful to stress the specific nature of aboriginal rights in *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507. At para. 69 he wrote:

The fact that one group of aboriginal people has an aboriginal right to do a particular thing will not be, without something more, sufficient to demonstrate that another aboriginal community has the same aboriginal right. The existence of the right will be specific to each aboriginal community. [Emphasis added.]

This principle is equally applicable to treaty rights. Dickson C.J. and La Forest J. also emphasized the specific nature of aboriginal and treaty rights in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, when they discussed the correct test to apply under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. At p. 1111 this appears:

We wish to emphasize the importance of context and a case-by-case approach to s. 35(1). Given the generality of the text of the constitutional provision, and especially

d'éteindre des droits issus de traité. [Références omises.]

Les traités peuvent sembler n'être que de simples contrats. Pourtant, ils sont bien plus que cela. En effet, ils constatent un échange solennel de promesses entre Sa Majesté et diverses premières nations. Ils ont souvent constitué le fondement de la paix et de l'expansion de la colonisation européenne. Bien souvent, sinon dans la plupart des cas, les membres des premières nations qui participaient à la négociation des traités ne savaient ni lire ni parler l'anglais, et ils se fiaient entièrement aux promesses verbales des négociateurs canadiens. Il existe de solides raisons historiques justifiant d'interpréter les traités de la manière résumée dans l'arrêt *Badger*. Appliquer toute autre méthode équivaldrait à refuser d'assurer l'équité et la justice dans les rapports entre les parties.

Tout comme les droits ancestraux, les droits issus de traités ont un caractère spécifique et ils ne peuvent être exercés que par la première nation signataire du traité en cause. Dans l'interprétation de chaque traité, il faut tenir compte de la situation de la première nation signataire et des circonstances de la signature du traité. Le juge en chef Lamer a pris soin d'insister sur le caractère spécifique des droits ancestraux dans *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507. Au paragraphe 69, il a écrit ceci:

Le fait qu'un groupe autochtone possède le droit ancestral de faire une chose donnée ne permet pas, à lui seul, d'établir qu'une autre collectivité autochtone a le même droit. L'existence du droit en question dépendra de la situation spécifique de chaque collectivité autochtone. [Je souligne.]

Ce principe est également applicable aux droits issus de traités. Le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont eux aussi souligné le caractère spécifique des droits ancestraux et issus de traités dans *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, lorsqu'ils ont parlé du critère qui doit être utilisé pour l'application du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, à la p. 1111:

Nous tenons à souligner relativement au par. 35(1) l'importance du contexte et d'un examen cas par cas. Étant donné la généralité du texte de la disposition constitu-

in light of the complexities of aboriginal history, society and rights, the contours of a justificatory standard must be defined in the specific factual context of each case. [Emphasis added.]

Thus, in addition to applying the guiding principles of treaty interpretation, it is necessary to take into account the circumstances surrounding the signing of the treaty and the First Nations who later adhered to it. For example, consideration should be given to the evidence as to where the hunting and fishing were done and how the members of the First Nation carried out these activities.

B. The Nature of the Right to Hunt Under Treaty No. 6

²⁶ Meadow Lake Provincial Park is Crown land and members of the public can hunt in it during the specified season. The parties agree that Mr. Sundown has the right to hunt in the park. Like other adherents to Treaty No. 6 he is entitled to hunt for food. This he can do at any time so long as he does not endanger others and complies with the appropriate safety regulations and the conservation regulations, which are justifiable under *Sparrow*. See *Sutherland, supra*, at p. 460.

²⁷ Both parties submitted that, in order to determine whether the right to shelter is reasonably incidental to the right to hunt, the test set out in *Simon, supra*, must be applied. In that case, Mr. Simon was charged under a provincial statute with unlawfully carrying a rifle and shotgun shells. In his defence, he argued that he was immune from prosecution as a result of his treaty right to hunt and the application of s. 88 of the *Indian Act*. Writing for the Court, Dickson C.J. stated at p. 403:

It should be clarified at this point that the right to hunt to be effective must embody those activities reasonably incidental to the act of hunting itself, an example of which is travelling with the requisite hunting equipment to the hunting grounds. [Emphasis added.]

tionnelle en cause et compte tenu surtout des complexités que présentent l'histoire, la société et les droits des autochtones, les limites d'une norme justificative doivent être fixées dans le contexte factuel particulier de chaque cas. [Je souligne.]

Ainsi, en plus d'appliquer les principes directeurs d'interprétation des traités, il est nécessaire de tenir compte des circonstances de la signature du traité et de la situation des premières nations qui y ont adhéré par la suite. Par exemple, il faut prendre en considération la preuve relative aux lieux où la chasse et la pêche étaient pratiquées et aux modalités d'exercice de ces activités par les membres des premières nations concernées.

B. La nature du droit de chasse prévu au Traité n° 6

Le parc provincial Meadow Lake est constitué de terres domaniales et le public peut y chasser durant la période prévue. Les parties reconnaissent que M. Sundown a le droit de chasser dans le parc. À l'instar des autres adhérents au Traité n° 6, il a le droit d'y chasser pour se nourrir. Il peut le faire en tout temps, à condition de ne pas mettre la vie d'autrui en danger et de se conformer à la réglementation applicable en matière de sécurité et de conservation, réglementation qui est justifiable suivant l'arrêt *Sparrow*. Voir l'arrêt *Sutherland*, précité, à la p. 460.

Les deux parties ont affirmé que, pour décider si le droit à un abri est raisonnablement accessoire au droit de chasser, il faut appliquer le critère énoncé dans *Simon*, précité. Dans cette affaire, M. Simon avait été inculpé, aux termes d'une loi provinciale, d'avoir transporté illégalement une carabine et des cartouches de fusil. En défense, il a plaidé qu'il bénéficiait de l'immunité en raison de son droit de chasse issu de traité et de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. S'exprimant pour la Cour, le juge en chef Dickson a dit ceci, à la p. 403:

Il faudrait préciser à ce stade que, pour être réel, le droit de chasser doit comprendre les activités qui sont raisonnablement accessoires à l'acte de chasser lui-même, par exemple, se déplacer jusqu'au terrain de chasse avec le matériel de chasse nécessaire. [Je souligne.]

How should the term “reasonably incidental” be defined and applied? In my view it should be approached in this manner. Would a reasonable person, fully apprised of the relevant manner of hunting or fishing, consider the activity in question reasonably related to the act of hunting or fishing? It may seem old fashioned to apply a reasonable person test but I believe it is both useful and appropriate.

The reasonable person must be dispassionate and fully apprised of the circumstances of the treaty rights holder. That reasonable person must also be aware of the manner in which the First Nation hunted and fished at the time the treaty was signed. That knowledge must, of course, be placed to some extent in today’s context. For example, in the past it was reasonably incidental to hunting rights to carry a quiver of arrows. Today it is reasonably incidental to hunting rights to carry the appropriate box of shotgun shells or rifle cartridges. A form of shelter was always necessary to carry out the expeditionary hunting of the Joseph Bighead First Nation. At the time of the treaty, the shelter may have been a carefully built lean-to. That shelter appropriately evolved to a tent and then a small cabin. Thus, the reasonable person, informed of the manner of hunting at the time of the treaty, can consider it in the light of modern hunting methods and can determine whether the activity in question — the shelter — is reasonably incidental to the right to hunt.

In order to determine what is reasonably incidental to a treaty right to hunt, the reasonable person must examine the historical and contemporary practice of that specific treaty right by the aboriginal group in question to see how the treaty right has been and continues to be exercised. That which is reasonably incidental is something which allows the claimant to exercise the right in the manner

Comment devrait-on définir et appliquer l’expression «raisonnablement accessoire»? À mon avis, il faut répondre à la question suivante. Est-ce qu’une personne raisonnable, bien informée des méthodes de chasse ou de pêche pertinentes, jugerait l’activité en question raisonnablement liée à l’acte de chasser ou de pêcher? Le critère de la personne raisonnable peut peut-être sembler dépassé, mais je crois qu’il est à la fois utile et approprié.

La personne raisonnable doit être une personne impartiale et bien informée de la situation du titulaire des droits issus du traité. Cette personne raisonnable doit également être au fait de la manière dont la première nation concernée chassait et pêchait à l’époque de la signature du traité. Évidemment, ces méthodes doivent dans une certaine mesure être considérées sous l’éclairage du contexte moderne. Par exemple, dans le passé, porter un carquois rempli de flèches était une activité raisonnablement accessoire à l’exercice des droits de chasse, alors qu’aujourd’hui il est raisonnablement accessoire de transporter une boîte contenant des cartouches de fusil de chasse ou de carabine appropriées. La première nation de Joseph Bighead a toujours eu besoin d’utiliser des abris d’une forme ou d’une autre dans le cadre de ses expéditions de chasse. À l’époque de la signature du traité, il est possible qu’on ait utilisé des abris en appentis soigneusement construits. Naturellement, cette forme d’abri a ultérieurement fait place à la tente d’abord puis à une petite cabane. En conséquence, la personne raisonnable, informée de la manière dont la chasse était pratiquée à l’époque de la signature du traité peut l’apprécier sous l’éclairage des méthodes de chasse modernes et ainsi déterminer si l’activité en question — l’utilisation d’un abri — est raisonnablement accessoire à l’exercice du droit de chasse.

Afin de décider si une activité est raisonnablement accessoire à un droit de chasse issu de traité, la personne raisonnable doit examiner les modalités historiques et contemporaines de pratique de ce droit particulier par le groupe autochtone en question pour déterminer comment le droit a été exercé et continue de l’être. Est raisonnablement accessoire une activité qui permet au demandeur

28

29

30

that his or her ancestors did, taking into account acceptable modern developments or unforeseen alterations in the right. The question is whether the activity asserted as being reasonably incidental is in fact incidental to an actually practised treaty right to hunt. The inquiry is largely a factual and historical one. Its focus is not upon the abstract question of whether a particular activity is "essential" in order for hunting to be possible but rather upon the concrete question of whether the activity was understood in the past and is understood today as significantly connected to hunting. Incidental activities are not only those which are essential, or integral, but include, more broadly, activities which are meaningfully related or linked.

d'exercer son droit à la manière de ses ancêtres, compte tenu des méthodes modernes acceptables ou des modifications imprévues du droit en cause. Il faut se demander si l'activité que l'on prétend raisonnablement accessoire est en fait accessoire à un droit de chasse issu de traité vraiment pratiqué. Il s'agit dans une large mesure d'une analyse historique et factuelle. Le point central de cette analyse ne doit pas être la question abstraite de savoir si une activité donnée est «essentielle» pour permettre la pratique de chasse, mais plutôt la question concrète de savoir si, dans le passé, cette activité était considérée comme étant liée de manière appréciable à la chasse et si elle l'est encore aujourd'hui. Sont comprises parmi les activités accessoires non seulement celles qui sont essentielles au droit de chasse ou qui en font partie intégrante, mais aussi, de façon plus générale, celles qui y sont liées ou rattachées de façon significative.

³¹ It is uncontroverted that the Joseph Bighead First Nation has traditionally hunted in what was described as an expeditionary style. Like the spokes of a wheel the hunters radiate out from the base each day to search for game. The hunt may continue for two weeks. The base provides a place for dressing the game and smoking the fish. Further, it provides the hunters with shelter for the duration of the hunt. Without shelter, expeditionary hunting, the traditional method used by this First Nation, would be impossible. There is no doubt, in the context of this treaty and of this First Nation, that some form of shelter is in fact a necessary part of expeditionary hunting. Accordingly, shelter is also reasonably incidental to this method of hunting.

Il n'est pas contesté que la première nation de Joseph Bighead s'est traditionnellement adonnée à ce qu'on a appelé des expéditions de chasse. Tout comme les rayons d'une roue, les chasseurs partent chaque jour de cette base à la recherche de gibier. La chasse peut durer deux semaines. La base d'opérations sert de lieu où l'on peut dépecer le gibier et fumer le poisson. De plus, elle sert d'abri aux chasseurs pendant la durée de la chasse. Sans abri, les expéditions de chasse — méthode traditionnelle employée par cette première nation — seraient impossibles. Dans le contexte du traité en cause et de la première nation concernée, il ne fait aucun doute que l'utilisation d'une certaine forme d'abri est dans les faits un élément nécessaire des expéditions de chasse. En conséquence, l'utilisation d'un abri est également raisonnablement accessoire à cette méthode de chasse.

³² It was argued that, even if shelter is encompassed by the treaty right to hunt, a permanent structure such as a cabin is not. More will be said on the aspect of permanence later. At this juncture I would simply observe that it has often been observed, most recently in *Van der Peet, supra*, that judges must not adopt a "frozen-in-time" approach to aboriginal or treaty rights. The words

On a fait valoir que, même si le droit de chasse issu du traité inclut le droit à un abri, ce n'est pas une structure permanente telle une cabane qui est visée. Cet aspect de permanence sera examiné de manière plus approfondie plus loin. Pour l'instant, je tiens simplement à souligner qu'il a souvent été indiqué, par exemple tout récemment dans *Van der Peet*, précité, que les juges ne doivent pas adopter

of Dickson C.J. and La Forest J. in *Sparrow*, *supra*, at p. 1093 in regard to aboriginal rights apply equally to treaty rights:

... the phrase "existing aboriginal rights" must be interpreted flexibly so as to permit their evolution over time. To use Professor Slattery's expression, in "Understanding Aboriginal Rights" [(1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727], at p. 782, the word "existing" suggests that those rights are "affirmed in contemporary form rather than in their primeval simplicity and vigour". Clearly, then, an approach to the constitutional guarantee embodied in s. 35(1) which would incorporate "frozen rights" must be rejected. [Emphasis added.]

A hunting cabin is, in these circumstances, reasonably incidental to this First Nation's right to hunt in their traditional expeditionary style. This method of hunting is not only traditional but appropriate and shelter is an important component of it. Without a shelter, it would be impossible for this First Nation to exercise its traditional method of hunting and their members would be denied their treaty rights to hunt. A reasonable person apprised of the traditional expeditionary method of hunting would conclude that for this First Nation the treaty right to hunt encompasses the right to build shelters as a reasonable incident to that right. The shelter was originally a moss-covered lean-to and then a tent. It has evolved to the small log cabin, which is an appropriate shelter for expeditionary hunting in today's society.

C. *The Issue of Permanency*

The issue of the permanency of the cabin was raised by the Crown in this appeal and was a key point in the dissent of Wakeling J.A. It was argued that, by building a permanent structure such as a log cabin, the respondent was asserting a proprietary interest in park land. For a First Nation member to assert a proprietary right would, it is said, be

une approche «figée dans le temps» à l'égard des droits ancestraux ou issus de traités. Les propos qu'ont formulés le juge en chef Dickson et le juge La Forest dans l'arrêt *Sparrow*, précité, à la p. 1093, à l'égard des droits ancestraux s'appliquent également aux droits issus de traités:

... l'expression «droits ancestraux existants» doit recevoir une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d'évoluer avec le temps. Pour reprendre l'expression du professeur Slattery, dans «Understanding Aboriginal Rights» [(1987), 66 *R. du B. can.* 727], à la p. 782, le mot «existants» laisse supposer que ces droits sont [TRADUCTION] «confirmés dans leur état actuel plutôt que dans leurs simplicité et vigueur primitives». Il est alors évident qu'il faut rejeter une interprétation de la garantie constitutionnelle énoncée au par. 35(1) qui engloberait des «droits figés». [Je souligne.]

Dans les circonstances, une cabane de chasse est raisonnablement accessoire au droit de la première nation en cause de s'adonner à ses expéditions de chasse traditionnelles. Cette méthode de chasse est non seulement traditionnelle mais également appropriée, et l'utilisation d'un abri en est un élément important. Sans abri, il serait impossible pour cette première nation d'utiliser sa méthode de chasse traditionnelle, et ses membres seraient privés de leurs droits de chasse issus du traité. Une personne raisonnable et bien informée de la méthode des expéditions de chasse traditionnelles conclurait que, dans le cas de la première nation concernée, le droit de chasse issu du traité emporte, en tant qu'accessoire raisonnable, le droit de construire des abris. Les abris en appentis recouverts de mousse qui étaient utilisés à l'origine ont ensuite été remplacés par des tentes. Au fil du temps, la tente a fait place à une petite cabane en rondins, qui est un abri approprié pour les expéditions de chasse dans la société d'aujourd'hui.

C. *La question de la permanence*

La question de la permanence de la cabane a été soulevée par le ministère public dans le présent pourvoi et a constitué un point clé de la dissidence du juge Wakeling de la Cour d'appel. Il a été plaidé que, en construisant une structure permanente telle une cabane en rondins, l'intimé faisait valoir un droit de propriété sur les terres du parc.

contrary to the essential purpose of the Crown in negotiating the treaty and contrary to its terms.

35 I cannot accept this argument. Treaty rights, like aboriginal rights, must not be interpreted as if they were common law property rights. Chief Justice Dickson and La Forest J. made this point in *Sparrow*, *supra*, at pp. 1111-12:

Our earlier observations regarding the scope of the aboriginal right to fish are relevant here. Fishing rights are not traditional property rights. They are rights held by a collective and are in keeping with the culture and existence of that group. Courts must be careful, then, to avoid the application of traditional common law concepts of property as they develop their understanding of what the reasons for judgment in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at p. 382, referred to as the “*sui generis*” nature of aboriginal rights. [Emphasis added.]

Aboriginal and treaty rights cannot be defined in a manner which would accord with common law concepts of title to land or the right to use another's land. Rather, they are the right of aboriginal people in common with other aboriginal people to participate in certain practices traditionally engaged in by particular aboriginal nations in particular territories.

36 Any interest in the hunting cabin is a collective right that is derived from the treaty and the traditional expeditionary method of hunting. It belongs to the Band as a whole and not to Mr. Sundown or any individual member of the Joseph Bighead First Nation. It would not be possible, for example, for Mr. Sundown to exclude other members of this First Nation who have the same treaty right to hunt in Meadow Lake Provincial Park.

37 Furthermore there are limitations on permanency implicit within the right itself. Three such

La revendication d'un droit de propriété par un membre d'une première nation serait, affirme-t-on, contraire à l'objectif essentiel que poursuivait Sa Majesté en négociant le traité et également contraire aux dispositions de celui-ci.

Je ne peux accepter cet argument. Tout comme les droits ancestraux, les droits issus de traités ne doivent pas être interprétés comme s'il s'agissait de droits de propriété de common law. Le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont souligné ce point dans l'arrêt *Sparrow*, précité, aux pp. 1111 et 1112:

Nos observations précédentes concernant la portée du droit de pêche ancestral sont pertinentes à ce propos. Les droits de pêche ne sont pas des droits de propriété au sens traditionnel. Il s'agit de droits qui appartiennent à un groupe et qui sont en harmonie avec la culture et le mode de vie de ce groupe. Les tribunaux doivent donc prendre soin d'éviter d'appliquer les concepts traditionnels de propriété propres à la common law en tentant de saisir ce qu'on appelle, dans les motifs de jugement de l'affaire *Guerin c. La Reine* [1984] 2 R.C.S. 335, à la p. 382, la nature «*sui generis*» des droits ancestraux. [Je souligne.]

Les droits ancestraux ou issus de traités ne peuvent pas être définis d'une manière conforme aux notions de titre foncier ou de droit d'usage du fonds d'autrui reconnues en common law. Ils correspondent plutôt au droit que partagent des autochtones de participer à certaines pratiques auxquelles s'adonnent traditionnellement des nations autochtones déterminées dans des territoires donnés.

Tout droit sur la cabane de chasse est un droit collectif découlant du traité et de la méthode de chasse traditionnelle utilisée, en l'occurrence celle des expéditions de chasse. Ce droit appartient à l'ensemble de la bande et non à M. Sundown ou à quelque autre membre particulier de la première nation de Joseph Bighead. Par exemple, M. Sundown ne pourrait pas interdire l'accès à la cabane aux autres membres de cette première nation qui jouissent du même droit de chasse issu de traité dans le parc provincial Meadow Lake.

En outre, le droit lui-même est assorti de restrictions implicites pour ce qui est du caractère perma-

limitations were properly conceded by the respondent.

First, provincial legislation that relates to conservation and that passes the justificatory standard set out in *Sparrow, supra*, at pp. 1111-13, could validly restrict the building of hunting cabins. *Badger, supra*, specifically considered the ability of the Alberta government to legislate pursuant to the provisions of para. 12 of its NRTA which is identical to para. 12 of the Saskatchewan NRTA. *Badger* held that both Treaty No. 8 and the NRTA specifically provided that hunting rights would be subject to regulation pertaining to conservation. It was put in these words at para. 70:

[B]y the terms of both the Treaty and the *NRTA*, provincial game laws would be applicable to Indians so long as they were aimed at conserving the supply of game. However, the provincial government's regulatory authority under the Treaty and the *NRTA* did not extend beyond the realm of conservation. [Emphasis added.]

Thus, provincial laws that pertain to conservation could properly restrict treaty rights to hunt provided they could be justified under *Sparrow*. In many, if not most, situations, the conservation of fish and game requires the preservation of their habitat.

The second limitation on permanency is that imposed by the requirement that there be compatibility between the Crown's use of the land and the treaty right claimed. See *Sioui, supra*. In *Sioui*, a group of Huron argued that they had a treaty right to perform religious rites within the Jacques Cartier Park. These rites included cutting down branches, camping and making fires, contrary to provincial regulations. The Crown contended in response, *inter alia*, that the territorial scope of the treaty did not include the park. To decide the case it was necessary to determine the scope of the territory the parties to the treaty had intended to come

ment de la cabane. L'intimé a avec raison concédé l'existence de trois limites de ce genre.

Premièrement, une mesure législative provinciale en matière de conservation qui respecterait la norme de justification énoncée dans *Sparrow*, précité, aux pp. 1111 à 1113, pourrait valablement restreindre la construction de cabanes de chasse. Dans *Badger*, précité, la Cour a précisément examiné le pouvoir de légiférer du gouvernement de l'Alberta visé par les dispositions du par. 12 de la Convention conclue par cette province, paragraphe identique au par. 12 de la Convention de la Saskatchewan. Dans *Badger*, il a été jugé que tant le Traité n° 8 que la Convention indiquaient expressément que les droits de chasse seraient réglementés à des fins de conservation. Voici comment cette conclusion a été énoncée, au par. 70:

[S]uivant les termes du Traité et de la *Convention*, les lois provinciales relatives à la protection de la faune s'appliquaient aux Indiens, dans la mesure où elles visaient à assurer l'approvisionnement en gibier. Toutefois, le gouvernement provincial n'avait pas, en vertu du Traité et de la *Convention*, le pouvoir de réglementer autre chose que la conservation. [Je souligne.]

Par conséquent, les lois provinciales en matière de conservation peuvent à bon droit restreindre des droits de chasse issus de traités si elles peuvent être justifiées conformément à l'arrêt *Sparrow*. Bien souvent, sinon dans la plupart des cas, la conservation du poisson et du gibier exige que l'on préserve leur habitat. Il s'ensuit qu'il faut définir largement la notion de «conservation».

La deuxième limite à la permanence est celle imposée par l'obligation de compatibilité entre l'utilisation que fait Sa Majesté des terres en cause et le droit issu de traité revendiqué. Voir *Sioui*, précité. Dans cet arrêt, un groupe de Hurons affirmaient posséder un droit issu de traité leur permettant de pratiquer des rites religieux dans le Parc de la Jacques-Cartier. Ces rites comportaient le fait de couper des branches, de camper et de faire des feux, activités contraires aux dispositions du règlement provincial. Un des arguments qui a été plaidés en réponse par le ministère public était que la portée territoriale du traité ne s'étendait pas au

38

39

within its purview. That is to say, exactly where could the Huron practise their religion?

40 Lamer J. (as he then was), for the Court, answered this question in this way at p. 1070:

The interpretation which I think is called for when we give the historical context its full meaning is that Murray and the Hurons contemplated that the rights guaranteed by the treaty could be exercised over the entire territory frequented by the Hurons at the time, so long as the carrying on of the customs and rites is not incompatible with the particular use made by the Crown of this territory. [Emphasis added.]

He went on to say at p. 1071:

Accordingly, I conclude that in view of the absence of any express mention of the territorial scope of the treaty, it has to be assumed that the parties to the treaty of September 5 intended to reconcile the Hurons' need to protect the exercise of their customs and the desire of the British conquerors to expand. Protecting the exercise of the customs in all parts of the territory frequented when it is not incompatible with its occupancy is in my opinion the most reasonable way of reconciling the competing interests. [Emphasis added.]

Moreover, at p. 1073, "[f]or the exercise of rites and customs to be incompatible with the occupancy of the park by the Crown, it must not only be contrary to the purpose underlying that occupancy, it must prevent the realization of that purpose" (emphasis added).

41 Thus, if the exercise of the respondent's hunting right were wholly incompatible with the Crown's use of the land, hunting would be disallowed and any rights in the hunting cabin would be extinguished. For example, if the park were turned into a game preserve and all hunting was prohibited, the treaty right to hunt might be entirely incompatible with the Crown's use of the land. See in this respect *R. v. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433 (Sask. C.A.). This position accords as well with *Myran v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 137, which held that there was no inconsistency in principle between a treaty right to hunt and the statutory requirement

parc. Pour trancher l'affaire, il fallait déterminer quel était le territoire que les parties au traité avaient voulu assujettir à son application. En d'autres mots, où exactement les Hurons pouvaient-ils pratiquer leur religion?

Le juge Lamer (maintenant Juge en chef), s'exprimant pour la Cour, a répondu ainsi à cette question, à la p. 1070:

L'interprétation qui selon moi s'impose lorsqu'on donne toute son importance au contexte historique, c'est que Murray et les Hurons envisageaient que les droits garantis par le traité pourraient s'exercer sur tout le territoire fréquenté par les Hurons à l'époque en autant que l'exercice des coutumes et des rites ne serait pas incompatible avec l'utilisation particulière que la Couronne ferait de ce territoire. [Je souligne.]

Il a poursuivi ainsi, à la p. 1071:

Je conclus donc que vu l'absence d'indication expresse de la portée territoriale du traité, il faut tenir pour acquis que les parties au traité du 5 septembre entendaient concilier le besoin des Hurons de protéger l'exercice de leurs coutumes et le désir d'expansion du conquérant britannique. Que l'exercice des coutumes soit protégé sur toutes les parties du territoire fréquenté lorsqu'il n'est pas incompatible avec son occupation est, à mon avis, la façon la plus raisonnable de concilier les intérêts en jeu. [Je souligne.]

Il a ajouté ceci, à la p. 1073, «[p]our que l'exercice des rites et des coutumes soit incompatible avec l'occupation que la Couronne fait du Parc, il faudrait non seulement qu'il soit contraire à l'objectif qui sous-tend l'occupation, mais encore qu'il en empêche la réalisation» (je souligne).

Par conséquent, si l'exercice du droit de chasse de l'intimé était tout à fait incompatible avec l'utilisation que Sa Majesté fait des terres, la chasse ne serait pas permise et tout droit relatif à la cabane de chasse serait éteint. Par exemple, si le parc était transformé en réserve de gibier et que la chasse y était interdite, le droit de chasse issu de traité pourrait être tout à fait incompatible avec l'utilisation que Sa Majesté fait des terres. Voir, à cet égard, *R. c. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433 (C.A. Sask.). Cette position concorde également avec l'arrêt *Myran c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 137, dans lequel il a été jugé qu'il n'y avait, en principe, aucune incompati-

that the right be exercised in a manner that ensured the safety of the hunter and of others.

The third limitation on the treaty right to hunt is found in the term of the treaty that restricts the right to hunt to lands not "required or taken up for settlement". This is in essence a subset of the second limitation since by definition the use of lands taken up for settlement is a Crown use of land wholly incompatible with the right to hunt. Thus, ~~if the park lands were to be converted into lands~~ used for settlement, any rights in a hunting cabin would disappear if it was found that the right to hunt itself had been extinguished.

Neither the second nor the third of these three limitations applies in the case at bar to limit the rights of the respondent to hunt or to build a shelter to facilitate that hunt. Meadow Lake Provincial Park is not virgin forest. It currently contains many cabins, as well as numerous facilities to assist park users, including boat launches, picnic areas and gas stations. It is clear that the Crown's use of the land is not wholly incompatible with the respondent's right to hunt. In other words, the respondent's right to hunt does not prevent the realization of the Crown's purpose. Neither have the park lands been taken up for settlement. It remains to be seen whether the regulation in issue is related to conservation and was therefore contemplated by the treaty. If it was, the question then becomes whether it can be justified under the *Sparrow* test.

D. *The Regulation at Issue*

For ease of reference, I repeat the regulation under which the respondent was charged:

bilité entre un droit de chasse issu de traité et l'obligation que faisait la loi que ce droit soit exercé d'une manière qui ne compromette pas la sécurité du chasseur lui-même et celle d'autrui.

La troisième limite au droit de chasse issu du traité réside dans la clause qui restreint l'exercice du droit de chasse aux terrains non «requis ou pris pour des fins d'établissement». Il s'agit essentiellement d'un sous-ensemble de la deuxième limite puisque, par définition, la prise de terres pour des fins d'établissement est une utilisation de terres par Sa Majesté tout à fait incompatible avec l'exercice du droit de chasse. En conséquence, si les terres du parc étaient transformées en terres destinées à l'établissement, tous les droits sur une cabane de chasse cesseraient d'exister s'il était jugé que le droit de chasse lui-même a été éteint.

Ni la deuxième ni la troisième de ces trois limites ne s'appliquent en l'espèce, et elles n'ont donc pour effet de restreindre le droit de chasse de l'intimé ou son droit de construire un abri pour faciliter ses activités de chasse. Le parc provincial Meadow Lake n'est pas une forêt vierge. Il renferme actuellement de nombreuses cabanes, ainsi qu'un grand nombre d'installations destinées à aider les utilisateurs du parc, notamment des rampes pour la mise à l'eau des embarcations, des terrains de pique-nique et des stations-service. De toute évidence, l'utilisation que fait Sa Majesté du parc n'est pas tout à fait incompatible avec le droit de chasse de l'intimé. Autrement dit, le droit de chasse de l'intimé n'empêche pas la réalisation de l'objectif de Sa Majesté. Les terres du parc n'ont pas non plus été prises pour des fins d'établissement. Il reste à décider si le texte réglementaire en litige a trait à la conservation et est donc visé par le traité. Dans l'affirmative, il faut alors se demander s'il peut être justifié selon le critère établi dans l'arrêt *Sparrow*.

D. *Le texte réglementaire en litige*

Pour en faciliter la consultation, je reproduis de nouveau le texte réglementaire en vertu duquel l'intimé a été inculpé:

42

43

44

41(1) No person shall:

- (a) occupy;
- (b) undertake research on;
- (c) alter;
- (d) use or exploit any resource in, on or under; or
- (e) develop;

park land without a disposition.

(2) Without limiting the generality of subsection (1), no person shall:

- (j) construct or occupy a temporary or permanent dwelling on park land

without a disposition or the prior written consent of the minister.

These regulations prohibit the construction of either a temporary or permanent structure without the written permission of the minister.

45

The Crown has expressly disavowed the idea that these regulations are related to an overall scheme of conservation. In its factum, the Crown wrote, "These regulations are unrelated to the conservation of fish, fur bearing animals and big game and, therefore, consideration of the various conservation schemes that are in place in the Park is unnecessary." It is possible that the Crown may be employing an unnecessarily restrictive definition of conservation. These regulations appear to have some environmental concerns. For example, a requirement that cabins be built at least 150 feet away from the shore may be concerned with possible pollution of the lake, the erosion of the shoreline and the effects of that erosion on water quality. It may well be that the conservation laws discussed in *Badger* should be construed generously to refer not only to the conservation of game and fish but also to the environment they inhabit. Legislation aimed at preserving habitat and biodiversity, the water quality of ground water and

[TRANSDUCTION] 41(1) Seules les personnes titulaires d'un acte de disposition sont autorisées:

- a) à occuper des terres faisant partie d'un parc;
- b) à y effectuer des recherches;
- c) à les transformer;
- d) à utiliser ou à exploiter des ressources s'y trouvant, en surface ou dans le sous-sol;
- e) à mettre en valeur de telles terres.

(2) Sans que soit limitée la portée générale du par. (1), seules les personnes qui sont titulaires d'un acte de disposition ou qui ont obtenu au préalable le consentement écrit du ministre peuvent:

- j) construire ou occuper une habitation temporaire ou permanente dans les terres faisant partie d'un parc.

Ces dispositions réglementaires interdisent la construction de toute structure — temporaire ou permanente — sans la permission écrite du ministre.

Le ministère public a expressément rejeté l'idée selon laquelle ces dispositions réglementaires seraient liées à un mécanisme général de conservation. Dans son mémoire, il a écrit: [TRANSDUCTION] «Ces dispositions réglementaires ne se rapportent aucunement à la conservation du poisson, des animaux à fourrure et du gros gibier, et, en conséquence, il n'est pas nécessaire de prendre en considération les divers mécanismes de conservation en place dans le parc.» Il est possible que le ministère public applique une définition inutilement limitative de la notion de conservation. Les dispositions réglementaires semblent avoir certains aspects environnementaux. Par exemple, l'obligation de construire les cabanes à au moins 150 pieds des berges du lac visent peut-être à parer aux risques de pollution du lac, ainsi qu'à l'érosion des berges et aux effets de l'érosion sur la qualité de l'eau. Il est bien possible que les mesures législatives en matière de conservation évoquées dans *Badger* doivent être interprétées généreusement et qu'elles

of lakes, rivers and streams, topsoil conservancy and the prevention of erosion may be laws in relation to conservation. However, in light of the Crown's concession, this issue should not be considered in this appeal.

This is not to foreclose the possibility that the Crown could, in properly drafted regulations, reasonably limit the hunting rights of Treaty No. 6 adherents. Regulations clearly aimed at conservation that carefully consider the treaty rights of the respondent and others in his position may very well pass the *Sparrow* justification test. However, both the purpose of the regulations and the accommodation of the treaty rights in issue would have to be clear from the wording of the legislation. It would not be sufficient for the Crown to simply assert that the regulations are "necessary" for conservation. Evidence on this issue would have to be adduced. The Crown would also have to demonstrate that the legislation does not unduly impair treaty rights. The solemn promises of the treaty must be fairly interpreted and the honour of the Crown upheld. Treaty rights must not be lightly infringed. Clear evidence of justification would be required before that infringement could be accepted.

Section 88 of the *Indian Act*

Section 88 of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, reads as follows:

88. Subject to the terms of any treaty and any other Act of Parliament, all laws of general application from time to time in force in any province are applicable to and in respect of Indians in the province, except to the extent that those laws are inconsistent with this Act or any order, rule, regulation or by-law made thereunder, and except to the extent that those laws make provision

ne visent pas uniquement la conservation du gibier et du poisson mais également la protection de leur habitat. Les textes de loi visant la préservation de l'habitat, de la biodiversité ou de la qualité de l'eau de la nappe souterraine et des lacs, rivières et ruisseaux, la conservation du sol arable ou la prévention de l'érosion peuvent constituer des mesures législatives en matière de conservation. Toutefois, à la lumière des concessions faites par le ministère public, cette question n'a pas à être examinée dans le présent pourvoi.

Cela ne signifie toutefois pas que Sa Majesté ne pourrait pas, au moyen d'un règlement convenablement rédigé, restreindre raisonnablement les droits de chasse des adhérents au Traité n° 6. Un règlement qui aurait clairement pour objet la conservation et tiendrait soigneusement compte des droits issus de traités de l'intimé et d'autres personnes dans la même situation pourrait très bien satisfaire au critère de justification établi dans *Sparrow*. Toutefois, tant l'objet du règlement que la conciliation de cet objet avec les droits issus de traité en cause devraient ressortir clairement du libellé du texte de loi. Le ministère public ne pourrait se contenter d'affirmer que les dispositions réglementaires sont «nécessaires» à des fins de conservation. Il faudrait produire des éléments de preuve sur ce point. Le ministère public devrait aussi démontrer que le texte de loi ne porte pas atteinte indûment à des droits issus de traité. Les promesses solennelles inscrites dans le traité doivent être interprétées avec équité et l'honneur de la Couronne doit être soutenu. Les droits issus de traités ne doivent pas être enfreints à la légère. Il faudrait une preuve de justification claire pour qu'une atteinte puisse être acceptée.

L'article 88 de la *Loi sur les Indiens*

L'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, est ainsi rédigé:

88. Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi fédérale, toutes les lois d'application générale et en vigueur dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où ces lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou règlement administratif pris sous son régime, et

for any matter for which provision is made by or under this Act.

The regulations in issue are provincial laws of general application that, if they were to apply to Mr. Sundown, would conflict with the treaty. Accordingly, they must give way to “the terms of any treaty”. The rights of Mr. Sundown under Treaty No. 6 permit him to build a cabin as a reasonably incidental activity to his right to hunt. Thus, the regulations are inapplicable to him under s. 88. See, for example, *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309.

48 The Crown argued, not in its factum but briefly in its oral submissions, that “an implicit justification requirement” can be found in s. 88. The Chief Justice raised this same issue in *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139, at para. 87, without resolving it. He stated, “I know of no case which has authoritatively discounted the potential existence of an implicit justification stage under s. 88” (emphasis in original). In the absence of any significant argument on this issue, it is not appropriate to consider it, important as it may be.

49 In the result, I would dismiss the appeal.

50 A constitutional question was stated. It read:

Question: Are ss. 41(2)(j) and 59(a) of *The Parks Regulations, 1991*, R.R.S. c. P-1.1, Reg. 6, constitutionally inapplicable to the respondent by virtue of his treaty right to hunt as recognized by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*?

Answer: As this appeal was resolved without reference to the *Constitution Act, 1982*, this question need not be answered.

Appeal dismissed.

sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou sous son régime.

Les dispositions réglementaires en litige sont des lois provinciales d'application générale qui, si elles étaient applicables à M. Sundown, seraient incompatibles avec le traité. Par conséquent, elles doivent céder le pas aux «dispositions de quelque traité». En vertu des droits que lui reconnaît le Traité n° 6, M. Sundown peut construire une cabane, puisqu'il s'agit d'une activité raisonnablement accessoire à son droit de chasse. En conséquence, les dispositions réglementaires en litige sont inapplicables à son égard sous l'effet de l'art. 88. Voir, par exemple, *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309.

Le ministère public a prétendu, non pas dans son mémoire mais brièvement dans ses plaidoiries, que l'art. 88 comporte [TRADUCTION] «une obligation implicite de justification». Le Juge en chef a fait état de cette question dans *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, au par. 87, sans toutefois y répondre. Il a déclaré ceci: «Je ne connais pas de décision faisant autorité qui aurait écarté l'existence possible d'une étape implicite de justification dans l'application de l'art. 88» (souligné dans l'original). En l'absence d'argumentation approfondie sur cette question, il ne convient pas de l'examiner, aussi importante soit-elle.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

La question constitutionnelle suivante a été formulée:

Question: Les alinéas 41(2)(j) et 59a) de *The Parks Regulations, 1991*, R.R.S. ch. P-1.1, Reg. 6, sont-ils inapplicables à l'intimé sur le plan constitutionnel en vertu du droit de chasse issu de traités qui lui est reconnu par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse: Comme le présent pourvoi a été tranché sans référence à la *Loi constitutionnelle de 1982*, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Pourvoi rejeté.

Solicitor for the appellant: John D. Whyte, Regina.

Procureur de l'appelante: John D. Whyte, Regina.

Solicitors for the respondent: Woloshyn Mattison, Saskatoon.

Procureurs de l'intimé: Woloshyn Mattison, Saskatoon.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: René Morin, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: René Morin, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: Robert J. Normey, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Robert J. Normey, Edmonton.

C

C

C

①

②

③

C

C

C

CANADA

PROVINCE DE QUÉBEC

DISTRICT DE CHICOUTIMI

CODE DE BUREAU : AU-7595

NO : 150-05-002108-001

COUR SUPÉRIEURE

(Chambre civile)

**LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU
QUÉBEC**

Requérant;

c.

GHISLAIN CORNEAU

Intimé;

et/

**LA COMMUNAUTÉ MÉTISSE DU
DOMAINE DU ROY ET LA
SEIGNEURIE DE MINGAN**

Intervenante.

CAHIER DE PLAIDOIRIE

ME PIERRE MONTOUR

4165, rue Parthenais bureau 24

Montréal (Québec) H2K 3T8

Tél. : 514 274-3796

C

C

C

PLAIDOIRIE

TABLES DES MATIÈRES

1. La négation des Métis par le gouvernement québécois 2

Le gouvernement québécois et deux de ses ministres, celui de la Justice et cet autre délégué aux Affaires autochtones, MM. Benoît Pelletier et Geoffrey Kelly, ont nié l'existence des Métis et d'une communauté métisse sur le territoire du Domaine du Roi/Mingan avant même d'avoir reçu les expertises à ce sujet. Avec de tels donneurs d'ouvrage, faut-il s'étonner que les experts du gouvernement soient arrivés aux mêmes conclusions ? Non, répondent Gauthier et Michaux qui expliquent pourquoi.

2. Nouveaux facteurs, vecteurs où critères proposés par Claude Gélinas, Jean-Philippe Warren et Louis-Pascal Rousseau 5

Le PGQ tente d'introduire au procès plusieurs nouveaux éléments, facteurs ou vecteurs qui augmentent d'autant le nombre de critères établis par la CSC dans l'arrêt Powley pour augmenter le fardeau permettant de conclure à une communauté métisse historique

- Introduction..... 5
- le rapport de Jean-Philippe Warren..... 9
- le rapport de Claude Gélinas..... 14
- le rapport de Louis-Pascal Rousseau (5.2)..... 20

C

C

C

1. La négation des Métis et d'une communauté métisse dans le Domaine/Mingan par le gouvernement québécois

Le gouvernement québécois, par la bouche de deux de ses ministres, celui de la Justice, Benoît Pelletier, et cet autre délégué aux Affaires autochtones, Geoffrey Kelly, ont nié l'existence des Métis et d'une communauté métisse sur le territoire du Domaine du Roi/Mingan avant même d'avoir reçu les expertises à ce sujet. Avec de tels donneurs d'ouvrage, faut-il s'étonner que les experts du gouvernement soient arrivés aux mêmes conclusions ? Non, ont soutenu les experts Gauthier et Michaux qui ont également expliqué pourquoi.

Dès le 25 octobre 2006, le gouvernement québécois a nié l'existence des Métis et d'une communauté métisse sur le territoire du Domaine du Roi/Mingan.

Le devis de recherche à ce sujet a toutefois été remis aux experts du gouvernement le 14 juin 2007, leurs travaux se sont échelonnés sur deux (2) ans) et leurs expertises furent terminées en juin et juillet 2009.

Comme preuve de cette négation par les deux ministres, les intimés ont déposé en preuve deux articles du journal «Le Quotidien» et un article de Russel-Aurore Bouchard, publié sur le blogue métis/boréalie (en liasse pièce I-38).

René Tremblay a également témoigné à ce sujet.

Dans l'édition du 26 octobre 2006 du journal «Le Quotidien», pour l'avoir entendu à CKRS Radio le mardi 24 octobre, René Tremblay mentionne que le ministre délégué aux Affaires autochtones du Québec, Geoffrey Kelley, a déclaré :

« pour le gouvernement du Québec, il n'existe pas de communauté métisse ».

Dans son blogue du 25 octobre 2006, Russel-Aurore Bouchard a confirmé cette déclaration du ministre délégué Kelley :

*pour le moment, la position du gouvernement du Québec [est qu']
il n'y a pas de communauté métisse au Québec.*

Plus d'un an plus tard, dans l'édition du 21 novembre 2007 du journal «le Quotidien», le ministre Pelletier en remettait :

*Au Québec, a rappelé le ministre, aucune communauté n'a été identifiée
comme étant une communauté répondant à de tels critères. Les communautés
métisses ont pris naissance dans l'Ouest canadien et ont survécu à la
colonisation.*

Avec de tels donneurs d'ouvrage, faut-il s'étonner que les experts du gouvernement soient arrivés aux mêmes conclusions ?

C

C

C

Non, répondent l'ethno-historien Serge Gauthier et l'anthropologue Emmanuel Michaux qui ont tous deux abordé la question des mandats des experts dans leur rapport, pièces I-37 et I-36.

Serge Gauthier est catégorique à ce sujet :

3- Des travaux répondant à une commande très explicite. La géographe Andrée Héroux, une des seules dans l'ensemble des expertises qui nous ont été soumises à faire une critique de sources, glisse à travers son texte un extrait de l'historien de la littérature Tzvetan Todorov qui semble bien éclairant à savoir que «le destinataire du discours est aussi responsable que son auteur». Voilà donc une des raisons pour laquelle ces études sont si peu probantes et ainsi la citation faite par Héroux devient presque une confession un peu suave. En effet, l'on sent constamment le destinataire dans ces études. On dirait même chez certaines d'entre elles que le destinataire est plus important que le sens de la recherche. Nous ne pensons pas qu'il aurait pu, en fait, en être autrement mais cela aurait pu être moins évident. (Pièce I-36, p. 23)

Parlant du travail de Michel Lavoie, il précise :

Il répond à la commande demandée en instillant davantage d'éléments visant à rendre le sujet sans assise plutôt qu'à ériger un discours plus cohérent. La démarche ici est sans doute un peu liée à sa faiblesse de compréhension du sujet mais peut-être aussi à une évidente volonté de semer la confusion. (Pièce I-37, 40)

Pour Emmanuel Michaux, la critique est essentiellement la même, mais en d'autres mots : leur approche est biaisée car les unités de sens à comparer sont sélectionnées au préalable afin de répondre à la commande du PGQ :

Pourquoi, si ce n'est au nom des travaux en ethnogenèse métisse, l'existence de communautés métisses dans l'Est devrait-elle être établie et évaluée par une simple comparaison avec les Métis de l'Ouest ? Pourquoi les deux phénomènes devraient-ils être comparables ? Pourquoi, comme le mentionne d'ailleurs Claude Gélinas dans les toutes dernières lignes de son ouvrage (Gélinas 2011 : 147), ne pas tenter de se sortir de ce modèle pour plutôt chercher à appréhender toute la diversité de l'identité métisse au Canada. Ce qu'il se garde bien de faire dans son rapport remis à la PGQ. Cette approche est biaisée car les unités de sens à comparer sont sélectionnées au préalable afin de répondre à la commande du PGQ. Les critères établis par Rousseau à partir du travail des historiennes Brown et Peterson répondent admirablement à ce cadre, ils ont en fait

C

C

C

trouvé la méthode idéale. Le seul problème est qu'elle n'est pas scientifique.» (Pièce I-36, p. 93)

Plus loin, Michaux précise :

Encore ici, l'échec est total. Les experts se posent avec arrogance comme des porteurs de vérité sans manifester le moindre doute et sans ressentir aucun devoir envers la validation de leurs conclusions. Ils s'en tiennent à la commande du PGQ qui postule qu'il n'y a pas eu d'ethnogenèse métisse au Domaine du Roy-Mingan et qui leur demande d'expliquer pourquoi. Ils se sont donc tout simplement soumis à cette commande basée sur une hypothèse de départ qui demeure non prouvée, ce qui va à l'encontre de toute démarche scientifique rigoureuse. » (Pièce I-36, p. 223)

D'autre part, rappelons l'article de l'historien Sigfrid Tremblay, rapporté dans l'expertise de Jacques Lacoursière, pièce I-37 partie 2, qui critique lui-aussi fortement le chef d'orchestre des experts du PGQ, Michel Lavoie, et sa théorie nouvelle à l'effet que le Domaine du Roi était une Seigneurie dès 1652, pour faire de cette date la mainmise de la Couronne sur le territoire.

Sigfrid Tremblay écrit :

À la lecture de l'ouvrage, on ne parvient pas à s'émanciper de l'impression d'une grossière exagération d'aspects favorables à la défense du gouvernement du Québec dans ses litiges territoriaux qui l'oppose au Métis et aux Innus du Québec...

Il s'avère fort difficile de faire abstraction du contexte de production de cette étude pour expliquer la thèse bipolarisée qu'on y défend à tout prix.

Dans ce cas, l'argumentation est transfigurée en plaidoirie qui réduit la manifestation historique à une interprétation juridique prédéterminée. Il en résulte un ouvrage immature... » (*Recherches amérindiennes au Québec, (2010) Vol. 40 No 1-2 p. 168-170*) (Onglet 2)

Le texte de Lavoie, "Le Domaine du Roi, 1652-1859 : Souveraineté, contrôle, mainmise, propriété, possession, exploitation", a été publié dans la revue *Recherches amérindiennes*, suite à son expertise et avant son dépôt.

En conclusion, il nous paraît dès lors certain que les experts du Procureur général du Québec ont répondu à la commande du gouvernement, c'est-à-dire qu'il n'y a pas de communauté métisse historique dans le Domaine du Roy/Mingan.

C

C

C

2. Nouveaux facteurs, vecteurs ou critères proposés par Claude Gélinas, Jean-Philippe Warren et Louis-Pascal Rousseau

Introduction

Le PGQ tente d'introduire au procès plusieurs nouveaux éléments, facteurs ou vecteurs qui augmentent d'autant le nombre de critères établis par la CSC dans l'arrêt Powley pour augmenter le fardeau permettant de conclure à une communauté métisse historique

Jean-Philippe Warren, Claude Gélinas et Louis-Pascal Rousseau, entre autres, ont tous trois ajouté de nouveaux éléments, facteurs, vecteurs ou critères afin de prouver l'existence d'une communauté métisse historique dans le Domaine/Mingan, notamment la nécessité de prouver de façon prépondérante :

- une masse critique ou encore une forte densité démographique et une certaine endogamie (Warren, Gélinas et Rousseau) ;
- une identité collective clairement établie sur la base d'une occupation distincte (Warren et Gélinas) ;
- une différence plus ou moins marquée avec d'autres groupes concurrents, ou encore l'altérité sociétale (Warren)
- un chef ou un leader charismatique (Warren et Brisson) ;
- une levée des boucliers contre l'état (Warren) ;
- le partage d'un sentiment commun d'appartenance au groupe (Gélinas, p. 116) ;
- l'existence d'une structure sociale fonctionnelle (Gélinas, p. 118) ;
- avoir conscience et d'entretenir la mémoire d'une trajectoire historique commune (Gélinas p. 119) ;
- manifester une préoccupation pour la pérennité du groupe (Gélinas, p. 122) ;
- une culture distincte (Warren, Gélinas et Rousseau)

Je compte au moins 10 nouveaux critères, lesquels sont en fait empruntés à la théorie de Jacqueline Peterson, laquelle a témoigné dans la cause Powley, mais dont la théorie ne fut pas retenue par la CSC (voir le rapport Michaux, pp. 166 à 169).

Tous trois passent toutefois à côté du critère fondamental de la culture distinctive !

Mon collègue ayant déjà parlé du critère de la culture distinctive, je me contenterai d'aborder la question des autres éléments, facteurs, vecteurs ou critères proposés par le trio.

C

C

C

Souffrez entre-temps un bref rappel de la doctrine établie dans l'arrêt Powley afin de prouver l'existence d'une communauté distincte et la culture distinctive de ses membres.

2.1. Le test de Powley

Le test de Powley a été élaboré par le plus haut tribunal du pays composé de neuf magistrats unanimes.

Leur jugement constitue un arrêt, donc le droit applicable en Canada.

Les nouveaux critères proposés par le trio d'experts du PGQ vont toutefois bien au-delà de la preuve requise par la CSC afin de prouver l'existence d'une communauté historique.

Par conséquent, ils ne sont pas pertinents.

Au soutien des présentes, nous identifierons et détaillerons ces nouveaux critères et les comparerons à ceux élaborés par la CSC dans le jugement Powley afin d'identifier et reconnaître l'existence d'une communauté métisse historique, dont celle de Sault Ste-Marie et ses environs en Ontario vers 1850.

2.1.1. La doctrine et les rapports déposés de la cause Powley

Lors de l'audition de l'appel de la cause Powley devant la CSC, la doctrine et les rapports suivants ont été déposés :

- Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones : Perspectives et réalités, vol. 4. Ottawa : La Commission, 1996.
- Lytwyn, Victor P. « Historial Report on the Métis Community at Sault Ste. Marie », March 27, 1998.
- Morrison, James. « The Robinson Treaties of 1850: A Case Study ». Étude préparée pour la Commission royale sur les peuples autochtones.
- Ontario. Ministère des Ressources naturelles. Interim Enforcement Policy on Aboriginal Right to Hunt and Fish for Food. Toronto : Le Ministère, 1991.
- Peterson, Jacqueline. « Many roads to Red River : Métis genesis in the Great Lakes region, 1680-1815 ». In Jacqueline Peterson and Jennifer S. H. Brown, eds., The New Peoples : Being and Becoming Métis in North America. Winnipeg : University of Manitoba Press, 1985, 37.
- Ray, Arthur J. « An Economic History of the Robinson Treaties Area Before 1860 », March 17, 1998.

C

C

C

Nonobstant le rapport du Ministère des Ressources naturelles de l'Ontario, cette doctrine et les rapports précités ont été déposés au procès Corneau sous différentes cotes.

À partir de cette doctrine et de ces rapports, la CSC a divisé en deux son analyse afin de reconnaître des communautés métisses historiques en Canada (par 10 à 18) et à Sault Ste-Marie (par 21 et 22) avant de résumer au paragraphe 23 le fardeau des revendicateurs de droits métis.

2.1.2. L'arrêt Powley et la preuve des communautés métisses en Canada, par 10 à 18

Aux paragraphes 10 et 11 de l'arrêt Powley, la CSC résume la doctrine retenue par la CRPA pour expliquer quand et comment sont nés les premiers *métis* d'ascendance mixte et comment les communautés métisses historiques et leur culture distinctive ont fait leur apparition.

Au paragraphe 12, la CSC précise comment prouver un droit ancestral métis et définit ce qu'est une communauté métisse.

Au paragraphe 13, elle établit comment interpréter l'article 35 Lc de 1982 via l'interprétation téléologique, c'est-à-dire sa finalité, ainsi que l'objet et la promesse que cet article exprime, protéger les pratiques qui caractérisent les communautés distinctes.

Au paragraphe 17, elle précise quand et comment ces cultures métisses distinctives se sont développées dans des régions non encore ouvertes à la colonisation et souligne l'engagement du Canada [en 1982] de les reconnaître et les valoriser.

Au paragraphe 18, elle conclut que l'article 35 Lc de 1982 commande que les tribunaux reconnaissent et protègent les coutumes et traditions qui, historiquement, constituaient des caractéristiques importantes des communautés métisses avant le moment de la mainmise.

Cette doctrine générale s'applique à toutes les communautés métisses en Canada.

2.1.3. La preuve de la communauté historique de Sault Ste-Marie, par 21 et 22

Aux paragraphes 21 et 22, la CSC résume la preuve pertinente qui a été produite en première instance dans l'affaire Powley afin de conclure à l'existence d'une communauté métisse historique à Sault Ste-Marie vers 1846 :

2.1.4. Le fardeau des revendicateurs de droits métis

Au paragraphe 23, la CSC précise le fardeau des revendicateurs de droits métis, établir l'existence d'une communauté métisse identifiable, caractérisée par un certain degré de continuité et de stabilité, puis souligne que des groupes de Métis de l'époque historique étaient souvent sans structures politiques et que leurs membres ne s'identifiaient pas constamment comme Métis.

○

C

C

En l'espèce, afin de conclure à l'existence d'une communauté métisse historique à Sault Ste-Marie, la CSC a retenu les rapports d'experts de Lytwynn et Ray, le témoignage du commis du poste de traite de la Baie d'Hudson Bethune consigné dans son Journal durant les années 1820-1830 et le rapport de l'arpenteur Vidal en 1846.

Elle n'a donc pas retenu les travaux de Jacqueline Peterson.

C

C

C

2.2. LE RAPPORT DE JEAN-PHILIPPE WARREN

2.2.1. Introduction

Warren ajoute au fardeau des intimés des critères afin de prouver l'existence de leur communauté historique.

2.2.2 Critique des sources

Dans sa démonstration sur les communautés historiques des Grands Lacs et de l'Ouest canadien, Warren réfère :

- à une source anonyme en 1871 (p. 11, note en bas de page 23) ;
- aux travaux de Jacqueline Peterson publiés en 1978 (p. 19, note en bas de page 64) ;
- aux travaux de Jennifer Brown publiés en 1978, 1980 et 1987 (p. 17, note en bas de page 56 ; p. 18, note en bas de page 59 ; p. 76, note en bas de page 351) ;
- aux travaux de Harriet Gorham publiés en 1987 (p. 12, note en bas de page 26 ; p. 21, note en bas de page 73 ; p. 27, note en bas de page 95 ; p. 35, note en bas de page 134 ; p. 76, note en bas de page 349)

Les travaux de Peterson, Brown et Gorham sont obsolètes et sans aucune valeur ou force probante : ils ont tous été écrits avant le dépôt du rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones en 1996 et l'arrêt Powley en 2003.

2.2.3. La théorie des trois facteurs

À partir des rapports non-pertinents et non-probants de Peterson, Brown, Gorham et (Havard) Warren a développé, des pages 17 à 22, la théorie des trois facteurs dont votre tribunal devrait tenir compte afin de conclure à l'existence d'une communauté métisse historique dans le Domaine/Mingan :

En bref, rassemblés dans des réseaux populeux et solides (densité démographique), occupant une position mitoyenne distincte entre les Indiens et les autres Euro-canadiens (identité collective), soucieux de protéger leur héritage face à des étrangers de plus en plus hostiles (altérité sociale), les Métis [de l'Ouest canadien] ont peu à peu développé une conscience collective distincte et ont fondé des institutions pour prendre la défense de leurs intérêts menacés. (rapport Warren, p 22)

Il propose ensuite de comparer ces trois facteurs aux "*symboles, traditions et rituels*" de "*solides groupes de métissés*" du Saguenay Lac Saint-Jean afin de vérifier si ces derniers "*ont développé une communauté distincte*" :

Il faut se demander maintenant si ces trois facteurs ont pu jouer de la même manière dans le secteur du Saguenay-Lac-Saint-Jean et si de solides groupes de métissés,

C

C

C

pratiquant des activités syncrétiques et isolés au milieu d'une population plus ou moins étrangère, y ont développé une communauté distincte, marquée par des symboles, des traditions et des rituels propres. (Rapport Warren, p. 22)

2.2.4. CRITIQUE DES NOUVEAUX ÉLÉMENTS PROPOSÉS PAR WARREN

En page 12, paragraphe 2, le sociologue conclut à l'émergence d'une conscience métisse dans l'Ouest canadien au début du XIXe siècle fondée sur la théorie des trois facteurs :

les Métis de l'Ouest canadien ont pu développer à ce moment une conscience propre parce qu'étaient réunis, de manière dynamique, les trois facteurs propices à un regroupement identitaire. (p. 12, par. 2).

2.2.4.1 Premier facteur, une forte densité démographique.

Sous la plume de Warren, le critère de la forte densité démographique des Métis de l'Ouest se transforme rapidement en nécessité d'une masse critique dans le Domaine/Mingan qui permet l'endogamie et de solides regroupements culturels et politiques pour la défense d'intérêts communs (Warren, p. 4, par. 2).

Mais la CSC est muette dans l'arrêt Powley sur le supposé critère de forte densité démographique, le sous-critère d'endogamie métisse et sur le nombre de Métis requis pour former une communauté historique.

En guise de données comparatives, les données démographiques consignées dans le Journal du commis de poste Bethune et dans le rapport de l'arpenteur Vidal, citées dans les rapports Lytwynn et Ray, démontrent la présence de deux groupes de faible densité, constitué chacun de 38 hommes, ou chefs de famille, majoritairement Métis, à Sault Ste-Marie entre 1824 et 1828 et en 1846 (pièce PC-70)

L'étude de James Morisson soumise à la CRPA signale pour sa part un nombre restreint des Métis qui faisaient partie de quatre communautés métisses historiques qui ont été identifiées en Ontario :

Cette étude, The Robinson treaties, a case study, a aussi été déposée devant la CSC dans Powley et devant votre tribunal sous la cote PC-67.

Morisson y soutient l'existence de quatre communautés métisses en Ontario de faible densité avant la mainmise.

Parlant de ces quatre communautés et leurs membres, il écrit en anglais dans le texte, dont voilà une traduction libre :

a) il s'agit de *métis* d'ascendance mixte, européenne et indienne, qui ont servi dans différentes compagnies de traite des fourrures, de pêcheurs, de voyageurs, de *boatmen*, de *camp traders*, d'interprètes et de guides, page 23

C

C

C

b) ils sont surnommés *hafbreeds*, chicots ou bois brûlés, p. 23, note en bas de page 43 ;

c) la majorité d'entre eux peuvent retracer leurs ancêtres français, mais avec l'impact des traiteurs britanniques de la HBC et de la Compagnie du Nord-Ouest unis aux Sauvagesses, certains sont d'ascendance anglaise, écossaise ou irlandaise, p. 23 ;

d) leur identité est question de culture et non pas de race ou d'ethnie, p. 24 ;

e) ils sont très proches de la culture autochtone de l'époque du contact sauf leur structure sociopolitique qui est de nature individualiste plutôt que tribale, p. 24 ;

f) les quatre communautés métisses historiques sont situées à Penetanguishene, Killarney, Sault Ste-Marie et sur l'île Saint-Joseph, c'est-à-dire Pembroke, situé à la croisée des rivières Muskrat et des Outaouais, dans la vallée de l'Outaouais mais en Ontario, pp. 24 à 27 ;

g) la communauté de Penetanguishine est formée en 1828 d'environ 75 familles de voyageurs, totalisant environ 300 à 400 personnes, pp. 24 et 25 ;

h) la communauté de Killarney est composée d'une dizaine de maisons de *bois brûlé* parlant trois langues, l'anglais, le français et l'algonquien, p. 25 ;

i) La communauté de Sault Ste-Marie est composée de canadiens-français qui sont tous issus du Bas-Canada, (le Québec), débarqués dans la région après 1812 pour travailler pour des compagnies de traite des fourrures, unis aux *Anishnabe* de la région et aux membres des familles métisses de seconde et troisième génération parlant français s'y trouvant, pp. 26 et 27 ;

j) La communauté de Pembroke est composée d'une centaine de métis vivant des fruits de la pêche, la plupart sont des catholiques qui descendent des voyageurs engagés par la HBC ou qui *courraient la dérrouine* dans les campements indiens pour s'assurer des meilleurs fourrures, p. 26.

Par conséquent, l'avis du sociologue sur la nécessité d'une forte densité démographique et de mariages endogames n'est pas fondé en faits et en droit.

2.2.4.2. Second facteur, une identité collective clairement établie sur la base d'une occupation distincte.

S'il est vrai que la CSC demande aux revendicateurs de droits métis de "*faire la preuve que le groupe concerné partage des coutumes, des traditions et une identité collective*" (Powley, par. 23), elle n'exige pas d'eux, comme l'écrit Warren, de prouver une identité collective clairement établie sur la base d'une occupation distincte (le village).

C

C

C

Elle leur demande seulement d'apporter des données démographiques pertinentes et de faire la preuve que le groupe concerné partage des coutumes, des traditions et une identité collective (Powley, par. 23) et prouver un groupe de Métis ayant une identité collective distinctive, vivant ensemble dans la même région et partageant un mode de vie commun (Powley, par. 12).

La suggestion de comparer l'identité collective des membres des communautés de l'Ouest canadien à celle des métis identifiés comme tel dans le Domaine/Mingan est impossible à mettre en oeuvre, ceux qu'il évoque dans l'Ouest se sont reconnus dans la pratique d'occupations communes, en particulier leur pratique commune de chasse au bison...

Par conséquent, son avis sur la nécessité d'une *identité collective clairement établie sur la base d'une occupation distincte* n'est pas fondé en faits et en droit.

2.2.4.3. Troisième facteur : *une différence plus ou moins marquée avec d'autres groupes concurrents (altérité sociétale).*

On cherchera en vain dans l'arrêt Powley un extrait de la CSC où elle exigerait la preuve d'une différence plus ou moins marquée entre un groupe de Métis qui revendique des droits ancestraux et d'autres groupes *concurrents*, comme ce fut le cas dans l'Ouest canadien ;

Sous la plume de Warren, le facteur de l'altérité sociétale prend la forme de revendications que l'on devrait retrouver dans le Domaine/Mingan mais dont on ne retrouve pas trace.

Mais la CSC dans l'arrêt Powley n'impose pas aux revendicateurs de prouver que leurs ancêtres métis aient revendiqué leurs droits. Au contraire, elle reconnaît que des groupes de Métis sont souvent sans structures politiques et que leurs membres ne s'identifient pas constamment comme Métis (par. 23).

Par conséquent, son avis sur la nécessité d'une *altérité sociétale* n'est pas fondé en faits et en droit.

2.2.4.4. Conclusion de Warren : absence d'une *réelle conscience collective* dans le Domaine Mingan

Faute d'une densité démographique suffisante, d'une pratique occupationnelle propre et d'une altérité manifeste, Warren conclut que les personnes d'ascendance mixte du Saguenay-Lac-Saint-Jean n'ont jamais su développer une réelle conscience collective (Warren, pp. 4 et 5).

Conclusion

Il est parfaitement faux d'affirmer que l'arrêt Powley soutient qu'une forte densité démographique, une identité collective clairement établie sur la base d'une occupation distincte et une différence plus ou moins marquée avec d'autres groupes concurrents (altérité

C

C

C

sociétale), bref d'une réelle conscience collective, constituent des facteurs incontournables de l'apparition d'une communauté « métisse ».

"Pour établir l'existence d'une communauté métisse", la CSC n'impose pas aux revendicateurs de prouver que leurs ancêtres Métis ont développé une réelle conscience collective, elle leur demande de "faire la preuve que le groupe concerné partage des coutumes, des traditions et une identité collective" (Powley, par. 23)

Warren a été incapable d'établir lors de son témoignage la densité minimale d'une communauté métisse. Lorsqu'interrogé à ce sujet au procès, votre tribunal a pu apprécier ses hésitations lorsqu'il lui a été demandé si "200 cabanes constituaient une masse critique suffisante pour former une communauté métisse...."

Son avis repose sur des données quantitatives dont la pertinence et la force probante n'ont pas été établies.

Il est contraire au principe de l'existence de groupes distincts de Métis qui, selon la CRPA, possèdent leurs propres caractéristiques et traditions distinctives (par 11 de l'arrêt Powley).

Les comparaisons proposées entre la communauté métisse de l'Ouest canadien et celle du Domaine/Mingan ne sont pas pertinentes, les travaux cités au soutien de cette communauté de l'Ouest canadien ne sont pas probants car antérieurs au dépôt du rapport de la CRPA et de l'arrêt Powley, et certains faits allégués sont inadmissibles en preuve.

Royé

Les données quantitatives sur la nécessité d'une masse critique dont la pertinence et la force probante n'ont pas été établies sont contredites.

L'approche comparative entre la communauté de l'Ouest canadien et le Domaine/Mingan n'est pas pertinente vu qu'il y a peut-être différents des peuples métis en Canada. D'ailleurs, au paragraphe 12 de l'arrêt Powley, les juges affirment :

"Nous n'entendons pas énumérer les différents peuples métis qui peuvent exister".

Ce n'est pas "l'apparition" d'une communauté métisse que requiert le jugement de la CSC comme preuve de son existence, comme l'écrit erronément Warren à la page 4, par. 1, mais celle de son... "existence" !

Enfin, la présente instance n'est certes pas le forum adéquat pour débattre de l'ethnogenèse de la première communauté métisse dans l'Ouest canadien, selon Warren, en l'absence des parties concernées.

C

C

C

2.3. LE RAPPORT DE CLAUDE GÉLINAS (RAPPORT 4.1., PIÈCE PC-25)

Claude Gélinas nie l'existence d'une communauté métisse au Saguenay Lac Saint-Jean sur la base de quatre critères propres à l'anthropologie :

D'un point de vue anthropologique, pour qu'il y ait existence d'une communauté effective, il faut que les individus qui s'en réclament partagent un certain nombre de traits de nature psychologique et organisationnelle²⁹⁹. p. 116

Selon lui, afin qu'un groupe d'individus puisse être reconnu en anthropologie comme formant une communauté, il doit répondre à quatre critères fondamentaux :

1. partager d'un sentiment commun d'appartenance au groupe (p. 116 et ss)
2. posséder une structure sociale ou une organisation fonctionnelle (p. 118 et ss) ;
- 3 avoir conscience et d'entretenir la mémoire d'une trajectoire historique commune (p. 119 et ss) ;
4. manifester une préoccupation pour la pérennité du groupe (p. 122 et ss) ;

Encore une fois, ces quatre critères vont bien au-delà du fardeau de preuve imposé aux défenseurs de droits métis par la CSC dans l'arrêt Powley afin de prouver l'existence d'une communauté métisse historique.

2.3.1. Afficher ou partager un sentiment commun d'appartenance au groupe (p. 116 et ss)

Gélinas écrit :

Pour qu'il y ait une communauté donc, il faut en premier lieu que les individus qui s'en réclament partagent un sentiment commun de vivre pour et par la communauté. Ce sentiment commun peut prendre plusieurs formes, à commencer par la promotion d'un certain degré d'essentialisme à travers lequel les traits culturels et les valeurs communes sont priorisés aux dépens des intérêts personnels des individus (p. 116)

Ces traits culturels prennent en général la forme d'un ethnonyme duquel tous se réclament (...) p. 117

Il ajoute :

Dans le cas des individus désignés comme métis rencontrés dans les sources historiques concernant l'histoire du Saguenay-Lac-Saint-Jean, il n'a pas été possible de repérer des données qui viendraient témoigner de l'existence d'un tel sentiment d'appartenance à une ou plusieurs unités sociales élargies et se serait exprimé par la promotion d'un essentialisme particulier. (p. 117, par. 2)

D'abord, il n'est jamais fait mention d'un ethnonyme qui aurait été commun à ces individus ; dans les faits, l'appellation métis, comme il en a été largement question, a

C

C

C

plutôt été accolée à ces individus par d'autres, et ce pour des raisons diverses. (p. 117, par. 2)

Gélinas conclut donc que l'identité métisse est octroyée au Saguenay-Lac Saint-Jean à compter du 19^e siècle (pp. 5, 117 et 126).

Il mentionne une seule exception, au 20^{ème} siècle, quand des individus s'identifiant «comme métis de la Pointe-Bleue» se sont adressés aux Affaires indiennes pour exprimer leur souhait de conserver leurs lots de terre sur la réserve et faire le commerce du bois (p. 50, note en bas de page 108).

Plaidoirie

Gélinas limite ses travaux aux Métis désignés dans des textes écrits par des tiers.

Il ne tient pas compte de nombreux faits historiques établis par les autres témoins experts lors de l'audition :

- les peuples autochtones sont de tradition orale, il n'est donc pas surprenant qu'ils n'aient pas laissé d'écrits ;
- l'emploi du terme *métis* est demeuré rare jusqu'au milieu du XVIII^e siècle (Warren, page 11, milieu du dernier paragraphe).
- les membres des groupes métis ne s'identifiaient pas constamment comme Métis (Powley, paragraphe ~~24~~ ²³);
- les Métis étaient connus sous différents ethnonymes, notamment "Canadien", "voyageur", etc (Warren, page 2, note en bas de page 1), notamment le Métis Peter McLeod qui s'identifie parfois comme "canadien" (selon Rousseau, 5.2., PC 30, p. 109 et 110, dernier et premier paragraphe ; voir aussi Russel A. Bouchard et son témoignage sur l'identité des voyageurs canadiens nommés par Hocquart dans sa première expertise, pièce I-5).

La dynamique identitaire

Gélinas écrit néanmoins que c'est à travers le prisme d'analyse de la dynamique identitaire qu'il faille aborder la question de l'existence ou non de communautés métisses :

En somme, le statut de «métis» est avant tout une question d'identité, qu'elle soit revendiquée ou octroyée, de sorte que c'est à travers un prisme d'analyse de la dynamique identitaire, et non de la dynamique de transmission de caractères génétiques, qu'il faille aborder la question de l'existence ou non de communautés métisses (pp. 26-27)

Il ajoute que le recours au terme «métis» à l'époque historique n'avait pas pour but de rendre compte de l'existence ou de l'émergence d'une nouvelle réalité ethnique dans la province, plutôt, son utilisation s'inscrivait d'abord dans un contexte administratif selon lequel il devenait important pour les Affaires indiennes de bien distinguer qui étaient les «Indiens» au sens de la loi (p. 46).

C

C

C

L'identité octroyée de métis, précise-t-il plus loin, répondait dans certains cas à des considérations administratives, comme lorsqu'il s'avérait nécessaire de distinguer quels Indiens répondaient aux critères de reconnaissance contenus dans la *Loi sur les Indiens* (p. 127).

À la page 104, il se fie aux recensements canadiens pour appuyer sa théorie négationniste.

Enfin, il écrit :

il apparaît peu probable que l'absence d'une identité métisse revendiquée ait découlé d'une réticence des individus concernés à s'afficher comme métis par crainte de préjudice ; dans le contexte idéologique de l'époque, le métissage biologique ne se voulait pas particulièrement tabou (p. 127, par. 5).

Plaidoirie

Dans sa contre-expertise du rapport Gélinas 4.1., Emmanuel Michaux écrit :

L'auteur (Gélinas) établit une distinction entre identité octroyée et une identité qui serait revendiquée par les individus eux-mêmes. Il insiste également sur le fait qu'il s'agirait d'individus plutôt que de groupes métissés et que ces individus ne faisaient pas valoir leur identité métisse. Était-ce la crainte des préjudices ou d'être marginalisés? Était-ce simplement que cette identité n'a pas été constatée et rapportée dans les sources consultées? Difficile de trancher et les réponses fermes se trouveront peut-être dans les chapitres subséquents

Les réponses fermes espérées par Michaux ne se trouvent toutefois pas dans les chapitres subséquents, de sorte que la question reste entière.

La preuve au procès révèle que l'identité octroyée a été le lot de tous les peuples autochtones de tradition orale en Canada et qu'elle le fut par des gens qui écrivaient "à l'oreille". En effet, les témoignages entendus et les cartes déposées témoignent que dès le 16ème siècle, les premiers occupants du continent nord-américain se sont vus octroyés différentes identités par les Européens, notamment ceux du Saguenay, du Lac Saint-Jean et de la Côte Nord, identifiés sous différents ethnonymes par Champlain, les jésuites et les cartographes français et anglais.

Dans son avis, Gélinas ne tient pas compte des ethnonymes "canadien" et "voyageur" pouvant avoir été revendiqués par des Métis dans le Domaine/Mingan, ou octroyés à ceux-ci, de sorte que le prisme identitaire effectif qui est proposé est à tout le moins embué, du moins incomplet.

Il ne tient pas compte non plus de l'exclusion des Métis de la Loi sur les Indiens fondée sur la pureté de l'ascendance indienne - ou sauvage - (page 127), ce qui, pourtant, est bien la meilleure preuve de leur existence : en effet, pourquoi se serait-on employé à exclure des groupes de gens s'ils n'existaient pas ?!

C

C

C

2.3.2. Posséder une organisation ou une structure sociale fonctionnelle (Gélinas p. 118) ;

Gélinas écrit sur la question de l'organisation communautaire des Métis :

Sur ce plan, notre recherche permet de conclure sans équivoque que l'on ne peut attribuer une telle organisation communautaire aux individus désignés comme métis dans la région du Saguenay-Lac-Saint-Jean (p. 6).

En page 103, il écrit :

Contrairement aux Indiens et aux Eurocanadiens, il est très difficile de brosser un portrait démographique précis et continu des individus désignés comme métis au Saguenay-Lac-Saint-Jean. Les mentions qui les concernent dans les sources historiques sont ponctuelles et lorsqu'il y est question de métis, on retrouve ceux-ci en petit nombre et dans différents secteurs. Ceci rend très difficile de conclure, a priori, à l'existence d'unités sociales élargies propres à ces individus, du moins à une échelle autre que celle de la famille nucléaire ou étendue.

Plaidoirie

Tel qu'entrevue, Gélinas a limité ses recherches aux individus désignés comme Métis au Saguenay-Lac-Saint-Jean ; cela ne lui a certes pas permis de cerner l'ensemble de la société métisse du Domaine/Mingan au moment de la mainmise afin de se prononcer sur son organisation sociale.

D'autre part, sa conclusion sur l'absence d'organisations politiques chez les groupes de Métis du Domaine/Mingan et la portée de celle-ci (page 127, par 9) est contredite par la CSC dans Powley qui a reconnu au paragraphe 23 que, souvent, des groupes de Métis sont sans structures politiques et que leurs membres ne s'identifient pas constamment comme Métis (...)

2.3.3. avoir conscience et entretenir la mémoire d'une trajectoire historique commune (Gélinas p. 119) ;

Une fois de plus, la CSC est muette sur la nécessité d'avoir conscience et entretenir la mémoire d'une trajectoire historique commune.

Au contraire, elle reconnaît de façon expresse, au paragraphe 23 que les membres des groupes métis ne s'identifient pas constamment comme Métis.

Néanmoins, Gélinas écrit :

Une communauté trouve aussi sa légitimité anthropologique du fait que ses membres cherchent à l'inscrire dans une continuité historique. D'ordinaire, une telle inscription s'articule autour de l'entretien d'une histoire commune qui se présente sous la forme de mythes d'origine, de textes fondateurs et de récits et de légendes qui sont transmis de génération en génération par l'écrit ou par la tradition orale. À cela s'ajoute la transmission d'un héritage socioculturel composé d'un patrimoine matériel et d'un ensemble de pratiques et de coutumes, ce que Gossiaux appelait « l'illusion collectivement entretenue d'une reproduction à l'identique (page 120, note en bas de page 301).

C

C

C

Plaidoirie

Le prisme d'analyse proposé par Gélinas est clairement anthropologique et non pas juridique.

Gélinas nie toute continuité historique aux Métis du Domaine/Mingan, notamment l'existence d'un animal totémique, l'ours.

En contre-interrogatoire, il a toutefois reconnu un crâne d'ours accroché à l'entrée d'une tente occupée par des personnes d'ascendance mixte ; il a aussi reconnu que la grande majorité des membres de la CMDRSM qui assistaient à son témoignage portaient au cou... une dent d'ours.

D'autre part, il est bien connu en droit autochtone que le critère de la continuité réfère à celle des pratiques ancestrales.

C

C

C

2.3.4. manifester une préoccupation pour la pérennité du groupe (Gélinas p. 122) ;

Plaidoirie

Encore une fois, la CSC est muette dans l'arrêt Powley sur la nécessité d'afficher une préoccupation pour la pérennité du groupe.

Chefferie

Sur la chefferie chez les Métis, ou son absence, Gélinas écrit :

Or, en aucun cas dans les écrits de l'époque n'est-il question d'individus désignés comme métis qui ont porté, diffusé ou défendu une trame historique propre à un quelconque regroupement spécifique. Plus particulièrement, aucun personnage n'est mis en évidence par ces derniers à titre d'ancêtre fondateur d'une communauté ou à titre d'individu ayant joué un rôle significatif aux yeux d'une communauté métisse qui en aurait fait un porte-étendard (page 121)

Réal Brisson a témoigné pour sa part que le Métis Peter McCleod n'avait rien d'un chef charismatique.

Encore une fois, cet élément - la présence d'un leader - n'est pas pertinent : la CSC est muette dans l'arrêt Powley sur la nécessité d'un chef métis exerçant des pouvoirs coercitifs ou encore celle d'un chef charismatique. En effet, elle n'a pas retenu cet élément afin de reconnaître la communauté historique de Sault Ste-Marie.

C

C

C

3. LE RAPPORT DE LOUIS-PASCAL ROUSSEAU (5.2, PC-30)

Selon Louis-Pascal Rousseau, les faits historiques permettent de conclure que durant la période qui s'étend des premiers temps coloniaux jusqu'à la première moitié du 18ème siècle, le métissage euro-indien est une réalité factuelle historique bel et bien observable sur le territoire en cause (page 100, second paragraphe).

Ces individus intègrent le groupe nouveau des Montagnais (idem).

Il s'agit d'un groupe d'identité indienne et non métisse (idem).

Selon Rousseau, durant la période suivante, du milieu du 18ème siècle à 1842, on observe la continuité du processus d'intégration des individus issus des métissages euro-indiens au sein de la nouvelle communauté Montagnaise-Innue (p. 101, par. 2).

Enfin, de 1842 au milieu du 20ème siècle, de nouveaux métissages se produisent entre colons et Montagnais.

Selon Rousseau, les individus d'ascendances mixtes ne formeront pas toutefois un groupe tiers évoluant entre les communautés coloniales et montagnaises, "ils iront intégrer l'une ou l'autre de ces communautés" (p. 101, par. 3).

Rousseau écrit : le nombre très restreint d'hommes qualifiés de "Métis" (3 au total) et/ou de "gens libres" (8 au total), dans le recensement de 1839 par Isidore Doucet, "nous place alors bien loin de l'atteinte d'une masse critique d'individus d'origine mixte et de l'enclenchement d'un phénomène d'ethnogenèse métisse externe aux Indiens" (p. 105, paragraphe 7).

Rousseau reprend donc à son tour "la théorie de la masse critique" développée par Warren mais ignorée par la CSC, afin de conclure à l'inexistence d'une communauté métisse dans le Domaine/Mingan et ce, bien que tous les nouveaux Sauvages y soient métissés...

Bref, les individus métissés ont absorbé les Métis !

C

C

C