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**

No 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 pêcherie, 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 pêcherie 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 (no 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, no 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, no 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

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*?

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.

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).

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

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.

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

*La Cour provinciale*, [1991] 3 C.N.L.R. 155

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

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

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.

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.

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.

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

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.

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*

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*?

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.

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.

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.

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.

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».

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.

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*

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.]

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.

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)*

Je vais maintenant analyser l’objet du par. 35(1).

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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).

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.]

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.

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.

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 appartenaient 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.

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.

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».

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* (9e 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.

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* (2e 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.

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).

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)*

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.

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.

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.

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*

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

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.

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

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.

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 «commercialement» 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 «commercialement» 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.

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.

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

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 faisaient[[1]](#footnote-1)\* de la société ce qu’elle était.

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).

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.

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.

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

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.

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.

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.

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).

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.

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.

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».

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

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

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

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

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.

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

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

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.

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*

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.

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.

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.

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 pêcherie 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 pêcherie, en l’occurrence la coutume d’échanger du poisson contre de l’argent ou d’autres biens.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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*

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

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.

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

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*.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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 pêcherie 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.

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.

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?

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

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.

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.

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.

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).

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, no 1, a cristallisé cette tradition du pouvoir impérial britannique (qui s’est appliquée soit directement, soit après la capitulation de la France).

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.

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* (3e 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).

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.

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.

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*, 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).

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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, *Sikyea 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.

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.

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*

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.

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 réglementer 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*.

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.).

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.

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.

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.

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.

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.

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).

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.).

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.

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.

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’expliciter 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

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.

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 (no 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».

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.

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.

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.

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.

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.]

Le coeur 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*

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.

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 «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.

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* (9e 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.

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.

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.

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*.

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.

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.

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.

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. 2*b*) de la *Charte* permettra d’illustrer cette position. L’alinéa 2*b*) 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.

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).

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.

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).

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.

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*

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.

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.

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.

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 XVIIe 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.

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.

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.

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».

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.

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.

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.

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.

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.

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.]

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).

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.

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*

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.

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

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.

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.

Dans *Horseman*, notre Cour a examiné la portée du droit de chasse de la bande indienne de Horse Lakes en vertu du *Traité no 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’orignal 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 no 8* quand il a vendu la peau de l’ours.

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 no 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 no 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 no 8* en 1899, évolué au point où la chasse et la pêche commerciales faisaient «partie intégrante» de leur culture et de leur société.

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 no 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 no 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.

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 no 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.

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 no 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 no 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.

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 no 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).

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 Mme 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.

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.

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.

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.

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.

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.

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*.

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.

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

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.

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.]

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.

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 châtiment 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.]

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.

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.]

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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:

[traduction]

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.]

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.]

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.

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.]

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.

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.)

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.

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.

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.

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

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.

Le tout sans frais.

//*Le juge McLachlin*//

Version française des motifs rendus par

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, Mme 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.

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).

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?

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*?

Je vais d’abord examiner les principes applicables pour déterminer l’existence d’un droit ancestral.

(i)  Principes généraux d’interprétation

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.

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.

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 supplante 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).

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

La première étape consiste à déterminer quel est le droit ancestral revendiqué par Mme 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?

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.

Je suis aussi d’avis que la défense de Mme 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.

Cela dit, je vois peu d'intérêt à qualifier autrement que d’acte de commerce la vente de poisson faite par Mme 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.

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

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.

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.

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.

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 Mme 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.

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.

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

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.

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.

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.

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 «[l]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.

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 VIIe et VIIIe 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.

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.

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

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.

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).

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).

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»

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.

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 (3e 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.

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.

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.

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

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*.

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.

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

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.

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.]

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.

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.

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

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 dérivaient 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».

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.

Voilà ce qui ressort de la *Proclamation royale de 1763*, L.R.C. (1985), app. II, no 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.)

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.

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.)

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.

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).

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

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 pêcherie pour pourvoir à des besoins qui sont satisfaits par le commerce.

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 XIXe 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.

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.

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 établi 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?

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, Mme Van der Peet a établi que les Sto:lo possèdent un tel droit.

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.

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.

Pour ces motifs, je conclus que la vente du poisson par Mme 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*?

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.

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.

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.

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 . . .

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.

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* (3e 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.

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*.

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.

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.

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.

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?

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.

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. Quoi qu’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.

La question qui se pose en l’espèce est de savoir si le régime de réglementation en vertu duquel Mme 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.

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.

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 Mme Van der Peet de pêcher à des fins de subsistance est‑elle justifiée?

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.

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.

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).

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.]

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.

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*.

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*.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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 assujetti 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.

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.

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, no 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.

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.

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.

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).

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 déniant sommairement un aspect important de l’exercice de ce droit.

4.  Conclusion

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.*

1. \* Voir Errata [2011] 3 R.C.S. iv [↑](#footnote-ref-1)