



COUR SUPRÊME DU CANADA

RÉFÉRENCE : R. c. Desautel, 2021 CSC
17

APPEL ENTENDU : 8 octobre
2020

JUGEMENT RENDU : 23 avril
2021

DOSSIER : 38734

ENTRE :

Sa Majesté la Reine
Appelante

et

Richard Lee Desautel
Intimé

- et -

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta, procureur général du Territoire du Yukon, Nation Peskotomuhkati, Indigenous Bar Association in Canada, Whitecap Dakota First Nation, Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee), Gouvernement de la nation crie, Okanagan Nation Alliance, Mohawk Council of Kahnawà:ke, Assemblée des Premières Nations, Ralliement national des Métis, Fédération Métisse du Manitoba, Première Nation Nuchatlaht, Congrès des peuples autochtones, Lummi Nation et Métis Nation British Columbia
Intervenants

TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE

CORAM : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et Kasirer

MOTIFS DE JUGEMENT :
(par. 1 à 93)

Le juge Rowe (avec l'accord du juge en chef Wagner et des juges Abella, Karakatsanis, Brown, Martin et Kasirer)

MOTIFS DISSIDENTS :
(par. 94 à 142)

La juge Côté

MOTIFS DISSIDENTS :
(par. 143)

Le juge Moldaver

NOTE : Ce document fera l'objet de retouches de forme avant la parution de sa version définitive dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada*.

R. c. DESAUTEL

Sa Majesté la Reine

Appelante

c.

Richard Lee Desautel

Intimé

et

**Procureur général du Canada,
procureur général de l'Ontario,
procureur général du Québec,
procureur général du Nouveau-Brunswick,
procureur général de la Saskatchewan,
procureur général de l'Alberta,
procureur général du Territoire du Yukon,
Nation Peskotomuhkati,
Indigenous Bar Association in Canada,
Whitecap Dakota First Nation,
Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee),
Gouvernement de la nation crie,
Okanagan Nation Alliance,
Mohawk Council of Kahnawà:ke,
Assemblée des Premières Nations,
Ralliement national des Métis,
Fédération Métisse du Manitoba,
Première Nation Nuchatlaht,
Congrès des peuples autochtones,
Lummi Nation et
Métis Nation British Columbia**

Intervenants

Répertoire : R. c. Desautel

2021 CSC 17

N° du greffe : 38734.

2020 : 8 octobre; 2021 : 23 avril.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et Kasirer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Peuples autochtones — Droits ancestraux — Chasse — Citoyen et résident des États-Unis accusé en application de la loi provinciale sur la faune d'avoir chassé sans permis en Colombie-Britannique alors qu'il n'est pas résident de la province — Défense contre les accusations fondée sur son droit ancestral, protégé par la Constitution, de chasser sur le territoire traditionnel de ses ancêtres — Un peuple autochtone se trouvant à l'extérieur du Canada peut-il faire valoir des droits ancestraux en vertu de la Constitution canadienne? — Si oui, la loi provinciale sur la faune est-elle inopérante en raison du droit ancestral? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).

En octobre 2010, D, un citoyen et résident des États-Unis d'Amérique, a abattu un wapiti femelle en Colombie-Britannique. Il a été accusé d'avoir chassé sans permis, en contravention du par. 11(1) de la *Wildlife Act* de la Colombie-Britannique, et d'avoir chassé le gros gibier sans être résident de la province, en contravention de

l'al. 47(a) de cette loi. D s'est défendu en invoquant son droit ancestral de chasser, protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, puisqu'il est membre de la Lakes Tribe des Tribus confédérées de la réserve indienne de Colville, établie dans l'État de Washington, un groupe successeur du peuple Sinixt, et qu'il a abattu le wapiti sur le territoire ancestral des Sinixt en Colombie-Britannique.

Lors du procès, l'année 1811 a été retenue comme date du premier contact entre les Sinixt et les Européens. À cette époque, les Sinixt pratiquaient la chasse, la pêche et la cueillette sur leur territoire ancestral, qui s'étendait au sud dans ce qui est maintenant l'État de Washington, et au nord dans ce qui est maintenant la Colombie-Britannique. Jusqu'aux alentours de 1870, les Sinixt ont poursuivi leurs activités dans la partie nord de leur territoire, située au Canada. Au fil du temps, une myriade de facteurs a incité les Sinixt à se déplacer vers les États-Unis. La juge de première instance n'a pas conclu que leur déplacement était volontaire. Jusqu'en 1930, les membres de la Lakes Tribe ont continué à chasser en Colombie-Britannique, bien qu'ils vivaient dans l'État de Washington. À compter de 1930, malgré les périodes pendant lesquelles il n'y a pas eu de chasse, la Lakes Tribe a continué d'avoir un lien avec le territoire où ses ancêtres chassaient en Colombie-Britannique.

La juge de première instance a conclu que D était membre de la Lakes Tribe et que les droits des Sinixt continuaient à être exercés par la Lakes Tribe. Elle a appliqué le critère applicable aux droits ancestraux énoncé dans l'arrêt *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, et a conclu que D exerçait un droit ancestral de chasser à

des fins alimentaires, sociales et rituelles garanti par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le droit ancestral de D a continué d'exister et il était protégé par le par. 35(1), malgré le départ de la Lakes Tribe de la partie canadienne de son territoire traditionnel et malgré une période d'inactivité dans l'exercice de ce droit. Selon la juge de première instance, la *Wildlife Act* portait atteinte à ce droit, et cette atteinte n'était pas justifiée. D a été acquitté. Les deux appels subséquentement interjetés par la Couronne ont été rejetés. Cette dernière se pourvoit maintenant devant la Cour et soulève la question constitutionnelle de savoir si les dispositions pertinentes de la *Wildlife Act* sont inopérantes à l'égard de D, en raison d'un droit ancestral au sens du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Arrêt (les juges Moldaver et Côté sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté et la question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin et Kasirer : Des personnes qui ne sont pas des citoyens canadiens et qui ne résident pas au Canada peuvent exercer un droit ancestral protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Selon une interprétation téléologique du par. 35(1), l'expression « peuples autochtones du Canada » s'entend des successeurs contemporains des sociétés autochtones qui occupaient le territoire canadien à l'époque du contact avec les Européens, et il peut s'agir de groupes autochtones qui se trouvent aujourd'hui à l'extérieur du Canada. Puisque D est membre de la Lakes Tribe, qui est un successeur contemporain des Sinixt, et que la revendication de D satisfait au critère

de *Van der Peet* concernant l'existence d'un droit ancestral en vertu du par. 35(1), le par. 11(1) et l'al. 47(a) de la *Wildlife Act* sont inopérants à son égard.

Afin de faire valoir des droits protégés au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, un groupe autochtone doit faire partie des « peuples autochtones du Canada ». Il s'agit d'une question préliminaire, en ce sens que si un groupe n'est pas un peuple autochtone du Canada, il n'est pas nécessaire de passer au critère applicable aux droits ancestraux établi dans l'arrêt *Van der Peet*. Le par. 35(1) doit être interprété de manière téléologique. Un examen de la jurisprudence démontre que le par. 35(1) sert à reconnaître l'occupation antérieure du Canada par les sociétés autochtones, ainsi qu'à concilier leur existence contemporaine avec la souveraineté de la Couronne. Ces objectifs sont exprimés dans la structure théorique du droit des Autochtones, qui donne effet aux droits et aux relations qui découlent de l'occupation antérieure du Canada par les sociétés autochtones. Puisque la doctrine des droits ancestraux découle du simple fait de l'occupation antérieure, les peuples autochtones du Canada au sens du par. 35(1) sont les successeurs contemporains des sociétés autochtones qui ont occupé le territoire canadien au moment du contact avec les Européens, même s'ils se trouvent aujourd'hui à l'extérieur du Canada.

Une interprétation de l'expression « peuples autochtones du Canada » au par. 35(1) qui englobe les peuples autochtones qui étaient ici à l'arrivée des Européens et qui se sont déplacés ou qui ont été forcés de se déplacer ailleurs, ou à qui des frontières internationales ont été imposées, reflète l'objectif de réconciliation. En

revanche, une interprétation qui exclut les peuples autochtones qui ont été contraints de quitter le Canada risquerait de perpétuer l'injustice historique dont les peuples autochtones ont été victimes aux mains des Européens. Il convient aussi de souligner que le par. 35(1) n'a pas créé les droits ancestraux. Les pratiques, coutumes et traditions qui sous-tendent ces droits existaient avant 1982. Une interprétation du par. 35(1) qui limiterait sa portée aux peuples autochtones qui se trouvaient au Canada en 1982 ne rendrait pas compte de ce fait, en considérant le par. 35(1) comme la source des droits ancestraux.

Si la question préliminaire reçoit une réponse affirmative, on procède alors à l'analyse établie dans l'arrêt *Van der Peet*. Cette analyse est la même, que le groupe concerné se trouve au Canada ou à l'extérieur du Canada. Le fait que les droits ancestraux doivent être fondés sur l'existence d'une communauté historique toujours vivante, et que les revendicateurs actuels doivent démontrer l'existence d'un lien avec le groupe antérieur à l'affirmation de la souveraineté dont ils invoquent les pratiques vaut tant pour les groupes se trouvant à l'intérieur du Canada que pour les groupes autochtones se trouvant à l'extérieur du Canada. Il n'y a aucune exigence supplémentaire, pour les groupes se trouvant à l'extérieur du Canada, de reconnaissance par une communauté autochtone apparentée résidant au Canada. Cette exigence imposerait un fardeau plus lourd aux communautés autochtones qui cherchent à revendiquer des droits si le groupe s'est déplacé, a été forcé de déménager ou a été divisé à cause de la création d'une frontière internationale. Cela risquerait de définir les droits ancestraux d'une manière qui exclut certains des droits que cette disposition

visé à protéger. De plus, cette exigence occasionnerait une multitude de difficultés pratiques, telles que la question de savoir quel groupe au Canada a son mot à dire dans la reconnaissance d'un demandeur se trouvant à l'extérieur du Canada lorsqu'il existe des groupes concurrents, quel organisme peut représenter une communauté résidant au Canada, et quelles sont les conséquences de l'absence d'une communauté contemporaine apparentée résidant au Canada.

Selon la démarche de l'arrêt *Van der Peet*, les tribunaux doivent déterminer, à partir des actes de procédure et de la preuve, la nature exacte du droit ancestral revendiqué, déterminer si le demandeur a établi l'existence de la pratique, tradition ou coutume précontact en question et le fait que cette pratique, tradition ou coutume faisait partie intégrante de la culture distinctive de la société avant son contact avec les Européens, et déterminer si le droit contemporain revendiqué est manifestement lié à la pratique précontact et raisonnablement considéré comme le prolongement de cette pratique. La continuité est pertinente tant à la deuxième qu'à la troisième étape de l'analyse retenue dans l'arrêt *Van der Peet*. À la deuxième étape, le fait de démontrer qu'une pratique fait partie intégrante de la culture actuelle du demandeur, et qu'elle s'inscrit dans la continuité de la culture antérieure au contact, peut être considéré comme une preuve que cette pratique faisait partie intégrante de la culture du demandeur avant le contact. À la troisième étape, il s'agit de déterminer si la pratique contemporaine dont on soutient qu'elle constitue l'exercice d'un droit ancestral est liée à une pratique antérieure au contact et peut raisonnablement être considérée comme s'inscrivant dans la continuité de celle-ci. La continuité avec la

pratique antérieure au contact est nécessaire pour permettre à l'activité alléguée d'entrer dans le champ d'application du droit. Toutefois, le concept de continuité n'exige pas la preuve d'une continuité parfaite; il n'est pas exceptionnel qu'un droit cesse d'être exercé pendant un certain temps. L'examen de la continuité, tant à la deuxième qu'à la troisième étape, est un exercice hautement factuel. L'appréciation de la preuve présentée à l'appui de revendications autochtones relève généralement du juge de première instance, qui est le mieux placé pour apprécier la preuve et qui possède donc une grande latitude à cet égard.

En l'espèce, la question préliminaire reçoit une réponse affirmative. La juge de première instance a conclu que les Sinixt avaient occupé un territoire dans ce qui est aujourd'hui la Colombie-Britannique au moment du contact avec les Européens, et que la Lakes Tribe est un successeur contemporain des Sinixt. La migration de la Lakes Tribe de la Colombie-Britannique vers une autre partie de son territoire traditionnel dans l'État de Washington n'a pas fait perdre au groupe son identité ou son statut de successeur des Sinixt. En conséquence, la Lakes Tribe est un peuple autochtone du Canada. En ce qui a trait au critère de *Van der Peet*, la juge de première instance a ensuite conclu, sur la base des éléments de preuve, que la chasse à des fins alimentaires, sociales et rituelles sur le territoire traditionnel des Sinixt en Colombie-Britannique au moment du contact faisait partie intégrante de la culture distinctive des Sinixt. La juge de première instance a également conclu que la pratique contemporaine de la chasse sur ce territoire, telle que l'a exercée D, s'inscrit dans la continuité de la pratique précontact. Mises à part les périodes pendant lesquelles il n'y

a pas eu de chasse, il n'y a pas de grande différence entre la pratique précontact et la pratique contemporaine. Par conséquent, D exerçait un droit ancestral protégé par le par. 35(1).

La juge Côté (dissidente) : Il y a lieu d'accueillir le pourvoi et de répondre par la négative à la question constitutionnelle. La protection constitutionnelle des droits ancestraux prévue au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne s'étend pas à un groupe autochtone habitant à l'extérieur du Canada. Et même si c'était le cas, D ne peut démontrer qu'il exerçait un droit ancestral de chasse sur le territoire traditionnel des Sinixt en Colombie-Britannique, étant donné l'absence de continuité entre le droit revendiqué par le groupe contemporain et les pratiques du groupe qui existait avant le contact avec les Européens. Par conséquent, la revendication de D doit être rejetée et il ne devrait pas être soustrait à l'application des dispositions de la *Wildlife Act* en vertu desquelles il a été accusé. Il y a lieu d'inscrire un verdict de culpabilité pour les deux chefs d'accusation de chasse sans permis et de chasse du gros gibier alors que D n'était pas résident, et de renvoyer l'affaire au tribunal de première instance pour qu'il détermine la peine.

Pour avoir droit à la protection du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les successeurs contemporains des sociétés autochtones qui occupaient le territoire canadien à l'époque du contact avec les Européens ne peuvent habiter nulle part ailleurs qu'au Canada. La conclusion des juges majoritaires portant que la protection constitutionnelle des droits ancestraux prévue au par. 35(1) s'étend à un

groupe autochtone habitant à l'extérieur du Canada va à l'encontre d'une analyse téléologique du par. 35(1), eu égard aux contextes linguistique, philosophique et historique propres à cette disposition. L'intention des rédacteurs était de protéger les droits des groupes autochtones qui sont membres de la société canadienne et qui y participent.

Premièrement, une analyse textuelle du par. 35(1) révèle l'importance du choix qu'ont fait les rédacteurs d'inclure les mots « du Canada », plutôt que de ne pas qualifier l'expression « peuples autochtones ». Compte tenu de la présomption d'absence de tautologie, les mots « du Canada » ne peuvent être superflus. De plus, un libellé restrictif semblable, qui comporte une délimitation géographique, se trouve dans plusieurs dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Interpréter l'expression « peuples autochtones du Canada » de manière plus large serait en contradiction avec la présomption d'uniformité d'expression et irait à l'encontre de l'intention des rédacteurs. Deuxièmement, le contexte philosophique aide à expliquer pourquoi les notions de résidence et de citoyenneté ne sont pas mentionnées au par. 35(1), mais plutôt tenues pour acquises. En considérant que le par. 35(1) accorde une protection constitutionnelle spéciale à un segment de la société canadienne, la Cour a toujours interprété cette disposition comme comportant une condition de résidence ou de citoyenneté. L'objectif du par. 35(1) doit être interprété en fonction des intérêts qu'il vise à protéger, soit les peuples autochtones en tant que participants à part entière, avec les non-Autochtones, à une souveraineté canadienne partagée. Ainsi, les protections ne s'appliquent pas et ne peuvent s'appliquer aux groupes autochtones d'autres pays; on

ne saurait affirmer que ces groupes participent pleinement avec les autres Canadiens à leur gouvernance collective ni qu'ils contribuent à la diversité nationale du Canada. Troisièmement, les sources historiques ne démontrent pas qu'il ait été question à quelque moment que ce soit d'étendre les protections du par. 35(1) aux groupes autochtones étrangers. Les quelques sources qui donnent des indications sur le sens de l'expression « peuples autochtones du Canada » montrent une intention de limiter la protection constitutionnelle des droits ancestraux aux groupes habitant au Canada.

La conclusion selon laquelle l'édiction du par. 35(1) n'a pas eu pour effet de constitutionnaliser les droits ancestraux des collectivités situées à l'extérieur du Canada est également renforcée par les conséquences néfastes qu'entraînerait la conclusion contraire. D'abord, l'art. 35.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* emploie l'expression « peuples autochtones du Canada » pour énoncer l'obligation d'inviter les représentants de ces peuples à participer aux conférences constitutionnelles. Permettre aux groupes autochtones de l'extérieur du Canada de participer à la démocratie canadienne, comme l'exige l'art. 35.1, serait contraire au principe constitutionnel organisateur de démocratie et incompatible avec l'objectif du rapatriement. Ensuite, cette approche présenterait de nombreuses difficultés concernant l'obligation de consultation qui incombe à la Couronne. Le nombre de groupes à consulter, et à accommoder le cas échéant, augmenterait considérablement, et on peut s'attendre à ce que, dans certains cas, tenir compte des intérêts des titulaires de droits garantis au par. 35(1) hors du Canada aille à l'encontre des intérêts des titulaires de droits garantis au par. 35(1) du Canada. Troisièmement, conclure que les groupes autochtones hors du

Canada sont des « peuples autochtones du Canada » signifie que ces groupes pourraient, en principe, détenir un titre ancestral protégé par la Constitution sur des terres canadiennes. Il serait étonnant qu'un groupe étranger puisse détenir un titre protégé par la Constitution sur un territoire canadien. Les rédacteurs du par. 35(1) n'auraient pas pu souhaiter pareilles conséquences néfastes.

En l'espèce, la Lakes Tribe se trouve entièrement aux États-Unis. Puisque D n'appartient pas à une collectivité qui fait partie des « peuples autochtones du Canada », il ne peut exercer un droit ancestral — protégé par la Constitution — de chasser en Colombie-Britannique. Et même s'il était souscrit à la conclusion des juges majoritaires selon laquelle l'expression « peuples autochtones du Canada » englobe les groupes habitant à l'extérieur du Canada, il y a désaccord quant à son application du test de l'arrêt *Van der Peet* à la revendication présentée par D. Ce test ne protège que les pratiques contemporaines qui ont un degré raisonnable de continuité avec les pratiques antérieures au contact avec les Européens. Bien que le test n'impose pas une continuité parfaite, et bien que la continuité doive être interprétée avec souplesse, une telle souplesse a ses limites. Bien que des hiatus temporels n'empêchent pas forcément l'établissement d'un droit ancestral, le défaut de présenter suffisamment de preuve pour démontrer, à tout le moins, qu'un lien avec la pratique historique a été maintenu durant ces hiatus temporels peut être fatal. Il n'existe aucune preuve directe que la Lakes Tribe se soit adonnée à quoi que ce soit qui puisse être considéré comme une pratique moderne de la chasse en Colombie-Britannique après 1930. Rien ne permettait à la juge de première instance de tirer une inférence de continuité; et étant donné l'absence

prolongée et non justifiée de la Lakes Tribe en Colombie-Britannique entre 1930 et 2010, la continuité n'est pas établie. Comme il n'y avait rien en 1982 qui pouvait recevoir la protection donnée par le par. 35(1), la revendication de D doit être rejetée.

Le juge Moldaver (dissident) : Même à supposer que les juges majoritaires aient raison de statuer qu'en tant que membre d'une communauté autochtone se trouvant à l'extérieur du Canada, D peut revendiquer la protection constitutionnelle offerte par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il y a accord avec la juge Côté pour dire qu'en l'espèce, D ne s'est pas acquitté du fardeau d'établir l'élément de continuité de sa revendication, en fonction du critère relatif aux droits ancestraux établi dans l'arrêt *Van der Peet*. Il y a donc lieu d'accueillir le pourvoi pour ce motif et d'imposer la mesure de redressement décrite par la juge Côté.

Jurisprudence

Citée par le juge Rowe

Arrêt appliqué : *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; **distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207; **arrêts mentionnés :** *Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *Province of Ontario c. Dominion of*

Canada and Province of Quebec (1895), 25 R.C.S. 434; *Ontario Mining Co. c. Seybold* (1901), 32 R.C.S. 1; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *R. c. Marshall*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103; *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, [2018] 2 R.C.S. 765; *Terre-Neuve-et-Labrador (Procureur général) c. Uashaunnuat (Innu de Uashat et de Mani-Utenam)*, 2020 CSC 4; *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *The Queen c. The Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [1981] 4 C.N.L.R. 86; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627; *R. c. Poulin*, 2019 CSC 47; *Frank c. La Reine*, [1978] R.C.S. 95; *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257; *R. c. Shipman*, 2007 ONCA 338, 85 O.R. (3d) 585; *R. c. Meshake*, 2007 ONCA 337, 85 O.R. (3d) 575; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; *Hwlitsum First Nation c. Canada (Attorney General)*, 2018 BCCA 276, 15 B.C.L.R. (6th) 91; *Campbell c. British Columbia (Minister of Forests and Range)*, 2011 BCSC 448, [2011] 3 C.N.L.R. 151;

Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; *Native Council of Nova Scotia c. Canada (Attorney General)*, 2008 CAF 113, [2008] 3 C.N.L.R. 286; *Mississaugas of Scucog Island First Nation c. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW-Canada), Local 444*, 2007 ONCA 814, 88 O.R. (3d) 583; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *First Nation of Nacho Nyak Dun c. Yukon*, 2017 CSC 58, [2017] 2 R.C.S. 576; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533; *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069.

Citée par la juge Côté (dissidente)

Mitchell c. M.R.N., 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Blais*, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, [2018] 2 R.C.S. 765; *Caron c. Alberta*, 2015 CSC 56, [2015] 3 R.C.S. 511; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 41; *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715; *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473; *Beckman c.*

Première nation de Little Salmon/Carmacks, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Poulin*, 2019 CSC 47; *R. c. Stillman*, 2019 CSC 40; *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257; *Campbell c. British Columbia (Minister of Forests and Range)*, 2011 BCSC 448, [2011] 3 C.N.L.R. 151; *Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535; *Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386.

Citée par le juge Moldaver (dissident)

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

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 25.

Game Protection Amendment Act, 1896, S.B.C., c. 22.

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

Loi constitutionnelle de 1982, art. 3, 6, 16, 20, 21, 23, 32, 35, 35.1, 36, 37, 37.1.

Convention sur le transfert des ressources naturelles (Alberta) [annexe 2 de la *Loi constitutionnelle de 1930*, L.R.C. 1985, app. II, n° 26], par. 10 et 12.

Convention sur le transfert des ressources naturelles (Manitoba) [annexe 1 de la *Loi constitutionnelle de 1930*, L.R.C. 1985, app. II, n° 26], par. 11 et 13.

Convention sur le transfert des ressources naturelles (Saskatchewan) [annexe 3 de la *Loi constitutionnelle de 1930*, L.R.C. 1985, app. II, n° 26], par. 10 et 12.

Proclamation royale (1763) (G.-B.), 3 Geo. 3 [reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 1].

Wildlife Act, R.S.B.C. 1996, c. 488, art. 11(1), 47a).

Traités et ententes

Entente définitive de la Première Nation de Kluane (2003), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3.

Entente définitive de la Première Nation de Little Salmon/Carmacks (1997), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3.

Entente définitive de la Première Nation de Selkirk (1997), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3.

Entente définitive de la Première nation des Carcross/Tagish (2005), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3.

Entente définitive de la Première Nation des Gwitchin Vuntut (1993), vol 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3.

Entente définitive de la Première Nation des Kwanlin Dun (2005), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3.

Entente définitive de la Première Nation des Nacho Nyak Dun (1993), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3.

Entente définitive des Premières Nations de Champagne et de Aishihik (1993), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3.

Entente définitive des Tr'ondëk Hwëch'in (1998), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3.

Entente définitive du conseil des Ta'an Kwach'an (2002), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3.

Entente définitive du conseil des Tlingits de Teslin (1993), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3.

Entente sur la revendication territoriale globale des Dénés et Métis du Sahtu (1993), vol. 1, c. 4.

Entente sur la revendication territoriale globale des Gwich'in (1992), vol. 1, c. 4.

Doctrine et autres documents cités

- Borrows, John. « Creating an Indigenous Legal Community » (2005), 50 *R.D. McGill* 153.
- Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.
- Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 1, *Un passé, un avenir*, Ottawa, La Commission, 1996.
- Canada. Sénat et Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, n^o 3, 1^{re} sess., 32^e lég., 12 novembre 1980, p. 84.
- Canada. Sénat et Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, n^o 4, 1^{re} sess., 32^e lég., 13 novembre 1980, p. 13.
- Canada. Sénat et Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, n^o 12, 1^{re} sess., 32^e lég., 25 novembre 1980, p. 60.
- Canada. Sénat et Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, n^o 16, 1^{re} sess., 32^e lég., 1^{er} décembre 1980, p. 13.
- Canada. Sénat et Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, n^o 17, 1^{re} sess., 32^e lég., 2 décembre 1980, p. 97.
- Chartrand, Paul L. A. H. « Background », in Paul L. A. H. Chartrand, ed., *Who are Canada's Aboriginal Peoples? Recognition, Definition, and Jurisdiction*, Saskatoon, Purich Publishing, 2002, 27.
- Dionne, Paul. « La reconnaissance et la définition contemporaines des droits ancestraux : négocier ou s'adresser au juge? », dans Ghislain Otis, dir., *Droit, territoire et gouvernance des peuples autochtones*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2002, 71.
- Grammond, Sébastien. *Aménager la coexistence : Les peuples autochtones et le droit canadien*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003.
- Groves, Robert K. « The Curious Instance of the Irregular Band : A Case Study of Canada's Missing Recognition Policy » (2007), 70 *Sask. L.R.* 153.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 5th ed., Supp., Toronto, Thomson Reuters, 2007 (updated 2019, release 1).

- McNeil, Kent. « Continuity of Aboriginal Rights », in Kerry Wilkins, ed., *Advancing Aboriginal Claims : Visions/Strategies/Directions*, Saskatoon, Purich Publishing, 2004, 127.
- Ogden, Richard. « “Existing” Aboriginal Rights in Section 35 of the *Constitution Act, 1982* » (2009), 88 *R. du B. can.* 51.
- Olthuis, Brent. « The Constitution’s Peoples : Approaching Community in the Context of Section 35 of the *Constitution Act, 1982* » (2009), 54 *R.D. McGill* 1.
- Otis, Ghislain. « Le titre aborigène : émergence d’une figure nouvelle et durable du foncier autochtone? » (2005), 46 *C. de D.* 795.
- Romanow, Roy. « Aboriginal Rights in the Constitutional Process », in Menno Boldt and J. Anthony Long, eds., in association with Leroy Little Bear, *The Quest for Justice : Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1985, 73.
- Slattery, Brian. « Aboriginal Rights and the Honour of the Crown » (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 434.
- Stroud’s Judicial Dictionary of Words and Phrases*, vol. 2, *F-O*, 10th ed. by Daniel Greenberg, London, Thomson Reuters, 2020, « of ».
- Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed., Toronto, Irwin Law, 2016.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
- Walters, Mark D. « The “Golden Thread” of Continuity : Aboriginal Customs at Common Law and Under the *Constitution Act, 1982* » (1999), 44 *R.D. McGill* 711.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Smith, Willcock et Fitch), 2019 BCCA 151, [2020] 2 W.W.R. 191, [2019] 4 C.N.L.R. 217, 24 B.C.L.R. (6th) 48, 433 D.L.R. (4th) 544, [2019] B.C.J. No. 755 (QL), 2019 CarswellBC 1146 (WL Can.), qui a confirmé la décision du juge Sewell, 2017 BCSC 2389, [2018] 1 C.N.L.R. 135, [2017] B.C.J. No. 2665 (QL), 2017 CarswellBC 3648 (WL Can.), qui a confirmé les acquittements prononcés par la juge Mrozinski de

la Cour provinciale, 2017 BCPC 84, [2018] 1 C.N.L.R. 97, [2017] B.C.J. No. 558 (QL), 2017 CarswellBC 769 (WL Can.). Pourvoi rejeté, les juges Moldaver et Côté sont dissidents.

Glen R. Thompson et Heather Cochran, pour l'appelante.

Mark G. Underhill et Kate R. Phipps, pour l'intimé.

Christopher Rupar, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Manizeh Fancy, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Tania Clercq, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Rachelle Standing, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Richard James Fyfe, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Angela Edgington, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Argumentation écrite seulement par *Elaine Cairns et Katie Mercier*, pour l'intervenant le procureur général du Territoire du Yukon.

Paul Williams, pour l'intervenante la Nation Peskotomuhkati.

Bruce McIvor, pour l'intervenante Indigenous Bar Association in Canada.

Maxime Faille, pour l'intervenante Whitecap Dakota First Nation.

Jessica Orkin, pour les intervenants le Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee) et le Gouvernement de la nation crie.

Rosanne Kyle, pour l'intervenante Okanagan Nation Alliance.

Francis Walsh, pour l'intervenant Mohawk Council of Kahnawà:ke.

Julie McGregor, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

Kathy L. Hodgson-Smith, pour les intervenants le Ralliement national des Métis et la Fédération Métisse du Manitoba.

Jack Woodward, c.r., pour l'intervenante la Première Nation Nuchatlaht.

Andrew Lokan, pour l'intervenant le Congrès des peuples autochtones.

John W. Gailus, pour l'intervenante Lummi Nation.

Thomas Isaac, pour l'intervenante Métis Nation British Columbia.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin et Kasirer rendu par

LE JUGE ROWE —

[1] Richard Lee Desautel est entré légalement au Canada en provenance des États-Unis d'Amérique. Il a abattu un wapiti en contravention des règles provinciales sur la faune, et a informé les autorités provinciales de ce fait. Comme il s'y attendait, il a été inculpé pour cet acte. Il s'est défendu en invoquant son droit ancestral de chasser le wapiti, droit protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il s'agit donc d'une cause type, la question principale étant de savoir si des personnes qui ne sont pas des citoyens canadiens et qui ne résident pas au Canada peuvent exercer un droit ancestral protégé par le par. 35(1). Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que oui. Selon une interprétation téléologique du par. 35(1), la portée de l'expression « peuples autochtones du Canada » est claire : elle doit s'entendre des successeurs contemporains des sociétés autochtones qui occupaient le territoire canadien à l'époque du contact avec les Européens.

[2] En plus d'être d'accord avec M. Desautel sur cette question principale, je ferai peu de commentaires sur ce que cela signifie pour l'exercice des droits protégés par le par. 35(1), et ce, pour deux raisons. Premièrement, il est préférable de résoudre les questions de droit dans les cas où il y a un différend qui exige une réponse à ces

questions. Et, deuxièmement, la défense d'une poursuite pour une infraction à la réglementation provinciale, bien qu'elle puisse servir de cause type (comme en l'espèce), se prête mal au traitement des questions plus générales de cette nature. Il vaut mieux traiter ces questions dans le cadre d'une action exposant le droit revendiqué, avec un dossier de preuve étoffé, et demandant un jugement déclaratoire. Je reviendrai sur ces questions vers la fin de mes motifs.

I. Contexte

[3] Le 14 octobre 2010, M. Desautel a abattu un wapiti femelle près de Castlegar, en Colombie-Britannique. Il a été accusé d'avoir chassé sans permis, en contravention du par. 11(1) de la *Wildlife Act*, R.S.B.C. 1996, c. 488, et d'avoir chassé le gros gibier sans être résident, en contravention de l'al. 47(a) de la *Wildlife Act*. Il n'avait pas de permis et ne résidait pas en Colombie-Britannique. Monsieur Desautel est citoyen des États-Unis, et résident d'Ichelium, dans l'État de Washington. Monsieur Desautel a admis l'*actus reus* des infractions, mais a invoqué comme moyen de défense qu'il exerçait son droit ancestral de chasser sur le territoire traditionnel de ses ancêtres Sinixt, droit protégé par le par. 35(1).

[4] Monsieur Desautel est membre de la Lakes Tribe des Tribus confédérées de la réserve indienne de Colville, établie dans l'État de Washington aux États-Unis, un groupe successeur du peuple Sinixt. Lors du procès, l'année 1811 a été retenue comme date du premier contact entre les Sinixt et les Européens. À cette époque, les Sinixt pratiquaient la chasse, la pêche et la cueillette de façon saisonnière, se déplaçant

principalement en canoë sur leur territoire ancestral. Ce territoire s'étendait au sud jusqu'à une île située juste au-dessus de Kettle Falls, dans ce qui est maintenant l'État de Washington, et aussi au nord que le grand coude du fleuve Columbia, au nord de Revelstoke dans ce qui est maintenant la Colombie-Britannique. L'endroit où M. Desautel a abattu le wapiti en octobre 2010 se trouvait sur le territoire ancestral des Sinixt.

[5] Au cours de la seconde moitié du XIX^e siècle, les Sinixt se sont progressivement déplacés pour occuper à plein temps la partie sud de leur territoire, soit celle qui se trouve aux États-Unis. Jusqu'aux alentours de l'année 1870, les Sinixt ont poursuivi leurs activités saisonnières dans la partie nord de leur territoire, située au Canada. Au fil du temps, une [TRADUCTION] « myriade de facteurs » a incité les Sinixt à se déplacer vers les États-Unis (2017 BCPC 84, [2018] 1 C.N.L.R. 97, par. 110). En 1872, un certain nombre des Sinixt vivaient en majeure partie dans l'État de Washington. La juge de première instance n'a pas conclu que les Sinixt avaient été contraints [TRADUCTION] « à la pointe du fusil » de quitter le Canada (par. 101), mais elle n'a pas non plus conclu que leur déplacement était volontaire, puisque la Lakes Tribe n'a jamais renoncé à sa revendication sur son territoire traditionnel au Canada. Les éléments de preuve ont clairement démontré que jusqu'en 1930, les membres de la Lakes Tribe ont continué à chasser en Colombie-Britannique, bien qu'ils aient vécu dans la réserve de Colville, dans l'État de Washington, et en dépit de la création d'une frontière internationale par le Traité de l'Oregon de 1846 ainsi que de l'interdiction pour eux de chasser en Colombie-Britannique par la loi intitulée *Game Protection*

Amendment Act, 1896, S.B.C., c. 22. De 1930 à 1972, il y a peut-être eu une période d'inactivité. Toutefois, comme cela a été constaté au procès, la Lakes Tribe continue d'avoir un lien avec le territoire où ses ancêtres chassaient en Colombie-Britannique.

[6] Pendant ce temps, le nombre de Sinixt qui sont restés au Canada était faible. En 1902, seuls 21 Sinixt vivaient encore sur leur territoire traditionnel au Canada, dans la réserve de la bande des lacs Arrow. En 1930, une seule personne figurait encore dans les registres de la bande des lacs Arrow, et après sa mort en 1956, le gouvernement du Canada a déclaré cette bande éteinte, et les terres de la réserve ont été restituées à la Couronne provinciale.

II. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour provinciale de la Colombie-Britannique, 2017 BCPC 84, [2018] 1 C.N.L.R. 97 (juge Mrozinski)*

[7] La juge de première instance a conclu que M. Desautel est sans aucun doute membre de la Lakes Tribe, et elle considérait cette dernière comme un groupe successeur évident des Sinixt, de sorte que les droits collectifs des Sinixt pouvaient continuer à être exercés par la Lakes Tribe. La juge de première instance a appliqué le critère que la Cour a énoncé dans l'arrêt *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S 507. Elle a conclu que M. Desautel exerçait un droit ancestral de chasser à des fins alimentaires, sociales et rituelles garanti par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[8] Malgré le départ de la Lakes Tribe de la partie nord de son territoire traditionnel, ses membres sont restés liés à cette région géographique. La preuve a démontré que le territoire et les traditions n'ont pas été oubliés, et que le lien avec ce territoire était toujours présent dans l'esprit des membres de la Lakes Tribe. La juge de première instance a conclu que l'exigence de continuité était remplie, malgré une période d'inactivité entre 1930 et 1972, car il n'est pas nécessaire de fournir la « preuve d'une continuité parfaite » (*Van der Peet*, par. 65).

[9] En outre, la juge de première instance a décidé qu'il n'était pas nécessaire de définir le droit ancestral comme incluant un droit de circulation, si bien qu'aucun problème d'incompatibilité avec la souveraineté ne se posait. Le droit ancestral de M. Desautel a continué d'exister et il était protégé par le par. 35(1). Selon la juge de première instance, les dispositions de la *Wildlife Act* portaient atteinte à ce droit, et cette atteinte n'était pas justifiée. Monsieur Desautel a été acquitté.

B. *Cour supérieure de la Colombie-Britannique, 2017 BCSC 2389, [2018] 1 C.N.L.R. 135 (juge Sewell)*

[10] L'appel a été rejeté. Le juge d'appel des poursuites sommaires a conclu que les Sinixt constituent le groupe concerné, et que les membres de la Lakes Tribe d'aujourd'hui sont en droit de faire valoir les droits ancestraux détenus par les Sinixt, compte tenu des pratiques qui faisaient partie de leur culture distinctive au moment du contact avec les Européens sur leur territoire traditionnel en Colombie-Britannique. D'après le juge d'appel des poursuites sommaires, l'expression « peuples autochtones

du Canada » au par. 35(1) doit être interprétée de manière téléologique, et elle désigne les peuples autochtones qui, avant le contact, occupaient ce qui est devenu le Canada. Par conséquent, les membres contemporains des Sinixt ne sont pas empêchés de faire valoir des droits au titre du par. 35(1) du seul fait qu'ils vivent maintenant aux États-Unis. Cette interprétation du par. 35(1) est conforme à l'objectif de réconciliation. Pour établir un droit ancestral de chasse, M. Desautel devait satisfaire aux exigences du critère de l'arrêt *Van der Peet*. Le juge d'appel des poursuites sommaires a conclu que la juge de première instance n'avait commis aucune erreur dans l'application de ce critère.

[11] Par ailleurs, le juge d'appel des poursuites sommaires a conclu que le droit ancestral de chasse de M. Desautel n'est pas incompatible avec la souveraineté canadienne. Le fait que le gouvernement du Canada ait le droit de contrôler ses frontières n'est pas fatal à la revendication d'un droit ancestral de chasser au Canada par un groupe autochtone qui se trouve aux États-Unis. Monsieur Desautel n'a pas été accusé d'être entré illégalement au Canada, et rien ne prouve qu'on lui a refusé l'entrée. Contrairement au demandeur dans l'arrêt *Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911, M. Desautel ne revendiquait pas un droit ancestral de traverser la frontière.

C. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2019 BCCA 151, 24 B.C.L.R. (6th) 48 (les juges Smith, Willcock et Fitch)*

[12] L'appel de la Couronne a été rejeté. Sur la base d'une interprétation téléologique, la Cour d'appel a conclu qu'un groupe autochtone qui ne réside pas au

Canada et dont les membres ne sont ni résidents ni citoyens du Canada peut revendiquer des droits constitutionnels en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait une présence actuelle de la communauté dans la région géographique où le droit revendiqué est exercé. En l'espèce, la Cour d'appel a conclu que la communauté historique concernée est le peuple Sinixt, et que la Lakes Tribe est un groupe contemporain descendant de ce peuple. La conclusion de la juge de première instance selon laquelle la continuité n'avait pas été interrompue commande la déférence. D'après la Cour d'appel, le critère de l'arrêt *Van der Peet* n'exige pas que le demandeur soit membre d'une communauté autochtone contemporaine qui habite présentement dans la région géographique où le droit a été historiquement exercé. Imposer une telle exigence ne tiendrait pas compte de la perspective autochtone, des réalités de la colonisation et du déplacement, ainsi que de l'objectif de réconciliation. La Cour d'appel a conclu que les droits de la communauté de M. Desautel de chasser sur leurs terres ancestrales en Colombie-Britannique n'ont jamais été volontairement cédés, abandonnés ou éteints. Par conséquent, M. Desautel a un droit ancestral de chasser en Colombie-Britannique.

[13] Par ailleurs, il a été conclu que les considérations pratiques relatives à l'élargissement de l'obligation du Canada de consulter les groupes autochtones des États-Unis ne pouvaient pas empêcher une cour de reconnaître leurs droits inhérents. Enfin, la Cour d'appel a décidé qu'il n'était pas nécessaire d'examiner le droit de circulation accessoire de M. Desautel pour traverser la frontière et la compatibilité de

ce droit avec la souveraineté canadienne, car cette question n'a pas été abordée au procès et il n'était pas nécessaire de la régler pour statuer sur l'appel.

III. Question en litige

[14] L'appelante Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique (ci-après « la Couronne ») soulève la question constitutionnelle suivante :

[TRADUCTION]

Le par. 11(1) et l'al. 47(a) de la *Wildlife Act*, R.S.B.C. 1996, c. 488, tel qu'ils étaient rédigés en octobre 2010, sont-ils inopérants à l'égard de l'intimé, un membre de la Lakes Tribe des Tribus confédérées de la réserve indienne de Colville dans l'État de Washington, aux États-Unis d'Amérique, par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison d'un droit ancestral au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* invoqué par l'intimé?

(d.a., vol. I, p. 139)

[15] Pour répondre à cette question, la Cour doit déterminer si un peuple autochtone qui se trouve à l'extérieur du Canada peut faire valoir des droits protégés au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

IV. Arguments des parties

A. *L'appelante : Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique*

[16] La Couronne soutient principalement que M. Desautel ne peut faire valoir des droits ancestraux au titre du par. 35(1) parce que cette disposition vise uniquement les peuples autochtones qui se trouvent au Canada. Monsieur Desautel ne peut tout au plus que revendiquer un droit de chasse en common law, ce qui ne constituerait pas une défense contre les accusations de nature réglementaire portées contre lui. Selon la Couronne, le critère de l'arrêt *Van der Peet* pour la reconnaissance des droits visés au par. 35(1) exige une présence de la communauté contemporaine dans la région où le droit a été exercé historiquement. En l'espèce, la Lakes Tribe, un groupe habitant dans l'État de Washington, et non en Colombie-Britannique, serait la communauté contemporaine concernée. De plus, comme M. Desautel est un résident des États-Unis, l'exercice du droit de chasse en Colombie-Britannique implique nécessairement un droit de circulation accessoire pour traverser la frontière, ce qui est incompatible avec la souveraineté canadienne, et il en résulte que le droit ancestral garanti par le par. 35(1) que revendique M. Desautel n'a jamais existé.

B. *L'intimé : Monsieur Desautel*

[17] Monsieur Desautel soutient qu'il a un droit ancestral de chasser sur le territoire ancestral des Sinixt, la communauté contemporaine concernée, en Colombie-Britannique. Ce droit est protégé par le par. 35(1). Pour faire valoir des droits visés au par. 35(1), affirme-t-il, le seul critère auquel doit répondre un peuple autochtone est celui de l'arrêt *Van der Peet*. Par conséquent, il n'y a pas de question préliminaire distincte du critère élaboré par la Cour pour la reconnaissance des droits

ancestraux. D'ailleurs, le critère de *Van der Peet* n'a jamais imposé une obligation supplémentaire de continuité géographique. Le fait qu'un peuple autochtone soit uniquement établi à l'extérieur du Canada n'a aucune incidence sur la reconnaissance du droit à condition que les exigences du critère de *Van der Peet* soient remplies. Enfin, M. Desautel soutient qu'il n'y a pas de droit à la libre circulation en cause dans la présente affaire.

V. Analyse

A. *La portée du paragraphe 35(1)*

(1) La question préliminaire

[18] Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* est libellé comme suit :

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

The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

Il ressort du libellé du par. 35(1) que, pour relever de son champ d'application, un groupe autochtone doit être un « peupl[e] autochton[e] du Canada ». La question soulevée par le présent pourvoi est de savoir si un groupe dont les membres ne sont ni citoyens ni résidents canadiens peut remplir cette condition. Le libellé du par. 35(1)

n'apporte pas de réponse claire à cette question. Les mots « du Canada » peuvent avoir des significations différentes, car « du » peut être utilisé pour exprimer une gamme de relations différentes.

[19] La question de savoir si un groupe est un peuple autochtone du Canada diffère, du point de vue analytique, de celle de savoir si le groupe a un droit ancestral. La décision de la Cour dans *Van der Peet* portait sur cette dernière question. Elle a établi un critère pour déterminer si un groupe possède un droit ancestral, et non pour déterminer s'il est un peuple autochtone du Canada. Le critère de *Van der Peet* n'est donc pas, par lui-même, déterminant en l'espèce. Cela dit, les éléments de preuve pertinents quant à la question de savoir si un groupe possède un droit ancestral peuvent également être pertinents quant à la question de savoir si le groupe est un peuple autochtone du Canada.

[20] La question de savoir si un groupe est un peuple autochtone du Canada est une question préliminaire, en ce sens que si un groupe *n'est pas* un peuple autochtone du Canada, il n'est pas nécessaire de passer au critère de l'arrêt *Van der Peet*. Mais cette question préliminaire ne se pose pas dans tous les cas. Dans la plupart des cas, il ne fait aucun doute que le demandeur appartient à un peuple autochtone du Canada, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de répondre à la question préliminaire. Cette question préliminaire ne se posera probablement que s'il existe un doute, par exemple lorsque le groupe se trouve à l'extérieur du Canada. Elle ne doit pas être interprétée comme un

fardeau supplémentaire dont doivent s'acquitter les revendicateurs de droits dans tous les cas.

[21] Aucune décision antérieure de la Cour n'interprète la portée des mots « peuples autochtones du Canada » figurant au par. 35(1). Voilà ce que nous devons faire en l'espèce. Comme la Cour l'a maintes fois reconnu, le par. 35(1) doit être interprété de manière téléologique (*R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1106; *Van der Peet*, par. 21-22; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, par. 76).

[22] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis qu'une interprétation cohérente de la jurisprudence de la Cour relative au par. 35(1) exige que les groupes se trouvant à l'extérieur du Canada puissent être des peuples autochtones du Canada. Comme je l'expliquerai, les deux objectifs du par. 35(1) sont de reconnaître l'occupation antérieure du Canada par des sociétés organisées et autonomes, et de concilier leur existence contemporaine avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne sur elles. Ces objectifs se reflètent dans la structure de la théorie en matière de droits et de titres ancestraux, qui se penche d'abord sur les pratiques des groupes qui occupaient le territoire canadien avant le contact avec les Européens, la souveraineté ou le contrôle effectif, puis traduit ces pratiques en droits constitutionnels détenus par les groupes successeurs contemporains au sein de l'ordre juridique canadien. Les mêmes objectifs se reflètent dans le principe de l'honneur de la Couronne, selon lequel l'affirmation historique de la souveraineté de la Couronne sur les sociétés autochtones donne lieu à

des obligations permanentes envers leurs successeurs, dans le cadre d'un processus de réconciliation continu.

[23] Selon cette interprétation, la portée de l'expression « peuples autochtones du Canada » est claire : il doit s'agir des successeurs contemporains des sociétés autochtones qui occupaient le territoire canadien à l'époque du contact avec les Européens. Par conséquent, les groupes dont les membres ne sont ni citoyens ni résidents du Canada peuvent être des peuples autochtones du Canada.

(2) Une interprétation téléologique du paragraphe 35(1)

[24] L'occupation antérieure du territoire canadien par des sociétés autochtones organisées a été reconnue avant la promulgation du par. 35(1). Dans l'arrêt *Calder c. Procureur Général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, les demandeurs ont sollicité une déclaration de titre ancestral sur leur territoire traditionnel. Bien que la demande ait été rejetée, le juge Judson a décrit la source du titre ancestral dans des commentaires qui ont été cités à plusieurs reprises par la Cour : « 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 » (*Calder*, p. 328 (je souligne); voir aussi *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322, p. 340; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, p. 377-378). Ce point a été repris dans l'arrêt *Sparrow*, où la Cour a exposé le critère de la justification des atteintes aux droits ancestraux. En concluant que les Musqueam avaient un droit ancestral protégé par le par. 35(1), le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont fait

remarquer qu'ils « vivaient dans la région comme société organisée bien avant la venue des colons européens » (*Sparrow*, p. 1094 (je souligne)).

[25] Dans l'arrêt *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, la Cour a confirmé que le critère de l'arrêt *Sparrow* s'applique aux atteintes à des droits issus de traités. Pour parvenir à cette conclusion, le juge Cory s'est appuyé sur un deuxième thème de la jurisprudence antérieure à 1982. L'affirmation de la souveraineté de la Couronne sur les sociétés autochtones, selon lui, a donné lieu à une relation juridique particulière. « [L]es droits ancestraux et les droits issus de traités ont en commun un caractère *sui generis* particulier. [. . .] Dans chaque cas, l'honneur de la Couronne est en jeu dans le cadre de ses rapports avec les peuples autochtones » (*Badger*, par. 78 (je souligne; renvois omis)). Dans le contexte des traités, ce principe remonte aux motifs dissidents du juge Gwynne dans l'arrêt *Province of Ontario c. Dominion of Canada and Province of Quebec* (1895), 25 R.C.S. 434, p. 511-512; et dans *Ontario Mining Co. c. Seybold* (1901), 32 R.C.S. 1, p. 2.

[26] Ces deux thèmes ont été explicitement mis en évidence dans l'arrêt *Van der Peet*, où le juge en chef Lamer a établi le critère applicable aux droits ancestraux. Le juge en chef Lamer a d'abord souligné, au par. 30, que « 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 » (souligné dans l'original). Ensuite, il a écrit au par. 31 que 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 ». En résumé,

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. [par. 43]

[27] Les deux objectifs du par. 35(1) sont à la base du critère relatif aux droits ancestraux établi dans l'arrêt *Van der Peet*. La cour se penche d'abord sur les pratiques historiques des sociétés autochtones du Canada avant le contact et, ensuite, reconnaît ces pratiques comme des droits ancestraux détenus par leurs successeurs contemporains au sein de l'ordre juridique canadien : *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, par. 73; *Mitchell*, par. 12. Dans l'arrêt *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686, au par. 45, le juge Bastarache a expliqué que la doctrine des droits ancestraux « découle du simple fait de l'occupation antérieure des terres qui forment aujourd'hui le Canada ». Il a ajouté que « [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 » (par. 45, citant les motifs dissidents de la juge L'Heureux-Dubé dans *Van der Peet*, par. 159 (je souligne)).

[28] Le critère relatif au titre ancestral, qui est une variante du critère de l'arrêt *Van der Peet*, reflète les deux mêmes objectifs. Dans l'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, la Cour a expliqué que le titre ancestral a deux sources : premièrement, la possession du territoire par les Autochtones avant l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, et deuxièmement, « le rapport entre la common law et les régimes juridiques autochtones préexistants » (par. 114). Comme l'a expliqué le juge LeBel dans ses motifs concordants dans l'arrêt *R. c. Marshall*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220, par. 129 :

Comme tous les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le titre aborigène découle de la possession antérieure du territoire et de l'organisation sociale et des cultures distinctives antérieures du peuple autochtone habitant ce territoire. [. . .] Il provient de « l'occupation antérieure du Canada par les peuples autochtones » et du « rapport entre la common law et les régimes juridiques autochtones préexistants ». [Renvois omis.]

Le critère relatif au titre se réfère à l'occupation historique du territoire canadien par les sociétés autochtones au moment de la souveraineté de la Couronne, et reconnaît cette occupation comme un titre ancestral, qui « grève le titre sous-jacent de la Couronne » (*Delgamuukw*, par. 145), dans l'ordre juridique canadien.

[29] Les deux objectifs du par. 35(1) ont été réaffirmés dans l'arrêt *Mitchell* par la juge en chef McLachlin, qui a dit ce qui suit :

Bien avant que les Européens explorent l'Amérique du Nord et s'y installent, les peuples autochtones occupaient et utilisaient la plus grande partie de ce vaste territoire en sociétés organisées et distinctives possédant

leurs propres structures sociales et politiques. [. . .] Sa Majesté a affirmé sa souveraineté sur le territoire, et son titre sous-jacent à l'égard de ce territoire. [. . .] Cette affirmation de souveraineté a fait naître l'obligation de traiter les peuples autochtones de façon équitable et honorable, et de les protéger contre l'exploitation, une obligation qualifiée d'« obligation de fiduciaire » dans *Guerin*. [Je souligne, renvois omis; par. 9.]

[30] Dans la jurisprudence récente de la Cour, la relation spéciale entre les peuples autochtones et la Couronne a été formulée sous l'angle de l'honneur de la Couronne. Comme l'ont expliqué la juge en chef McLachlin et la juge Karakatsanis dans l'arrêt *Manitoba Metis*, au par. 67 :

Le principe de l'honneur de la Couronne reconnaît [. . .] les effets, sur les sociétés autochtones préexistantes, de la « surimposition des lois et coutumes européennes ». [. . .] Les peuples autochtones vivaient ici avant les Européens et ils n'ont jamais été conquis; ils ont néanmoins été assujettis à un système juridique qu'ils ne partageaient pas. Les traités historiques ont été élaborés dans ce cadre juridique étranger, en plus d'être négociés et rédigés dans une langue étrangère [. . .] L'honneur de la Couronne vient caractériser la « relation spéciale » qui découle de cette pratique coloniale. [Je souligne; renvois omis.]

Bien qu'il reconnaisse cet impact historique, le principe de l'honneur de la Couronne est également au cœur de l'objectif de réconciliation entre la Couronne et les peuples autochtones dans le cadre d'une « relation à long terme empreinte de respect mutuel » (*Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 10; voir aussi *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, [2018] 2 R.C.S. 765, par. 21, la juge Karakatsanis; et *Terre-Neuve-et-Labrador (Procureur général) c. Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam)*, 2020 CSC 4, par. 21 et 28, le juge en chef Wagner et les juges Abella

et Karakatsanis, et par. 207-208, les juges Brown et Rowe (dissidents)). L'honneur de la Couronne commande que les droits ancestraux soient déterminés et respectés, et peut obliger la Couronne à consulter les Autochtones et à trouver des accommodements à leurs intérêts pendant que le processus de négociation se poursuit (*Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 25; voir aussi *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550, par. 24). Ce principe requiert également que la Couronne agisse avec diligence pour s'acquitter de ses obligations constitutionnelles envers les peuples autochtones (*Manitoba Metis*, par. 75).

[31] Comme le démontre cet examen de la jurisprudence, le par. 35(1) sert à reconnaître l'occupation antérieure du Canada par les sociétés autochtones, ainsi qu'à concilier leur existence contemporaine avec la souveraineté de la Couronne. Ces objectifs sont exprimés dans la structure théorique du droit des Autochtones, qui donne effet aux droits et aux relations qui découlent de l'occupation antérieure du Canada par les sociétés autochtones. La réponse à notre question se trouve implicitement dans cette structure théorique et les objectifs qui la sous-tendent. Les peuples autochtones du Canada au sens du par. 35(1) sont les successeurs contemporains des sociétés autochtones qui ont occupé le territoire canadien au moment du contact avec les Européens. Il peut s'agir de groupes autochtones qui se trouvent aujourd'hui à l'extérieur du Canada.

[32] Je m'empresse d'ajouter que ce critère devra être modifié dans le cas des Métis. Les communautés métisses ayant vu le jour après le contact entre d'autres peuples autochtones et les Européens, « 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 » (*Van der Peet*, par. 67). Étant donné que la présente affaire ne concerne pas les droits des Métis reconnus au par. 35(1), je reporte à une autre occasion la détermination du critère précis à appliquer pour établir si une communauté métisse est un « peupl[e] autochton[e] du Canada », dans les cas où il existe un doute.

[33] Par ailleurs, j'ajouterais qu'une interprétation de l'expression « peuples autochtones du Canada » au par. 35(1) qui englobe les peuples autochtones qui étaient ici à l'arrivée des Européens et qui se sont déplacés ou qui ont été forcés de se déplacer ailleurs, ou à qui des frontières internationales ont été imposées, reflète l'objectif de réconciliation. Le déplacement des peuples autochtones à la suite de la colonisation est bien reconnu :

Les peuples autochtones ont été physiquement déracinés: on leur refusait l'accès à leurs territoires traditionnels et, dans bien des cas, on les a forcés à se rendre dans de nouveaux endroits que les autorités coloniales avaient choisis pour eux. Ils ont également été déracinés sur les plans social et culturel: assujettis aux efforts intensifs des missionnaires, ils se sont fait imposer des écoles qui ont réduit leur capacité de transmettre leurs valeurs traditionnelles à leurs enfants, qui leur inculquaient des valeurs victoriennes à dominante masculine et qui attaquaient leurs activités traditionnelles comme les danses et autres cérémonies symboliques. En Amérique du Nord, ils ont également été déracinés sur le plan politique, les lois coloniales les forçant d'abandonner ou, à tout le moins, de

camoufler leurs structures et méthodes traditionnelles de gouvernement en faveur d'institutions municipales, de type colonial.

(Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, vol. 1, Un passé, un avenir (1996), p. 139-140)

En revanche, une interprétation excluant les peuples autochtones qui ont été contraints de quitter le Canada risquerait de « perpétu[er] l'injustice historique dont les peuples autochtones ont été victimes aux mains des colonisateurs » (*R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 53).

[34] De plus, il convient de souligner que le par. 35(1) n'a pas créé les droits ancestraux. Comme le démontrent l'arrêt *Calder* et la *Proclamation royale de 1763* (G.-B.), 3 Geo. 3 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 1), les droits ancestraux remontent à bien avant 1982 (voir M. D. Walters, « The "Golden Thread" of Continuity: Aboriginal Customs at Common Law and Under the *Constitution Act, 1982* » (1999), 44 *R.D. McGill* 711). Le paragraphe 35(1) a eu pour effet de donner aux droits ancestraux et droits issus de traités — qu'il reconnaît explicitement comme étant déjà « existants » — une protection constitutionnelle (*Van der Peet*, par. 28-29). Même si certains droits ancestraux garantis au par. 35(1) n'auraient pas été reconnus en vertu du droit canadien antérieur à 1982 (*Côté*, par. 52), les pratiques, coutumes et traditions qui sous-tendent ces droits existaient avant 1982. Une interprétation du par. 35(1) qui limiterait sa portée aux peuples autochtones qui se trouvaient au Canada en 1982 ne rendrait pas compte de ce fait, en considérant le par. 35(1) comme la source des droits ancestraux.

(3) Les arguments supplémentaires

[35] Les parties et les intervenants ont présenté une série d'arguments supplémentaires sur la portée du par. 35(1). Je ne trouve déterminant aucun de ces arguments, mais je vais expliquer en quoi ils sont cohérents avec l'interprétation exposée ci-dessus.

(a) *Autres formulations du paragraphe 35(1)*

[36] Plusieurs parties ont présenté des observations sur la signification des mots « du Canada » au par. 35(1). La Couronne et M. Desautel ont tous deux suggéré une autre formulation qui aurait pu être utilisée en lieu et place, si les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* avaient voulu exclure leurs interprétations privilégiées. Je n'accorde aucun poids à ces arguments. Comme je l'ai expliqué précédemment, les termes utilisés au par. 35(1) peuvent avoir des significations différentes lorsqu'ils sont considérés isolément.

[37] Cependant, l'expression « peuples autochtones » désigne peut-être ceux qui étaient ici à l'origine, avant les Européens, conformément à l'interprétation que j'ai exposée. Comme l'a écrit Lord Denning, [TRADUCTION] « [l]es peuples indiens du Canada sont là depuis le début des temps. On les appelle donc les “peuples autochtones” » : *The Queen c. The Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [1981] 4 C.N.L.R. 86 (C.A. A.P.G.).

(b) *Le contexte dans la Loi constitutionnelle de 1982*

[38] L'expression « peuples autochtones du Canada » est utilisée ailleurs dans la *Loi constitutionnelle de 1982*. Elle est utilisée à l'art. 25 (« Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés — ancestraux, issus de traités ou autres — des peuples autochtones du Canada »), au par. 35(2) (« Dans la présente loi, “peuples autochtones du Canada” s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada »), à l'al. 35.1*b*) (« [. . .] le premier ministre du Canada [. . .] invitera les représentants des peuples autochtones du Canada à participer aux travaux relatifs à [certaines modifications à la Constitution] »), et aux dispositions désormais utilisées et abrogées, à savoir le par. 37(2) (« Sont placées à l'ordre du jour de la conférence visée au paragraphe (1) les questions constitutionnelles qui intéressent directement les peuples autochtones du Canada, notamment la détermination et la définition des droits de ces peuples à inscrire dans la Constitution du Canada. Le premier ministre du Canada invite leurs représentants à participer aux travaux relatifs à ces questions »), et le par. 37.1(2) (« Sont placées à l'ordre du jour de chacune des conférences visées au paragraphe (1) les questions constitutionnelles qui intéressent directement les peuples autochtones du Canada. Le premier ministre du Canada invite leurs représentants à participer aux travaux relatifs à ces questions »).

[39] S'il peut y avoir des raisons d'interpréter l'expression « peuples autochtones du Canada » de la même manière dans toute la *Loi constitutionnelle de*

1982, cela n'est guère utile dans le cadre du présent pourvoi. L'article 25 protège les droits et libertés des peuples autochtones du Canada contre une abrogation par la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais il ne nous dit pas qui sont ces peuples. Si le libellé du par. 35(2) indique que les peuples autochtones comprennent les Indiens, les Inuits et les Métis du Canada, il ne précise pas s'ils doivent être citoyens ou résidents du Canada.

[40] Je ne retire rien non plus de l'obligation prévue à l'art. 35.1, et aux art. 37 et 37.1 désormais abrogés, selon lesquels les peuples autochtones du Canada doivent être représentés aux conférences constitutionnelles. La Couronne souligne que les représentants de la Lakes Tribe n'ont pas été invités aux conférences constitutionnelles tenues jusqu'à présent. Mais lors de ces conférences, la pratique voulait que les peuples autochtones soient représentés par des organismes-cadres (voir *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627, et R. Romanow, « Aboriginal Rights in the Constitutional Process », dans M. Boldt et J. A. Long, dir., *The Quest for Justice: Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights* (1985), 73). Il n'est pas évident qu'il y aurait un obstacle à ce que les peuples autochtones hors du Canada soient représentés dans de tels processus. L'exigence de représentation aux conférences constitutionnelles ne nous éclaire donc pas en l'espèce.

(c) *L'historique législatif*

[41] La Couronne a laissé entendre que la portée du par. 35(1) peut être mieux comprise à la lumière des *Procès-verbaux et témoignages du Comité spécial mixte du*

Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada. Je suis d'accord que l'historique de la rédaction peut être pertinent pour l'interprétation de la Constitution (voir *R. c. Poulin*, 2019 CSC 47, par. 78). Mais en l'espèce, cela ne nous éclaire pas. Rien dans le dossier ne démontre que les membres du Comité se sont penchés le moins sur la question des peuples autochtones non citoyens ou non résidents du Canada.

(d) *Les Conventions sur le transfert des ressources naturelles de 1930*

[42] La Couronne et le procureur général de la Saskatchewan soutiennent que le par. 35(1) devrait être interprété de la même façon que les Conventions sur le transfert des ressources naturelles (« CTRN »), qui ont été conclues entre le Canada et chacune des provinces des Prairies, dans un libellé presque identique, et ajoutées en annexe à la Constitution. Les CTRN utilisent les deux expressions suivantes, soit [TRADUCTION] « les Indiens de la province » et [TRADUCTION] « les Indiens dans les limites de la province »¹. Dans l'arrêt *Frank c. La Reine*, [1978] R.C.S. 95, p. 101-102, la Cour a expliqué que la portée du premier libellé était plus étroite que celle du second, en ce sens que ce dernier comprenait les « Indiens » qui étaient de passage dans la province, et pas seulement ceux qui y résidaient habituellement. En toute déférence, rien ne justifie que l'expression « peuples autochtones du Canada » figurant au

¹ *Convention sur le transfert des ressources naturelles* (Manitoba) (annexe 1 de la *Loi constitutionnelle de 1930*, L.R.C. 1985, app. II, n° 26), par. 11 et 13; *Convention sur le transfert des ressources naturelles* (Alberta) (annexe 2 de la *Loi constitutionnelle de 1930*, L.R.C. 1985, app. II, n° 26), par. 10 et 12; *Convention sur le transfert des ressources naturelles* (Saskatchewan) (annexe 3 de la *Loi constitutionnelle de 1930*, L.R.C. 1985, app. II, n° 26), par. 10 et 12.

par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* doit être interprétée de la même manière que l'expression « Indiens de la province » figurant dans les CTRN. Dans l'arrêt *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99, la Cour a conclu que la portée du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* était plus large que celle des CTRN : les Métis sont des « Indiens » visés au par. 91(24), mais pas par les CTRN. Les CTRN, comme la Cour l'a expliqué, sont « [des] accord[s] de nature constitutionnelle, et non la Constitution », qui exigent « un exercice d'interprétation complètement différent » (par. 44).

(e) *La présomption de territorialité*

[43] La Couronne fait remarquer qu'il existe une présomption, réfutable uniquement de façon explicite ou par déduction nécessaire, selon laquelle la loi n'a pas de portée extraterritoriale (*Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427, par. 54-55). Par conséquent, elle soutient que le par. 35(1) devrait être présumé ne s'appliquer qu'aux groupes se trouvant au Canada, et que rien dans le libellé ne réfute cette présomption. Mais la présomption n'a aucun effet ici. Le paragraphe 35(1) ne s'applique aux groupes se trouvant à l'extérieur du Canada que lorsqu'ils revendiquent ou exercent leurs droits au Canada. La présomption de territorialité n'empêche pas une telle application, pas plus qu'elle n'empêche l'application des lois territoriales canadiennes aux propriétaires étrangers de biens canadiens.

(f) *Les principes d'interprétation et la perspective autochtone*

[44] Plusieurs intervenants suggèrent que les principes d'interprétation en faveur des peuples autochtones sont pertinents ici. Dans le même ordre d'idées, M. Desautel et certains intervenants suggèrent également que les perspectives autochtones devraient être prises en compte dans l'interprétation du par. 35(1).

[45] Selon le principe d'interprétation pertinent, s'agissant du par. 35(1), tout doute ou ambiguïté doit être résolu en faveur des peuples autochtones (*Van der Peet*, par. 25; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, p. 36). À mon avis, ce principe n'aide pas à régler la question en l'espèce. Un principe selon lequel les ambiguïtés devraient être résolues en faveur des peuples autochtones ne permet pas de déterminer qui sont ces mêmes peuples autochtones. Tenter d'utiliser le principe de cette manière constituerait une démarche circulaire.

[46] Cela dit, M. Desautel et plusieurs intervenants expliquent que les perspectives autochtones supposent un lien fort avec le territoire ancestral, même lorsque le groupe autochtone a été dépossédé de ce territoire, ou lorsque le territoire est maintenant divisé par des frontières internationales. Comme l'a conclu la Cour dans l'arrêt *Sparrow*, p. 1112, « il est crucial de se montrer ouvert au point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la nature des droits en cause ». Par conséquent, « une conception moralement et politiquement défendable des droits ancestraux intégrera ces deux points de vue juridiques [autochtones et non autochtones] » (*Van der Peet*, par. 49, citant M. Walters, « British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia* » (1992), 17 *Queen's L.J.*

350, p. 413; voir aussi J. Borrows, « Creating an Indigenous Legal Community » (2005), 50 *R.D. McGill* 153, p. 173). Ce point de vue confirme l'interprétation du par. 35(1) que j'ai exposée précédemment.

(4) Application

[47] J'ai conclu que les peuples autochtones du Canada, au sens du par. 35(1), sont les successeurs contemporains des peuples autochtones qui occupaient ce qui est maintenant le Canada au moment du contact avec les Européens (sous réserve des modifications qui peuvent être nécessaires dans le cas des Métis). Une fois cela établi, la question préliminaire reçoit une réponse affirmative et le tribunal vérifie les droits des demandeurs en appliquant le critère de l'arrêt *Van der Peet*. La question préliminaire demeure pertinente à l'avenir dans des affaires où le groupe demandeur se trouve à l'extérieur du Canada, puisque l'arrêt *Van der Peet* ne porte pas sur le lien qui doit exister entre le groupe contemporain (se trouvant à l'extérieur du Canada) et le groupe historique (qui se trouvait à l'intérieur du territoire qui est maintenant le Canada).

[48] En l'espèce, la juge de première instance a conclu que les Sinixt avaient occupé un territoire dans ce qui est aujourd'hui la Colombie-Britannique au moment du contact avec les Européens. Elle a également conclu que la Lakes Tribe était un successeur contemporain des Sinixt, laissant ouverte la possibilité qu'il y en ait d'autres. Je m'en remets à cette conclusion factuelle. La migration de la Lakes Tribe de la Colombie-Britannique vers une autre partie de son territoire traditionnel dans

l'État de Washington n'a pas fait perdre au groupe son identité ou son statut de successeur des Sinixt.

[49] La présente affaire n'oblige pas la Cour à établir des critères concernant la succession des communautés autochtones. Il s'agit d'une question complexe qui devrait être traitée sur la base d'un dossier factuel plus étoffé, avec l'apport d'arguments juridiques. Par exemple, il faudrait tenir compte de la possibilité qu'une communauté se scinde au fil du temps, ou que deux communautés fusionnent en une seule, ainsi que de l'importance relative de facteurs tels que l'ascendance, la langue, la culture, le droit, les institutions politiques et le territoire pour relier une communauté contemporaine à son prédécesseur historique. Certaines des difficultés sont mises en évidence dans la doctrine (voir P. L. A. H. Chartrand, « Background », dans P. L. A. H. Chartrand, dir., *Who are Canada's Aboriginal Peoples? Recognition, Definition, and Jurisdiction* (2002), 27; R. K. Groves, « The Curious Instance of the Irregular Band: A Case Study of Canada's Missing Recognition Policy » (2007) 70 *Sask. L.R.* 153, et B. Olthuis, « The Constitution's Peoples: Approaching Community in the Context of Section 35 of the *Constitution Act, 1982* », (2009) 54 *R.D. McGill* 1).

B. *Le critère relatif aux droits ancestraux*

[50] Après avoir conclu que la Lakes Tribe est un peuple autochtone du Canada, la question qui se pose est de savoir si la revendication de M. Desautel satisfait au critère de *Van der Peet* concernant l'existence d'un droit ancestral en vertu du par. 35(1). Comme je l'expliquerai, le critère relatif aux droits ancestraux applicable à

l'égard des groupes se trouvant à l'extérieur du Canada est le même que celui qui s'applique à l'endroit des groupes se trouvant au Canada, et la juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant que le critère était rempli en l'espèce.

(1) Le critère de *Van der Peet*

[51] La démarche de l'arrêt *Van der Peet* a été reprise par la Cour dans *Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535, au par. 46 :

- (a) déterminer, à partir des actes de procédure et de la preuve, la nature exacte du droit ancestral revendiqué (*Van der Peet*, par. 53; *Gladstone*, par. 24; *Mitchell*, par. 14-19).
- (b) déterminer si le demandeur a établi l'existence de la pratique, tradition ou coutume précontact en question et le fait que cette pratique, tradition ou coutume faisait partie intégrante de la culture distinctive de la société avant son contact avec les Européens (*Van der Peet*, par. 46; *Mitchell*, par. 12; *Sappier*, par. 40-45).
- (c) déterminer si le droit contemporain revendiqué est « manifestement lié à la pratique précontact et raisonnablement considéré comme le prolongement de cette pratique » (*Lax Kw'alaams*, par. 46).

[52] Cette démarche a été élaborée plus en détail dans la jurisprudence de la Cour. Pour les besoins de l'espèce, il suffira de faire des commentaires sur le rôle de la continuité dans cette démarche. Le critère de continuité consiste à déterminer si une pratique contemporaine s'inscrit dans la continuité d'une pratique historique. Cela diffère de la question préliminaire examinée précédemment, à savoir si un groupe contemporain est le successeur d'un groupe historique. Cela est pertinent tant à la deuxième qu'à la troisième étape de l'analyse retenue dans l'arrêt *Van der Peet*.

[53] À la deuxième étape du critère établi dans *Van der Peet*, la continuité peut jouer un rôle en matière de preuve. Le fait de démontrer qu'une pratique fait partie intégrante de la culture actuelle du demandeur, et qu'elle s'inscrit dans la continuité de la culture antérieure au contact, peut être considéré comme une preuve que cette pratique faisait partie intégrante de la culture du demandeur avant le contact (*Van der Peet*, par. 62-63; *Gladstone*, par. 28; *Delgamuukw*, par. 152; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257, par. 45). Comme l'a expliqué Kent McNeil, [TRADUCTION] « une telle continuité ne doit être démontrée que lorsque les peuples autochtones s'appuient sur l'occupation post-souveraineté ou les pratiques, coutumes et traditions post-contact comme preuve de leur occupation pré-souveraineté ou de leurs pratiques, coutumes et traditions précontact » (« Continuity of Aboriginal Rights », dans K. Wilkins, dir., *Advancing Aboriginal Claims: Visions/Strategies/Directions* (2004), 127, p. 138).

[54] À la troisième étape, il s'agit de déterminer si la pratique contemporaine dont on soutient qu'elle constitue l'exercice d'un droit ancestral est liée à une pratique antérieure au contact et peut raisonnablement être considérée comme s'inscrivant dans la continuité de celle-ci. À cette étape, la continuité avec la pratique antérieure au contact est nécessaire pour permettre à l'activité alléguée d'entrer dans le champ d'application du droit. Cette démarche sert à éviter que les droits soient figés et permet à la pratique d'évoluer en des formes contemporaines (*Van der Peet*, par. 64; *Mitchell*, par. 13). Le droit revendiqué « doit être autorisé à évoluer », parce que « [s]i l'on ne permet pas aux droits ancestraux d'évoluer et de trouver une expression moderne, ils deviendront totalement inutiles » (*Sappier*, par. 48-49).

[55] Je tiens à souligner que l'examen de la continuité, tant à la deuxième qu'à la troisième étape, est un exercice hautement factuel. Comme la juge en chef McLachlin l'a expliqué dans l'arrêt *Mitchell*, au par. 36, l'appréciation de la preuve présentée à l'appui de revendications autochtones « relève généralement du juge de première instance, qui est le mieux placé pour apprécier la preuve présentée et qui possède donc une grande latitude à cet égard » (voir aussi *Côté*, par. 59).

(2) Le cadre d'analyse proposé par le procureur général du Canada

[56] L'intervenant le procureur général du Canada soutient que l'approche à privilégier pour déterminer dans quelles circonstances un demandeur autochtone se trouvant à l'extérieur du Canada peut revendiquer des droits visés au par. 35(1) en est une contextuelle. En particulier, elle exigerait que les non-résidents revendiquant des

droits trouvent un lien avec une communauté autochtone contemporaine résidant au Canada, et obtiennent la reconnaissance et l'autorisation de cette communauté pour exercer les droits revendiqués visés au par. 35(1). Le critère proposé s'inspire de l'arrêt *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207, et de la jurisprudence sur les droits en matière de bénéfice latéral. Comme je vais l'expliquer, je ne donnerais pas suite à cette proposition.

[57] Dans l'arrêt *Powley*, la Cour a modifié, sans toutefois l'écarter, le critère de *Van der Peet* pour tenir compte de la situation particulière des Métis (voir par. 14 et 18). Elle a également formulé des commentaires sur la manière dont les tribunaux peuvent déterminer l'appartenance à une communauté métisse en l'absence de procédures formelles (par. 29). Il est important de préciser que ces commentaires ne portaient pas sur *qui* est un « peupl[e] autochton[e] du Canada » au sens du par. 35(1), mais plutôt sur *comment* les tribunaux peuvent identifier les Métis. La Cour a souligné que « souvent, des groupes de Métis sont sans structures politiques et que leurs membres ne s'identifient pas constamment comme Métis » (par. 23), de sorte que « [d]éterminer l'appartenance à la communauté métisse n'est peut-être pas aussi simple que vérifier [. . .] l'appartenance à une bande indienne » (par. 29). Dans l'arrêt *Powley*, la Cour a fait remarquer qu'une personne qui s'identifiait comme Métis devait également démontrer un lien avec une communauté métisse historique, et l'acceptation par un successeur contemporain de cette communauté. Cela reflétait le fait que ce ne sont pas toutes les personnes qui ont à la fois des ancêtres des Premières Nations et des ancêtres européens qui sont des Métis.

[58] Le concept de [TRADUCTION] « bénéfice latéral » découle de la jurisprudence concernant [TRADUCTION] « la question de savoir si un Autochtone peut légalement “obtenir un bénéfice latéral” en vertu d’un traité dont il n’est pas signataire » (*R. c. Shipman*, 2007 ONCA 338, 85 O.R. (3d) 585, par. 2; *R. c. Meshake*, 2007 ONCA 337, 85 O.R. (3d) 575, par. 1-2). Dans ces arrêts, la Cour d’appel de l’Ontario a conclu que les Autochtones d’autres communautés ne peuvent exercer des droits issus de traités que s’ils ont la permission ou le consentement de la communauté signataire du traité (*Shipman*, par. 41-46), ou à la suite d’un mariage et d’une acceptation dans cette communauté (*Meshake*, par. 31-33). Il est donc clair que l’idée d’un bénéfice latéral découle du contexte précis des droits issus de traités.

[59] Le procureur général du Canada propose que nous adaptions le cadre de *Powley* et le concept du bénéfice latéral pour régir la situation des revendicateurs de droits ancestraux se trouvant à l’extérieur du Canada. À mon avis, il est inutile de le faire en l’espèce. Je reconnais certainement que les droits ancestraux doivent être fondés sur l’existence d’une communauté historique toujours vivante (*Powley*, par. 24). Comme l’a expliqué la Cour dans l’arrêt *Marshall*, au par. 67, « les revendicateurs actuels doivent [...] démontrer l’existence d’un lien avec le groupe antérieur à l’affirmation de la souveraineté dont ils invoquent les pratiques ». Or, il en est ainsi tant pour les groupes autochtones se trouvant à l’intérieur du Canada que pour les groupes se trouvant à l’extérieur du Canada. Cela ne justifie pas une exigence supplémentaire, pour les groupes se trouvant à l’extérieur du Canada, de reconnaissance par une communauté autochtone apparentée résidant au Canada.

[60] Cette exigence imposerait un fardeau plus lourd aux communautés autochtones qui cherchent à revendiquer des droits si le groupe s'est déplacé, a été forcé de déménager ou a été divisé à cause de la création d'une frontière internationale entre le Canada et les États-Unis. Cela risquerait de définir les droits ancestraux « d'une manière qui exclut certains des droits que cette disposition vise à protéger » (*R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, par. 27). De plus, cette exigence occasionnerait une multitude de difficultés pratiques, telles que la question de savoir quel groupe au Canada a son mot à dire dans la reconnaissance d'un demandeur se trouvant à l'extérieur du Canada lorsqu'il existe des groupes concurrents (*Hwlitsum First Nation c. Canada (Attorney General)*, 2018 BCCA 276, 15 B.C.L.R. (6th) 91), quel organisme peut représenter une communauté résidant au Canada (*Campbell c. British Columbia (Minister of Forests and Range)*, 2011 BCSC 448, [2011] 3 C.N.L.R. 151), et quelles sont les conséquences de l'absence d'une communauté contemporaine apparentée résidant au Canada.

[61] Pour ces motifs, le critère relatif à un droit ancestral demeure le même, que le demandeur se trouve au Canada ou à l'extérieur du pays.

(3) Application

[62] En l'espèce, le droit ancestral revendiqué est un droit de chasse à des fins alimentaires, sociales et rituelles sur le territoire traditionnel des Sinixt en Colombie-Britannique. La juge de première instance a conclu, sur la base des éléments de preuve dont elle disposait, qu'au moment du contact, cette pratique faisait partie

intégrante de la culture distinctive des Sinixt. Elle a également conclu que la pratique contemporaine de la chasse sur ce territoire, telle que l'a exercée M. Desautel, s'inscrit dans la continuité de la pratique précontact. En effet, mises à part les périodes pendant lesquelles il n'y a pas eu de chasse, il n'y a pas de grande différence entre la pratique précontact et la pratique contemporaine (comme c'était le cas, par exemple, dans *Lax Kw'alaams*). Par conséquent, elle a conclu que M. Desautel exerçait un droit ancestral.

[63] La Couronne et l'intervenant le procureur général de l'Alberta soutiennent que c'était une erreur, car la continuité exige une présence continue sur les terres où un droit ancestral est revendiqué. Comme mon exposé sur la continuité vient le préciser, cela n'a jamais fait partie du critère relatif à un droit ancestral. Rien ne justifie non plus de l'ajouter au critère, même lorsque le demandeur se trouve à l'extérieur du Canada. Comme l'a expliqué le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Van der Peet*, au par. 65, « le concept de continuité n'exige pas [. . .] la preuve d'une continuité parfaite ». En effet, comme l'a signalé la juge McLachlin (dissidente, mais non sur ce point), au par. 249 de l'arrêt *Van der Peet*, « il n'est pas exceptionnel qu'un droit cesse d'être exercé pendant un certain temps ».

[64] En fait, on nous demande de conclure qu'un droit ancestral peut être perdu ou abandonné du fait de son non-exercice, une proposition sur laquelle le juge en chef Lamer n'a pas statué dans l'arrêt *Van der Peet*, par. 63. Accepter cette proposition risquerait-il de « saper l'objet même du par. 35(1) en perpétuant l'injustice historique dont les peuples autochtones ont été victimes aux mains des colonisateurs » (*Côté*,

par. 53; voir aussi McNeil, p. 133-135)? Il est préférable de ne pas trancher la question en l'espèce, car elle ne se pose pas à la lumière des conclusions de fait de la juge de première instance. Le droit devrait être développé par des affaires où il est nécessaire de trancher ces questions, où il existe des éléments de preuve suffisants et où les questions font l'objet d'une argumentation complète et d'un examen approfondi au procès et en appel.

C. *L'incompatibilité avec la souveraineté*

[65] La Couronne soutient que même si la revendication de M. Desautel répondait par ailleurs au critère relatif à un droit ancestral, ce droit est incompatible avec la souveraineté canadienne, parce qu'il englobe d'autres droits nécessaires à son exercice effectif, notamment le droit de traverser la frontière canado-américaine. Cette observation reçoit l'appui du procureur général du Québec, du procureur général du Nouveau-Brunswick et du procureur général de l'Alberta. Par conséquent, selon la Couronne, le droit de chasse de M. Desautel n'a jamais existé.

[66] Je suis d'avis que, *contrairement* au droit revendiqué dans l'affaire *Mitchell*, l'objet même du droit revendiqué par M. Desautel n'est pas de traverser la frontière. Le droit de circulation, s'il existe, est accessoire en l'espèce. L'incompatibilité avec la souveraineté ne porterait que sur la question de savoir s'il peut y avoir un droit ancestral d'entrer au Canada — une question qui n'est pas soulevée en l'espèce, car M. Desautel ne s'est pas vu refuser l'entrée au Canada. De plus, cette question n'a pas été examinée de manière exhaustive par les tribunaux

d'instance inférieure. Par conséquent, la question de savoir quel est le cadre pertinent, à savoir l'incompatibilité avec la souveraineté ou la violation/justification relativement à l'arrêt *Sparrow*, devrait être tranchée à une autre occasion, où la Cour dispose d'un ensemble de faits adéquat pour y répondre.

D. *Les droits ancestraux en common law*

[67] La Couronne soutient que même si M. Desautel ne peut posséder un droit ancestral visé au par. 35(1), parce qu'il n'est pas membre d'un peuple autochtone du Canada, il peut néanmoins avoir des droits ancestraux en common law, même si ces droits ne constituent pas une défense contre les accusations d'infractions réglementaires portées contre lui. Reconnaître les droits ancestraux existant en common law en parallèle avec ceux visés au par. 35(1) poserait des difficultés supplémentaires. En particulier, la Couronne semble présumer que le critère relatif à un droit ancestral en common law serait le même que celui relatif à un droit ancestral visé au par. 35(1), c'est-à-dire le critère de *Van der Peet*. Mais cela est loin d'être clair.

[68] Avant 1982, les droits ancestraux de common law étaient reconnus au Canada par le droit impérial britannique (*Calder*, p. 328 et 402; *Mitchell*, par. 62-64). Selon la doctrine impériale de la succession, lorsque la Grande-Bretagne prenait possession d'un nouveau territoire, les lois en vigueur dans ce territoire étaient présumées être maintenues (sous réserve de certaines exceptions). Cette doctrine ne se limitait pas aux pratiques, traditions ou coutumes qui faisaient « partie intégrante de la culture distinctive » des peuples autochtones, comme dans *Van der Peet*. Cela donne à

penser, d'une part, que le critère relatif à un droit de common law peut être respecté même lorsque le critère de *Van der Peet* ne l'est pas.

[69] D'autre part, la Cour a conclu que l'existence d'un droit ancestral en common law est suffisante pour fonder un droit visé au par. 35(1) (*Delgamuukw*, par. 136). La reconnaissance des droits ancestraux en common law en parallèle avec les droits visés au par. 35(1) obligerait la Cour à résoudre cette tension apparente. Comme l'écrit Richard Ogden :

[TRADUCTION]

bien qu'un historien juridique puisse un jour accepter que la trilogie de *Van der Peet* ait eu pour effet de créer un nouveau critère et une nouvelle doctrine, la Cour suprême a déclaré que la doctrine qui donne naissance aux droits visés à l'article 35 est la même que celle qui a donné naissance aux droits autochtones en common law.

(« “Existing” Aboriginal Rights in Section 35 of the *Constitution Act, 1982* » (2009), 88 *Rev. B. can.* 51, p. 84; voir aussi G. Otis, « Le titre aborigène: émergence d'une figure nouvelle et durable du foncier autochtone? » (2005), 46 *C. de D.* 795, p. 800.)

[70] Cependant, à la lumière de ma conclusion selon laquelle M. Desautel a un droit ancestral au sens du par. 35(1) de chasser sur le territoire ancestral des Sinixt en Colombie-Britannique, il n'est pas nécessaire d'aborder cette question en l'espèce.

E. *Les conséquences de la présente décision*

[71] La Couronne et plusieurs procureurs généraux ont exprimé des inquiétudes au sujet des conséquences possibles de la reconnaissance de groupes comme la Lakes

Tribe en tant que peuples autochtones du Canada. Dans cette partie, j'expliquerai pourquoi ces préoccupations ne justifient pas une modification du droit en la matière tel qu'il est exposé dans les présents motifs. Si les communautés autochtones à l'extérieur du Canada peuvent revendiquer et posséder des droits visés au par. 35(1), il ne s'ensuit pas que leurs droits sont les mêmes que ceux des communautés se trouvant au Canada. Bien que le critère relatif à un droit ancestral soit le même, les situations particulières des communautés se trouvant à l'extérieur du Canada peuvent mener à des résultats différents.

(1) L'obligation de consulter

[72] L'obligation de consulter « prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur celui-ci » (*Nation haïda*, par. 35). En d'autres termes, trois conditions doivent être réunies pour que l'obligation prenne naissance : la connaissance réelle ou imputée, une mesure envisagée de la Couronne et un effet préjudiciable sur un droit ancestral ou issu de traité. L'exigence de la connaissance réelle ou imputée a été expliquée dans l'arrêt *Rio Tinto Alcan Inc. c. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650, par. 40 :

Il y a connaissance réelle lorsqu'une revendication a été formulée dans une instance judiciaire ou lors de négociations, ou lorsqu'un droit issu de traité peut être touché. Il y a connaissance par imputation lorsque l'on sait ou que l'on soupçonne raisonnablement que les terres ont été traditionnellement

occupées par une collectivité autochtone ou que l'on peut raisonnablement prévoir qu'il y aura une incidence sur des droits. [Renvois omis.]

[73] Comme je l'expliquerai, étant donné l'exigence d'une connaissance réelle ou imputée, l'obligation de consulter pourrait fort bien fonctionner différemment en ce qui concerne les groupes se trouvant à l'extérieur du Canada.

[74] Étant donné la longue histoire des relations entre la Couronne et les Autochtones au Canada, la Couronne connaît souvent l'existence des groupes autochtones se trouvant au Canada, et peut avoir une idée de leurs revendications. La situation est différente lorsqu'il s'agit de groupes autochtones se trouvant à l'extérieur du Canada. En l'absence d'une interaction historique avec eux, la Couronne peut ne pas savoir, ou n'avoir aucune raison de savoir, qu'ils existent, et encore moins qu'ils ont des droits éventuels sur le territoire canadien.

[75] La Couronne n'a pas l'obligation indépendante de rechercher des groupes autochtones, y compris à l'extérieur du Canada, en l'absence de connaissance réelle ou imputée de répercussions potentielles sur leurs droits. En l'absence d'une telle connaissance, la Couronne est libre d'agir. Il appartient aux groupes concernés de notifier la Couronne de leurs revendications (*Native Council of Nova Scotia c. Canada (Procureur général)*, 2008 CAF 113; *Mississaugas of Scucog Island First Nation c. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW-Canada), Local 444*, 2007 ONCA 814, 88 O.R. (3d) 583, par. 59).

[76] Cependant, une fois que la Couronne est avisée, elle doit déterminer si une obligation de consulter prend naissance et, dans l'affirmative, quelle est la portée de cette obligation. Comme je l'ai déjà dit, la consultation fait partie intégrante du « processus de négociation honorable et de conciliation », qui « tire son origine de l'affirmation par la Couronne de sa souveraineté » (*Nation haïda*, par. 32). Comme les groupes se trouvant à l'extérieur du Canada n'interviennent pas dans ce processus dans la même mesure, la portée de l'obligation de les consulter, et la façon d'exécuter cette obligation, peuvent différer. L'intégration de groupes se trouvant à l'extérieur du Canada dans les consultations menées par la Couronne avec des groupes se trouvant au Canada peut impliquer des discussions au sein des communautés autochtones et avec la Couronne. Bien que le processus de consultation puisse être plus difficile lorsqu'il concerne des groupes se trouvant à l'extérieur du Canada, comme l'a dit la Cour dans l'arrêt *Powley*, au par. 49, « il ne faut pas exagérer la difficulté d'identifier les membres de la communauté [autochtone] pour justifier de leur refuser les droits que leur garantit la Constitution du Canada ».

(2) La justification d'atteintes à des droits ancestraux

[77] Le fait qu'un groupe autochtone se trouve à l'extérieur du Canada est pertinent au regard du critère de l'arrêt *Sparrow* pour justifier une atteinte à un droit ancestral ou issu de traité.

[78] La Cour a souligné le rôle du contexte pour déterminer si une atteinte à un droit ancestral est justifiée. Dans l'arrêt *Sparrow*, p. 1111, la Cour a signalé

« l'importance du contexte et d'un examen cas par cas » concernant le par. 35(1), écrivant que « 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 ». Ce principe a été appliqué dans l'arrêt *Gladstone*, au par. 56, où le juge en chef Lamer a affirmé que

l'application du cadre d'analyse des droits ancestraux établi dans *Sparrow*, est dans une large mesure fonction du contexte juridique et factuel de cet arrêt. Dans le présent pourvoi, [...] comme le contexte diffère considérablement de celui de l'affaire *Sparrow*, il sera nécessaire de réexaminer le critère établi dans cet arrêt et d'adapter le critère de la justification qui y est énoncé. . .

[79] Le fait que le titulaire d'un droit ancestral se trouve à l'extérieur du Canada est une caractéristique du contexte qui peut être prise en compte dans l'analyse de la justification. Le pouvoir du gouvernement de porter atteinte aux droits ancestraux témoigne du fait que « les droits n'existent pas dans l'abstrait » (*R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, par. 92). Les peuples autochtones font plutôt partie d'« une communauté sociale, politique et économique plus large » dont les intérêts peuvent, lorsqu'ils sont suffisamment importants, justifier une atteinte aux droits ancestraux (*Gladstone*, par. 73). En somme, justifier une atteinte suppose de concilier les intérêts d'un peuple autochtone avec les intérêts de la communauté plus large dont il fait partie (*Tsilhqot'in*, par. 118). La mesure dans laquelle le fait que le titulaire du droit ancestral est un peuple autochtone extérieur à cette communauté élargie influe sur l'analyse de la justification est une autre question qui serait mieux tranchée si les faits l'exigeaient, s'il existait des

éléments de preuve suffisants et si les questions faisaient l'objet d'une argumentation complète et d'un examen approfondi au procès et en appel.

(3) Le titre ancestral

[80] Le présent dossier concerne un droit ancestral de chasser à des fins alimentaires, sociales et rituelles. Il n'y est pas question de la revendication d'un titre ancestral. Un titre ancestral n'est pas un droit d'exercer une activité, mais un droit au territoire lui-même (*Delgamuukw*, par. 137-141). Si le critère relatif à un titre ancestral a la même structure de base que le critère relatif aux autres droits des Autochtones, il présente également quelques différences importantes (par. 144-145 et 150-151). Premièrement, contrairement à d'autres droits ancestraux, le moment pertinent pour établir l'existence d'un titre ancestral est celui de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, et non le moment du premier contact. Deuxièmement, alors que dans le cas d'autres droits ancestraux il est nécessaire de prouver qu'une pratique faisait partie intégrante de la culture distinctive de la société autochtone, dans le cas du titre ancestral il faut faire la preuve de l'occupation exclusive d'un territoire, sans qu'il soit nécessaire de démontrer que cette occupation faisait partie intégrante de la culture.

[81] Compte tenu de ces caractéristiques particulières au critère relatif au titre ancestral, et étant donné que la présente affaire ne porte pas sur une revendication de titre, je suis d'avis de reporter à une autre occasion la détermination des différences qui peuvent exister entre le critère relatif aux revendications de titre ancestral par des

peuples autochtones se trouvant au Canada et le critère relatif à ces revendications par des peuples se trouvant à l'extérieur du Canada.

(4) Les traités modernes

[82] Certains traités modernes prévoient que des Autochtones qui ne sont pas des citoyens canadiens peuvent bénéficier de droits issus de traités². D'autres traités excluent cette possibilité³. Le procureur général du Territoire du Yukon nous demande de tenir compte de ces traités pour statuer sur la présente affaire. Je conviens que les traités modernes, qui sont le fruit de longues négociations, doivent être considérés avec beaucoup de respect (*Beckman*, par. 9-10 et 12, le juge Binnie; par. 111-112 et 203, la juge Deschamps (motifs concordants); *First Nation of Nacho Nyak Dun c. Yukon*, 2017 CSC 58, [2017] 2 R.C.S. 576, par. 1, 33 et 38). Toutefois, le contenu de ces traités ne dicte pas la juste interprétation de l'expression « peuples autochtones du Canada » au sens du par. 35(1). La juste interprétation de l'expression « peuples autochtones du

² Voir par exemple : Entente définitive de la Première nation des Carcross/Tagish (2005), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3; Entente définitive des Premières nations de Champagne et de Aishihik (1993), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3; Entente définitive de la Première nation de Kluane (2003), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3; Entente définitive de la Première nation des Kwanlin Dun (2005), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3; Entente définitive de la Première nation de Little Salmon/Carmacks (1997), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3; Entente définitive de la Première nation des Nacho Nyak Dun (1993), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3; Entente définitive de la Première nation de Selkirk (1997), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3; Entente définitive du conseil des Ta'an Kwach'an (2002), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3; Entente définitive du conseil des Tlingits de Teslin (1993), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3; Entente définitive des Tr'ondëk Hwëch'in (1998), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3; Entente définitive de la Première nation des Gwitchin Vuntut (1993), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3.

³ Voir par exemple : Entente sur la revendication territoriale globale des Gwich'in (1992), vol. 1, c. 4; Entente sur la revendication territoriale globale des Dénés et Métis du Sahtu (1993), vol. 1, c. 4.

Canada » au sens du par. 35(1) ne porte pas non plus atteinte aux droits énoncés dans ces traités modernes.

F. *La défense des droits ancestraux*

[83] Comme je l'ai mentionné au début des présents motifs, mis à part mon accord avec M. Desautel sur la question principale, j'ai fait peu de commentaires sur ce que cela signifie pour l'exercice des droits ancestraux visés au par. 35(1). Je terminerai par quelques commentaires sur les moyens disponibles pour la défense de droits ancestraux.

(1) Il appartient aux tribunaux d'interpréter le par. 35(1)

[84] La Cour doit être consciente du rôle qui lui revient dans la défense des droits ancestraux. Comme elle l'a déclaré dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 169, « les tribunaux sont les gardiens de la Constitution et des droits qu'elle confère aux particuliers ». Le rôle de donner une interprétation faisant autorité des lois et de la Constitution appartient aux tribunaux (H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6^e éd. 2014), p. 808-809, n^o X.11 et X.13).

[85] Lorsque les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada ont été reconnus et confirmés par la promulgation de la *Loi constitutionnelle de 1982*, cela a donné naissance à l'obligation pour les tribunaux de « donner effet à cet engagement national » (*R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533

(« *Marshall N° 2* »), par. 45). Comme les juges majoritaires de la Cour l'ont récemment confirmé dans l'arrêt *Uashaunnuat*, au par. 24 :

Bien que le par. 35(1) reconnaisse et confirme « [l]es droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada », la définition de ces droits incombe surtout aux tribunaux. L'honneur de la Couronne exige que cette disposition soit interprétée de façon libérale et téléologique en vue d'atteindre l'objectif de la réconciliation. [Je souligne, renvoi omis.]

[86] À mon avis, l'interprétation faisant autorité du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* revient aux tribunaux. Il appartient toutefois aux peuples autochtones de se définir et de choisir par quels moyens prendre leurs décisions, conformément à leurs propres lois, coutumes et pratiques.

(2) La négociation peut favoriser la réconciliation

[87] La négociation, comme façon d'obtenir de la clarté quant aux droits ancestraux, comporte des avantages importants tant pour la Couronne que pour les peuples autochtones :

[TRADUCTION]

La négociation [. . .] a le potentiel de produire des résultats qui sont mieux adaptés aux intérêts des parties, alors que l'éventail des recours dont dispose un tribunal est plus étroit [. . .] Le règlement des revendications autochtones [comporte] une dimension politique incontournable qui est mieux gérée par la négociation directe.

(S. Grammond, *Terms of Coexistence, Indigenous Peoples and Canadian Law* (2013), p. 139.)

La négociation apporte également une certitude aux deux parties (*Beckman*, par. 109, la juge Deschamps (motifs concordants)). Comme la Cour l'a affirmé dans l'arrêt *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069, par. 24, « [o]n ne parvient que rarement, voire jamais, à une véritable réconciliation dans une salle d'audience ».

[88] Les deux parties doivent faire preuve de bonne foi. En outre, comme la Cour l'a affirmé dans l'arrêt *Nation haïda*, par. 25, « la Couronne doit agir honorablement et négocier » (voir aussi B. Slattery, « Aboriginal Rights and the Honour of the Crown » (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 434, p. 436-437). Pour que la réconciliation soit possible, la Couronne et les peuples autochtones « doivent collaborer pour concilier leurs intérêts » (*Rio Tinto*, par. 34; voir aussi *Nacho Nyak Dun*, par. 1).

[89] Comme la Cour l'a déclaré à de nombreuses reprises, la Couronne a l'obligation « d'arriver à un règlement équitable des revendications autochtones au terme du processus de négociation de traités » (*Rio Tinto*, par. 32; voir également *Nation haïda*, par. 20), car une autre démarche est « longue, coûteuse et souvent vaine » (*Rio Tinto*, par. 33). Quoi qu'il en soit, une cause type ou une demande de jugement déclaratoire sont également des moyens convenables de demander aux tribunaux de déterminer les droits visés au par. 35(1).

[90] Lorsque les parties examinent les différents recours qui s'offrent à elles, il est utile de garder à l'esprit que les procédures pénales et réglementaires ont des limites inhérentes à leur nature. Dans ce type d'affaires, la preuve produite au procès est

généralement moins abondante et les règles sont différentes de celles applicables dans le cadre d'un renvoi ou d'une action déclaratoire (voir *Sparrow*, p. 1095; *Marshall N° 2*, par. 13). Le juge LeBel a insisté sur ce qui suit dans ses motifs concordants, dans l'arrêt *Marshall*, par. 142 :

Bien qu'un grand nombre des affaires de droits ancestraux qui se sont retrouvées devant cette Cour aient été introduites par voie de procédures sommaires, il me paraît évident que nous devrions reconsidérer l'opportunité de débattre les questions de traité autochtone, de droits ancestraux et de titre aborigène dans le contexte de procès criminels. Les questions sur lesquelles il est statué dans le cadre de ces affaires ont bien peu à voir avec la conduite criminelle de l'accusé; il s'agit plutôt de revendications qu'il conviendrait de traiter dans le cadre d'actions déclaratoires de nature civile. Les problèmes de procédure et de preuve inhérents à l'examen des revendications autochtones découlent non seulement des règles de preuve, de l'interprétation de la preuve et des conséquences des charges de présentation de la preuve qui s'appliquent, mais également de la portée de l'examen, en appel, des conclusions de fait tirées par le juge du procès. Ces revendications peuvent également influencer sur les droits et les intérêts concurrents d'un certain nombre de tiers qui pourraient avoir le droit d'être entendus à toutes les étapes du processus. En outre, des difficultés particulières surgissent s'il s'agit de statuer sur des revendications générales portant sur des droits relatifs à un titre ou issus d'un traité, lorsque ces revendications visent des zones géographiques qui ne se limitent pas aux lieux spécifiques aux accusations criminelles. [Je souligne.]

[91] Par conséquent, « [l]a table de négociation ne devrait pas être perçue comme un substitut au tribunal, ni le tribunal comme solution de rechange à la table de négociation » (P. Dionne, « La reconnaissance et la définition contemporaines des droits ancestraux : négocier ou s'adresser au juge? », dans G. Otis, dir., *Droit, territoire et gouvernance des peuples autochtones* (2005), 71, p. 78). Les deux processus sont complémentaires et doivent interagir l'un avec l'autre dans leurs propres limites.

[92] Cela dit, il revient aux parties elles-mêmes de décider comment elles désirent procéder.

VI. Dispositif

[93] Le pourvoi est rejeté. La question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE CÔTÉ —

[94] La protection constitutionnelle des droits ancestraux prévue au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* s'étend-elle à un groupe autochtone habitant à l'extérieur du Canada et dont le membre qui revendique l'exercice d'un droit ancestral n'est ni résident ni citoyen du Canada? Les tribunaux d'instance inférieure et mon collègue le juge Rowe répondent par l'affirmative, mais j'estime, avec égards, que cette conclusion va à l'encontre d'une analyse téléologique du par. 35(1) qui tient compte des contextes linguistique, philosophique et historique de cette disposition. Selon la jurisprudence de notre Cour relative au par. 35(1), la réconciliation se définit — à juste titre, selon moi — par la relation entre les Canadiens non autochtones et les peuples autochtones à titre de membres égaux de la société canadienne à laquelle ils participent

tous pleinement. De plus, le par. 35(1) a conféré un statut constitutionnel aux droits des « peuples autochtones du Canada » qui « exista[ient] » en common law en 1982 (*Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911, par. 11). L'inclusion des groupes autochtones habitant au-delà des frontières canadiennes ne cadre pas avec ces principes.

[95] Par ailleurs, même si je souscrivais à la conclusion de mon collègue selon laquelle l'expression « peuples autochtones du Canada » englobe les groupes habitant à l'extérieur du Canada, je ne serais pas d'accord avec son application du test énoncé dans l'arrêt *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, à la revendication présentée en l'espèce par l'intimé, Richard Lee Desautel. À mon avis, M. Desautel, en tant que membre de la Lakes Tribe, ne peut démontrer qu'il exerçait un droit ancestral de chasse sur le territoire traditionnel des Sinixt en Colombie-Britannique, étant donné l'absence de continuité entre le droit revendiqué par le groupe contemporain et les pratiques du groupe qui existait avant le contact avec les Européens. Comme il n'y avait rien en 1982 qui pouvait recevoir la protection donnée par le par. 35(1), la revendication de M. Desautel doit être rejetée.

[96] Par conséquent, je suis d'avis de répondre par la négative à la question constitutionnelle et d'accueillir le pourvoi.

I. Contexte

[97] Il s'agit d'une cause type introduite par la Lakes Tribe des Tribus confédérées de la réserve indienne de Colville (« TCC ») établie dans l'État de Washington, aux États-Unis d'Amérique. Agissant selon les directives du directeur des pêches et de la faune des TCC, M. Desautel — citoyen et résident des États-Unis ainsi que membre de la Lakes Tribe — a abattu un wapiti femelle près de Castlegar, en Colombie-Britannique, pour utiliser sa viande en vue d'une cérémonie. Il a signalé sa prise aux agents de conservation, puis a été accusé d'avoir chassé sans permis et d'avoir chassé le gros gibier alors qu'il n'était pas un résident de la Colombie-Britannique, en contravention du par. 11(1) et de l'al. 47a) de la *Wildlife Act*, R.S.B.C. 1996, c. 488.

[98] Un exposé conjoint des faits a été déposé au procès. Monsieur Desautel a admis l'*actus reus* de chaque infraction. Sa seule défense était qu'il exerçait son droit ancestral de chasser à des fins rituelles sur le territoire traditionnel de ses ancêtres Sinixt conformément au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Par conséquent, le procès est devenu, comme prévu, une cause type sur la question de savoir si la Lakes Tribe fait partie des « peuples autochtones du Canada ».

II. Question en litige

[99] Le présent pourvoi soulève la question constitutionnelle suivante :

[TRADUCTION]

Le par. 11(1) et l'al. 47a) de la *Wildlife Act*, R.S.B.C. 1996, c. 488, tel qu'ils étaient rédigés en octobre 2010, sont-ils inopérants à l'égard de l'intimé, un membre de la Lakes Tribe des Tribus confédérées de la réserve indienne de Colville dans l'État de Washington, aux États-Unis

d'Amérique, par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison d'un droit ancestral au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* invoqué par l'intimé?

(d.a., vol. I, p. 139)

III. Analyse

A. *Une interprétation téléologique de l'art. 35 établit qu'il protège uniquement les peuples autochtones habitant au Canada*

[100] Les dispositions constitutionnelles qui confèrent des droits doivent recevoir une interprétation généreuse, mais elles doivent également être situées dans leur contexte afin d'éviter qu'elles ne soient détachées de leurs véritables objectifs. Comme il est indiqué dans l'arrêt *R. c. Blais*, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236, « notre Cour n'a pas [. . .] carte blanche pour inventer de nouvelles obligations sans rapport avec l'objectif original de la disposition en litige. L'analyse doit être ancrée dans le contexte historique de la disposition » (par. 40). Une telle prudence de la part des tribunaux est tout à fait à propos et rejoint l'insistance mise par le juge Binnie sur le fait qu'il « ne faut pas confondre les règles “généreuses” d'interprétation avec un vague sentiment de largesse a posteriori » (*R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 14).

[101] Le paragraphe 35(1) n'accorde une protection constitutionnelle qu'aux droits des « peuples autochtones du Canada ». Les tribunaux d'instance inférieure ont conclu à bon droit que le par. 35(1) doit être interprété téléologiquement. Toutefois, au lieu d'entreprendre une analyse téléologique pour déterminer le sens de l'expression

« peuples autochtones du Canada », ils ont plutôt appliqué le test de l'arrêt *Van der Peet* pour conceptualiser les droits visés au par. 35(1). Comme l'a indiqué la Cour d'appel (2019 BCCA 151, 24 B.C.L.R. (6th) 48, par. 57) : [TRADUCTION] « En termes simples, si les exigences du test de l'arrêt *Van der Peet* sont remplies, la communauté autochtone contemporaine sera considérée comme un “peupl[e] autochton[e] du Canada” ».

[102] Je suis d'accord avec mon collègue le juge Rowe sur le point suivant : la question de savoir si un demandeur est visé par l'expression « peuples autochtones du Canada » qui figure à l'art. 35 constitue une question préliminaire; il faut répondre à cette question séparément de l'analyse retenue dans l'arrêt *Van der Peet* pour déterminer si un groupe a un droit ancestral; et la juge de première instance devait répondre à cette question préliminaire pour déterminer si la Lakes Tribe était visée par l'art. 35. Comme l'a souligné l'appelante, Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique (la « Couronne »), [TRADUCTION] « le test de l'arrêt *Van der Peet* établit quels sont les droits visés par l'art. 35, et non qui est titulaire de ces droits » (m.a., par. 59 (souligné dans l'original)). Le test de l'arrêt *Van der Peet* concerne la portée des droits ancestraux, mais il ne traite pas des droits issus de traités, du titre ancestral ou des droits des Métis, qui sont également visés au par. 35(1). Appliquer le test comme le proposent les tribunaux d'instance inférieure revient à définir l'expression « peuples autochtones du Canada » uniquement en fonction de l'occupation antérieure au contact avec les Européens, ce qui est contraire à la reconnaissance par notre Cour du fait que les droits garantis au par. 35(1) « ne peuvent

être exercés que si la personne qui les revendique appartient à la communauté actuelle, sur le fondement de ses origines ancestrales » (*R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207, par. 24).

[103] Toutefois, je ne souscris pas à la conclusion de mon collègue selon laquelle la portée de l'expression « peuples autochtones du Canada » au sens du par. 35(1) doit s'étendre aux successeurs contemporains des sociétés autochtones qui occupaient le territoire canadien à l'époque du contact avec les Européens et, par conséquent, aux groupes qui n'habitent pas au Canada ou dont les membres ne sont pas et n'ont jamais été citoyens ou résidents du Canada.

[104] À mon avis, pour avoir droit à la protection du par. 35(1), les groupes de successeurs contemporains ne peuvent habiter nulle part ailleurs qu'au Canada. Une analyse téléologique du par. 35(1) qui tient compte des contextes linguistique, philosophique et historique propres à cette disposition permet d'établir qu'elle protège seulement les peuples autochtones habitant au Canada. Cette approche, bien que rejetée par la Cour d'appel en raison de son caractère [TRADUCTION] « formaliste », est tout à fait conforme à la directive de notre Cour voulant que le par. 35(1) soit interprété de façon libérale, en accord avec son objet (*Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, par. 76; voir aussi *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1106; *Van der Peet*, par. 23).

[105] Ainsi que l'a récemment confirmé le juge Rowe, « [l]es droits prévus à l'art. 35 ne sont pas absolus. À l'instar d'autres dispositions de la *Loi constitutionnelle*

de 1982, l'art. 35 s'appuie sur des principes constitutionnels plus larges, tout en étant restreint par ceux-ci » (*Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, [2018] 2 R.C.S. 765, par. 153). Comme je l'expliquerai plus loin, l'intention des rédacteurs était de protéger les droits des groupes autochtones qui sont membres de la société canadienne et qui y participent. Il n'a aucun intérêt à protéger des groupes qui, manifestement, n'ont aucun lien avec elle.

(1) Contexte linguistique

[106] Selon une présomption bien établie de l'interprétation législative et constitutionnelle, chaque mot d'un texte doit avoir un sens. Ce principe découle du postulat que le législateur évite la tautologie : [TRADUCTION] « il n'utilise pas certains mots uniquement à des fins rhétoriques ou esthétiques » (R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (3^e éd. 2016), p. 43). Comme l'explique Ruth Sullivan, « [o]n présume que chaque caractéristique d'un texte de loi a été délibérément choisie et a un rôle précis à jouer dans le cadre législatif » (p. 43). Ce principe est conforme à la directive énoncée par notre Cour dans l'arrêt *Caron c. Alberta*, 2015 CSC 56, [2015] 3 R.C.S. 511, selon laquelle les principes directeurs de l'interprétation téléologique « ne peuvent avoir préséance sur le texte écrit de la Constitution » (par. 36, citant *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 53) et que « l'interprétation en la matière doit néanmoins commencer par l'examen du texte de la loi ou de la disposition constitutionnelle en cause » (par. 37, citant *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 41, p. 88).

[107] Le juge d'appel des poursuites sommaires a conclu que [TRADUCTION] « le sens de l'art. 35 n'est pas évident et manifeste » en ce qui concerne l'expression « peuples autochtones du Canada », car l'article ne limite pas expressément la protection des droits aux peuples autochtones qui résident au Canada ou dont les membres sont des citoyens canadiens (2017 BCSC 2389, [2018] 1 C.N.L.R. 135, par. 42). Cependant, une analyse textuelle révèle l'importance du choix qu'ont fait les rédacteurs d'inclure les mots « du Canada » et « *of Canada* », plutôt que de ne pas qualifier les expressions « peuples autochtones » et « *aboriginal peoples* ». D'abord, l'utilisation du mot « du » pour parler d'un lieu implique la notion d'habitation et [TRADUCTION] « signifie habituellement que la personne dont il est question habite à l'endroit nommé » (*Stroud's Judicial Dictionary of Words and Phrases* (10^e éd. 2020), vol. 2, p. 889). La présomption d'absence de tautologie revêt une importance considérable (*Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715, par. 46). Par conséquent, l'inclusion des mots « du Canada » ne peut être jugée superflue, d'autant plus que le mot « du », qui implique habituellement la notion d'habitation, est utilisé conjointement avec un emplacement géographique bien délimité, à savoir le « Canada ».

[108] La présomption d'uniformité d'expression permet également de mieux comprendre comment les mots « du Canada » à l'art. 35 doivent être interprétés. Comme le signale Ruth Sullivan :

[TRADUCTION]

On présume que le législateur rédige les lois avec soin et d'une manière cohérente, de sorte que dans une loi ou un autre texte législatif, les mêmes termes ont le même sens et les mots différents ont des sens différents. Une autre manière de comprendre cette règle consiste à présumer que le législateur évite les variations stylistiques. Une fois qu'une manière particulière d'exprimer un sens a été adoptée, elle est employée chaque fois que ce sens est recherché.

(*Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 217)

Un libellé restrictif semblable, qui comporte une délimitation géographique, se trouve dans plusieurs dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1982*, par exemple « citoyen canadien » (« *citizen of Canada* » dans la version anglaise, art. 3, 6 et 23), « langues officielles du Canada » (art. 16), « gouvernement du Canada » (art. 20, 32 et 36) et « Constitution du Canada » (art. 21). Interpréter l'expression « peuples autochtones du Canada » de manière plus large serait en contradiction avec cette présomption et irait à l'encontre de l'intention des rédacteurs.

[109] Notre Cour s'est penchée sur le sens d'un libellé semblable dans *Blais et Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95. Dans *Blais*, la Cour n'a pas reconnu que les peuples métis sont visés par le terme « Indiens » dans la clause de récolte de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles* du Manitoba (« CTRN »), en partie en raison de la manière dont le terme était utilisé ailleurs dans la convention :

L'insertion du par. 13 dans cette partie de la *Convention*, qui comprend deux autres dispositions ne s'appliquant manifestement pas aux Métis, appuie l'opinion selon laquelle le terme « Indien » dans cette partie n'était pas considéré comme visant les Métis. La position du par. 13 tend à réfuter l'argument préconisant une interprétation plus large du mot « Indiens » que celle qui ressort par ailleurs du contexte historique de la Convention et de

l'usage de ce mot dans la langue courante au moment de l'édiction de la *Convention*. [Je souligne; par. 30.]

Dans *Frank*, notre Cour a interprété l'expression « Indiens de la province » dans la CTRN de l'Alberta comme ayant un sens plus restreint que « Indiens dans les limites de la province », une expression qui est aussi utilisée dans la convention. En concluant que l'expression « Indiens de la province » visait les Indiens de l'Alberta, notre Cour a interprété l'expression selon son sens grammatical ordinaire et y a apposé, avec raison, un qualificatif géographique.

[110] Dans l'arrêt *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473, par. 65, notre Cour a fait une mise en garde contre une interprétation qui « rendrait superflu un bon nombre de nos droits constitutionnels [. . .]. Elle compromettrait ainsi la délimitation de ces droits établie par les rédacteurs de notre Constitution. » Selon moi, l'approche des juges majoritaires aurait exactement cet effet. Interpréter l'expression « peuples autochtones du Canada » de manière à inclure les groupes n'habitant pas au Canada ou dont les membres ne sont pas et n'ont jamais été citoyens ou résidents du Canada vide les mots « du Canada » de leur sens. Les mots ne sont pas nécessaires aux plans logique ou grammatical, contrairement à la présomption d'absence de tautologie. Le fait d'avoir nommé expressément les peuples métis au par. 35(2) démontre encore davantage que l'intention des rédacteurs n'était pas d'inscrire dans la Constitution, comme l'indique mon collègue, les « droits qui découlent de l'occupation antérieure du Canada par les sociétés autochtones » (par. 31), mais plutôt de constitutionnaliser l'ensemble des droits ancestraux existants détenus

par les peuples autochtones qui étaient au Canada en 1982, que leurs sociétés aient existé ou non avant le contact avec les Européens ou avant la mainmise de ceux-ci sur le territoire. L'utilisation des mots « du Canada » dans le reste de la *Loi constitutionnelle de 1982* vise manifestement à restreindre au moyen d'un qualificatif géographique la portée des droits qui sont constitutionnalisés. Il serait incohérent d'interpréter différemment l'expression « peuples autochtones du Canada ».

(2) Contexte philosophique

[111] Le contexte philosophique aide à expliquer pourquoi les notions de résidence et de citoyenneté ne sont pas mentionnées dans l'art. 35, mais plutôt tenues pour acquises. Comme notre Cour l'a souligné dans *Van der Peet*, par. 18-19, alors que les droits garantis par la *Charte* sont « généraux et universels » selon la philosophie libérale du Siècle des Lumières,

[1]es 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. [Je souligne; soulignement dans l'original supprimé.]

[112] Cette caractérisation reflète la conception qu'a notre Cour de la réconciliation entre les peuples autochtones du Canada et la Couronne. S'exprimant au nom des juges majoritaires dans l'arrêt *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 10, le juge Binnie a décrit

le « noble objectif » de l'art. 35 comme étant la « réconciliation des Canadiens autochtones et non autochtones dans le cadre d'une relation à long terme empreinte de respect mutuel » (je souligne). Plus loin dans *Beckman*, le juge Binnie a précisé l'objectif de l'art. 35 et évoqué implicitement l'importance fondamentale de la notion de résidence dans la formulation de l'art. 35 :

Par la décision d'inscrire à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* la reconnaissance et la confirmation des droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones, les dirigeants politiques du Canada s'engageaient à protéger et à préserver un espace constitutionnel permettant aux Autochtones d'être des Autochtones. Mais l'existence de leur héritage autochtone ne fait pas en sorte que les Autochtones cessent d'être des citoyens qui participent pleinement avec les autres Canadiens à leur gouvernance collective. [par. 33]

[113] En considérant que le par. 35(1) accorde une « protection constitutionnelle spéciale [. . .] à un segment de la société canadienne » (*Van der Peet*, par. 20), notre Cour a toujours interprété cette disposition comme comportant une condition de résidence ou de citoyenneté. Comme l'a dit le juge Binnie dans *Mitchell*, selon la définition donnée par notre Cour, les droits ancestraux « trouvent leur origine à une époque antérieure, mais ils n'ont pas été figés dans le temps. [. . .] Ils sont projetés dans un Canada moderne où ils sont exercés comme droits collectifs au 21^e siècle par des Canadiens modernes qui souhaitent préserver et protéger leur identité autochtone » (par. 132).

[114] Comme l'a conclu le juge en chef Lamer dans *Van der Peet*, par. 21, l'objectif du par. 35(1) doit être interprété en fonction « des intérêts qu'i[l] vis[e] à

protéger » (citant *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344). L'article 35 protège les peuples autochtones en tant que « participants à part entière, avec les non autochtones, à une souveraineté canadienne partagée » (*Mitchell*, par. 135). Ainsi, les protections ne s'appliquent pas et ne peuvent s'appliquer aux groupes autochtones d'autres pays. On ne saurait affirmer que ces groupes « participent pleinement avec les autres Canadiens à leur gouvernance collective » (*Beckman*, par. 33) ni qu'ils « font partie de notre diversité nationale et y contribuent » (*Mitchell*, par. 132). Cette réalité se reflète dans la portée et la teneur de l'expression « peuples autochtones du Canada ».

(3) Contexte historique

[115] En outre, les sources historiques ne démontrent pas qu'il ait été question à quelque moment que ce soit d'étendre les protections du par. 35(1) aux groupes autochtones étrangers. En fait, les quelques sources qui pourraient donner des indications sur le sens de l'expression « peuples autochtones du Canada » montrent une intention de limiter la protection constitutionnelle des droits ancestraux aux groupes habitant au Canada.

[116] Selon les *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada* (« Procès-verbaux »), au moment des pourparlers entourant le rapatriement de la Constitution canadienne, les membres du comité, notamment les représentants gouvernementaux et autochtones, semblent tous comprendre que le par. 35(1) visait à protéger les droits des communautés autochtones habitant au Canada à l'époque. Par exemple, l'honorable

Jean Chrétien, alors ministre de la Justice et procureur général, a expliqué comment la *Loi constitutionnelle de 1982* protégerait « les droits de tous les autochtones du Canada » qui découlent des traités ou de la Proclamation royale, « les deux sources de droits applicables aux autochtones du Canada » (*Procès-verbaux*, n° 3, 1^{re} sess., 32^e lég., 12 novembre 1980, p. 84; *Procès-verbaux*, n° 4, 1^{re} sess., 32^e lég., 13 novembre 1980, p. 13). George Braden, représentant du gouvernement des Territoires du Nord-Ouest, a souligné que les « autochtones canadiens ont bénéficié d'un statut spécial qui doit être clairement reconnu dans la constitution du pays » (*Procès-verbaux*, n° 12, 1^{re} sess., 32^e lég., 25 novembre 1980, p. 60). Selon leurs déclarations devant le comité, les représentants autochtones supposaient également une limitation géographique. En parlant des propositions de modification, Mary Simon, représentante du Comité inuit sur les affaires nationales, a déclaré ce qui suit :

Le paragraphe (1) de l'article 23(a) [une proposition de disposition sur les droits et libertés des Autochtones] ne fait qu'énoncer l'évidence, soit que les peuples aborigènes du Canada comprennent les trois groupes indigènes du Canada. À l'heure actuelle, il existe d'autres distinctions artificielles en vertu des lois canadiennes qui ont posé de graves problèmes à bien des aborigènes du Canada et auxquels il faut trouver des solutions.

(*Procès-verbaux*, n° 16, 1^{re} sess., 32^e lég., 1^{er} décembre 1980, p. 13)

Logiquement, les « trois groupes [. . .] du Canada » dont parle M^{me} Simon ne peuvent s'entendre que des groupes autochtones actuels qui résident et se trouvent au Canada, ce qui suppose un élément géographique.

[117] Certaines remarques dans les *Procès-verbaux* font aussi explicitement référence à une limitation géographique en ce qui concerne le sens de l'expression « peuples autochtones du Canada ». Par exemple, à une question sur la définition du mot « Indien », Nellie Carlson, vice-présidente pour l'Ouest de l'organisme Indian Rights for Indian Women, a répondu : « ma définition d'un Indien canadien : c'est un Indien qui est né et qui a grandi dans ce pays, qui n'a pas traversé l'océan pour venir s'installer ici, mais qui a toujours vécu ici et qui a subi tous les problèmes que nous avons connus » (*Procès-verbaux*, n° 17, 1^{re} sess., 32^e lég., 2 décembre 1980, p. 97).

[118] La Cour d'appel a écarté les *Procès-verbaux* au motif qu'ils [TRADUCTION] « ne s'appliquaient pas précisément » en l'espèce et qu'ils n'orientaient pas l'interprétation constitutionnelle du par. 35(1) (par. 64). Mon collègue est d'accord et conclut que les *Procès-verbaux* « ne nous éclairent pas » (motifs du juge Rowe, par. 41). Avec égards, ce point de vue ne tient pas compte de la preuve convaincante exposée ci-dessus, qui démontre que les membres du comité étaient tous d'avis que les protections constitutionnelles accordées par le par. 35(1) ne devaient bénéficier qu'aux groupes autochtones habitant au Canada, comme en témoigne l'utilisation des mots « au Canada » et « canadien » en tant que synonymes des mots « du Canada ». L'historique de la rédaction de cette disposition est utile à l'interprétation constitutionnelle (*R. c. Poulin*, 2019 CSC 47, par. 78; *R. c. Stillman*, 2019 CSC 40, par. 77), et je ne vois aucune raison pour notre Cour de ne pas s'appuyer comme par le passé sur les *Procès-verbaux* en l'espèce.

[119] Notre Cour ne peut imposer une intention d'étendre les protections constitutionnelles prévues au par. 35(1) au-delà de ce qui était envisagé. Si le par. 35(1) devait également s'appliquer aux groupes autochtones habitant à l'extérieur du Canada, alors on s'attendrait à ce que ces questions plus générales de reconnaissance et de compétence aient fait l'objet d'un long débat et d'un examen approfondi. Par exemple, les communautés situées à l'extérieur du Canada auraient communiqué leurs intérêts. Rien n'indique que les rédacteurs ou les participants aient envisagé cette nouvelle mesure constitutionnelle, ce qui contredit toute intention d'inclure les groupes autochtones situés à l'extérieur du Canada dans le champ d'application du par. 35(1).

[120] Par conséquent, je suis d'avis que les « peuples autochtones du Canada » au sens du par. 35(1) sont des peuples autochtones qui habitent au Canada. En l'espèce, la Lakes Tribe se trouve entièrement dans l'État de Washington aux États-Unis d'Amérique. Elle ne peut donc pas être considérée comme faisant partie des « peuples autochtones du Canada » au sens du par. 35(1). Puisque M. Desautel n'appartient pas à une collectivité qui fait partie des « peuples autochtones du Canada », il ne peut exercer un droit ancestral — protégé par la Constitution — de chasser à des fins rituelles sur le territoire traditionnel des Sinixt en Colombie-Britannique.

B. *L'omission de donner une interprétation téléologique à l'article 35 mène à des résultats invraisemblables et problématiques*

[121] La conclusion selon laquelle l'édiction du par. 35(1) n'a pas eu pour effet de constitutionnaliser les droits ancestraux des collectivités situées à l'extérieur du

Canada est également renforcée par les conséquences néfastes qu'entraînerait la conclusion contraire. Mon collègue est d'avis que ces préoccupations ne justifient pas une modification du droit, car « [s]i les communautés autochtones à l'extérieur du Canada peuvent revendiquer et posséder des droits visés au par. 35(1), il ne s'ensuit pas que leurs droits sont les mêmes que ceux des communautés se trouvant au Canada » (par. 71). Avec beaucoup d'égards, je ne puis être d'accord. S'il est loisible à un groupe autochtone de l'extérieur du Canada d'exercer au Canada un droit ancestral garanti par le par. 35(1), alors ce groupe doit être protégé par la Constitution et être en mesure d'exercer toute la panoplie de droits au même titre que ceux qui sont titulaires de droits ancestraux au Canada. Rien de moins ne saurait protéger l'honneur de la Couronne et favoriser le processus de réconciliation en cours entre le Canada et ses premiers peuples.

[122] Par conséquent, étendre la protection constitutionnelle du par. 35(1) aux groupes autochtones hors du Canada donne des résultats pour le moins inquiétants. D'abord, l'art. 35.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* emploie l'expression « peuples autochtones du Canada » pour énoncer l'obligation d'inviter les représentants de ces peuples à participer aux conférences constitutionnelles, tout comme le faisaient les art. 37 et 37.1 avant leur abrogation (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl. (feuilles mobiles), vol. 1, p. 28-65 à 28-66). En principe, rien ne justifie que des groupes autochtones titulaires de droits garantis au par. 35(1) se voient refuser le droit constitutionnel à la participation démocratique garanti par l'art. 35.1 simplement en raison de leur situation géographique. Bien que les tribunaux d'instance inférieure

semblaient peu préoccupés par cette perspective, à mon sens, permettre aux groupes autochtones de l'extérieur du Canada de participer à la démocratie canadienne, comme l'exige l'art. 35.1, est contraire au principe constitutionnel organisateur de démocratie et incompatible avec l'objectif du rapatriement (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*).

[123] En outre, cette approche présenterait de nombreuses difficultés concernant l'obligation de consultation qui incombe à la Couronne. Le nombre de groupes à consulter, et à accommoder le cas échéant, augmenterait considérablement, et on peut s'attendre à ce que, dans certains cas, tenir compte des intérêts des titulaires de droits garantis au par. 35(1) hors du Canada aille à l'encontre des intérêts des titulaires de droits garantis au par. 35(1) du Canada. Une fois qu'un groupe autochtone hors du Canada a établi l'existence d'un droit garanti par le par. 35(1), on pourrait présumer que la Couronne en serait avisée. Par conséquent, je ne saurais convenir avec mon collègue que « [c]omme les groupes se trouvant à l'extérieur du Canada n'interviennent pas dans ce processus dans la même mesure, la portée de l'obligation de les consulter, et la façon d'exécuter cette obligation, peuvent différer » (par. 76). En fait, les groupes autochtones qui habitent à l'extérieur du Canada interviendraient dans la même mesure et, par conséquent, l'obligation de la Couronne de les consulter ne pourrait être différente, à moins de créer un processus de consultation à deux paliers, ce qui serait contraire à son obligation de s'engager dans un « processus de négociation honorable et de conciliation » (*Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 32) avec tous les titulaires de droits ancestraux.

[124] Étant donné que les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) englobent non seulement les droits spécifiques à un site, mais également les droits sur les terres mêmes, conclure que les groupes autochtones hors du Canada sont des « peuples autochtones du Canada » signifie que ces groupes pourraient, en principe, détenir un titre ancestral protégé par la Constitution sur des terres canadiennes. Le titre ancestral confère au groupe qui le détient « le droit exclusif de déterminer l'utilisation qui est faite des terres et le droit de bénéficier des avantages que procure cette utilisation » (*Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257, par. 88). Bien qu'elle n'ait pas été soulevée directement en l'espèce, cette question n'est pas du tout hypothétique. Les TCC, dont la Lakes Tribe fait partie, ont déjà déposé deux revendications de titre devant les tribunaux de la Colombie-Britannique (voir *Campbell c. British Columbia (Minister of Forest and Range)*, 2011 BCSC 448, [2011] 3 C.N.L.R. 151). Il serait étonnant qu'un groupe étranger puisse détenir un titre protégé par la Constitution sur un territoire canadien, puisque le droit de circulation accessoire requis serait fondamentalement incompatible avec la souveraineté canadienne (voir *Mitchell*, par. 159-164, le juge Binnie).

[125] Les rédacteurs du par. 35(1) n'auraient pas pu souhaiter pareilles conséquences néfastes. Ainsi, ces préoccupations militent contre la conclusion selon laquelle la Lakes Tribe est un « peupl[e] autochton[e] du Canada ». Par conséquent, j'accueillerais le pourvoi pour ce motif.

C. *Même si la Lakes Tribe fait partie des « peuples autochtones du Canada », M. Desautel ne peut revendiquer le droit ancestral de chasser à des fins rituelles*

[126] Même si l'on suppose que la Lakes Tribe fait partie des « peuples autochtones du Canada », comme les juges majoritaires l'ont conclu, je suis tout de même d'avis d'accueillir le pourvoi au motif que M. Desautel, en qualité de membre de la Lakes Tribe, ne peut revendiquer le droit ancestral de chasser à des fins rituelles sur le territoire traditionnel des Sinixt en Colombie-Britannique. À mon sens, le test de l'arrêt *Van der Peet* qui sert à établir l'existence d'un droit ancestral visé au par. 35(1) n'est pas rempli en l'espèce.

[127] Je conviens avec mon collègue que le test de reconnaissance de droits ancestraux à des groupes hors du Canada est le même que celui qui s'applique aux groupes du Canada. Conformément à l'analyse établie dans *Van der Peet*, si un groupe autochtone hors du Canada peut démontrer, d'une part, que la pratique, tradition ou coutume antérieure au contact avec les Européens qui étaye le droit contemporain revendiqué faisait partie intégrante de sa société autochtone distinctive avant le contact et, d'autre part, qu'il y a un degré raisonnable de continuité entre ce droit revendiqué et cette pratique, tradition ou coutume, alors le groupe autochtone doit bénéficier de la pleine reconnaissance de ses droits garantis par le par. 35(1) (*Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535, par. 46).

[128] Toutefois, à mon avis, la juge de première instance a commis une erreur révisable dans son application du test de l'arrêt *Van der Peet*. Plus particulièrement, elle a eu tort de conclure que l'exigence de continuité du test avait été respectée.

(1) Continuité

[129] Le paragraphe 35(1) ne protège que les pratiques contemporaines qui ont un degré raisonnable de continuité avec les pratiques antérieures au contact avec les Européens (*Van der Peet*, par. 63-65). Certes, comme l'a affirmé notre Cour dans *Van der Peet*, la notion de continuité n'impose pas une « continuité parfaite » (par. 65, le juge en chef Lamer) ou une « chronique indiquant comment, année après année, le droit a été exercé depuis les temps immémoriaux » (par. 249, la juge McLachlin, dissidente pour d'autres motifs). La continuité doit être interprétée avec souplesse. Or, une telle souplesse a ses limites.

[130] À mon sens, bien que des hiatus temporels dans la pratique n'empêchent pas forcément l'établissement d'un droit ancestral (*Van der Peet*, par. 65), le défaut de présenter suffisamment de preuve pour démontrer que la pratique s'est poursuivie ou, à tout le moins, qu'un lien avec la pratique historique a été maintenu durant ces hiatus temporels peut être fatal. Les revendications de droits ancestraux nécessitent que l'on rassemble et présente suffisamment d'éléments de preuve adéquats pour satisfaire aux exigences juridiques applicables à ces droits (*Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386, par. 84).

(2) Application

[131] En ce qui concerne le pourvoi dont nous sommes saisis, il est important d'examiner les conclusions de fait tirées par la juge de première instance. Cette dernière a conclu que les Sinixt avaient continué leurs activités de récolte saisonnières dans la partie nord de leur territoire à partir du contact avec les Européens (1811) jusqu'à environ 1870. Aux environs de 1880 et de 1890, la majorité des peuples des Lacs se sont déplacés vers la réserve de Colville dans l'État de Washington. En 1902, seuls 21 Sinixt vivaient toujours sur leur territoire traditionnel au Canada lorsque le gouvernement fédéral a mis de côté une réserve pour la « bande des lacs Arrow », dont font partie les Sinixt, les Ktunaxa et les Secwepemc. En 1956, après le décès du dernier membre de la bande des lacs Arrow, le gouvernement fédéral a déclaré cette bande éteinte.

[132] Le dossier montre clairement qu'après 1930, les membres de la Lakes Tribe n'ont pas voyagé vers la Colombie-Britannique et n'y ont pas chassé non plus. Aujourd'hui, les membres de la Lakes Tribe n'exercent pas, comme l'ont fait leurs ancêtres, [TRADUCTION] « des activités saisonnières soutenues sur tout leur territoire traditionnel, y compris les terres qui se trouvent maintenant en Colombie-Britannique » (par. 119). La seule preuve présentée au procès concernant la présence de la Lakes Tribe en Colombie-Britannique avant 2010 est un événement unique qui a eu lieu en novembre 1972, lorsque Charlie Quintasket, [TRADUCTION] « un Indien des Lakes de la réserve de Colville », est entré dans le bureau de Dorothy Kennedy, spécialiste autochtone, et lui a demandé pourquoi les peuples des Lacs n'avaient aucune réserve indienne au Canada (par. 49). La seule preuve démontrant que la Lakes Tribe

a maintenu un lien avec le droit revendiqué était le fait que [TRADUCTION] « la terre n'avait pas été oubliée » (par. 50) dans l'esprit des membres de la Lakes Tribe et que la Lakes Tribe pratiquait la chasse dans l'État de Washington au moment du contact avec les Européens.

[133] Afin d'expliquer pourquoi les membres de la Lakes Tribe ont graduellement cessé de chasser sur le territoire traditionnel des Sinixt, M. Desautel a souligné la création de la frontière internationale par le Traité de l'Oregon de 1846 ainsi que l'interdiction de chasser imposée par la loi britanno-colombienne intitulée *Game Protection Amendment Act, 1896*, S.B.C. c. 22 (« *Acte de 1896* »). D'après la juge de première instance, les Sinixt ont continué de chasser en Colombie-Britannique jusque dans les années 1930 malgré l'adoption de l'*Acte de 1896*. Par conséquent, on ne saurait dire que cette loi a empêché les Sinixt de chasser. Même si on acceptait que c'était le cas, rien n'explique l'absence de la Lakes Tribe de la province pendant près de 30 ans — de 1982, lorsque les droits ancestraux existants ont été constitutionnalisés par la *Loi constitutionnelle de 1982*, jusqu'en 2010, lorsque M. Desautel s'est rendu en Colombie-Britannique pour tirer sur un wapiti femelle et lancer la présente cause type.

[134] En clair, il n'existe aucune preuve directe entre 1930 et 1982, et entre 1982 et 2010, que la Lakes Tribe se soit adonnée à quoi que ce soit qui puisse être considéré comme une pratique moderne de la chasse sur ce territoire. Il ne s'agit pas d'une affaire où la Lakes Tribe ne pouvait fournir une « chronique indiquant comment, année après année, le droit a été exercé depuis les temps immémoriaux »; en fait, les membres de

la Lakes Tribe n'ont pas chassé, et encore moins exercé des activités saisonnières, en Colombie-Britannique après 1930.

[135] Je suis d'avis que la juge de première instance a commis une erreur révisable en concluant que la continuité n'avait pas été rompue et que M. Desautel avait établi l'existence d'un droit ancestral de chasser en Colombie-Britannique. Bien que les conclusions de fait de la juge de première instance commandent la retenue puisque l'évaluation de la preuve dans des revendications de droits ancestraux « relève généralement du juge de première instance, qui est le mieux placé pour apprécier la preuve présentée » (*Mitchell*, par. 36), les faits qu'elle a constatés ne satisfont pas à l'exigence de continuité nécessaire pour établir un droit ancestral.

[136] La continuité ne peut être établie du seul fait qu'il existe une preuve que [TRADUCTION] « la terre n'avait pas été oubliée » dans l'esprit des membres de la Lakes Tribe. Il ne s'agit pas, et il ne peut s'agir de la norme à appliquer. Même si l'on tient compte du fait que les membres de la Lakes Tribe ont pratiqué la chasse dans l'État de Washington, la preuve n'est pas concluante. De plus, en l'absence d'une explication quant à sa signification, la preuve que M. Quintasket a interrogé M^{me} Kennedy au sujet des réserves de la Lakes Tribe au Canada n'a tout simplement aucune importance ni pertinence juridique. Puisque la preuve de la continuité est nébuleuse et vague à de nombreux égards, rien ne permettait à la juge de première instance de tirer une inférence de continuité. Comme la Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Mitchell*, au par. 39 :

Il y a une limite à ne pas franchir entre l'application éclairée des règles de preuve et l'abandon complet de ces règles. Comme le note le juge Binnie dans le contexte des droits issus de traités, « [i]l ne faut pas confondre les règles “généreuses” d'interprétation avec un vague sentiment de largesse a posteriori » (*R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 14). En particulier, la démarche de l'arrêt *Van der Peet* n'a pas pour effet d'augmenter la force probante de la preuve soumise à l'appui d'une revendication autochtone. La preuve à l'appui des revendications autochtones, comme la preuve produite dans n'importe quelle affaire, peut couvrir toute la gamme des forces probantes, de la preuve hautement convaincante à la preuve hautement contestable. Il faut encore établir le bien-fondé des revendications sur la base d'une preuve convaincante qui démontre leur validité selon la prépondérance des probabilités. Dire qu'il faut accorder « le poids qui convient » au point de vue autochtone ou s'assurer que la preuve à l'appui de ce point de vue est placée sur un « pied d'égalité » avec les types de preuve plus familiers, c'est précisément dire ce que cela veut dire : un traitement égal et approprié. Si la preuve des demandeurs autochtones ne devrait pas être sous-estimée « simplement parce [qu'elle] ne respecte pas de façon précise les normes qui seraient appliquées dans une affaire de responsabilité civile délictuelle par exemple » (*Van der Peet*, précité, par. 68), on ne devrait pas non plus la faire ployer artificiellement sous plus de poids que ce qu'elle peut raisonnablement étayer. Si cette proposition est évidente, il faut néanmoins l'énoncer. [Souligné dans l'original; texte entre crochets dans l'original.]

[137] Étant donné l'absence prolongée et non justifiée de la Lakes Tribe en Colombie-Britannique entre 1930 et 2010, la continuité n'est pas établie. Un seul tir ne peut avoir pour effet de donner naissance à l'exercice contemporain de ce droit par la Lakes Tribe. En l'absence d'une preuve même minimalement convaincante, cette conclusion semble inévitable.

[138] Par conséquent, même si l'on concluait que la Lakes Tribe faisait partie des « peuples autochtones du Canada », l'absence de continuité serait fatale à la revendication de M. Desautel d'un droit ancestral — protégé constitutionnellement au par. 35(1) — de chasser à des fins rituelles sur le territoire traditionnel de la Lakes

Tribe en Colombie-Britannique. J'accueillerais le pourvoi pour ce motif subsidiaire également.

D. *Droits ancestraux en common law*

[139] Il est bien établi 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 » (*Van der Peet*, par. 28), sous réserve des exceptions relatives à l'incompatibilité avec l'affirmation de la souveraineté, à la cession et à l'extinction (*Mitchell*, par. 10). Toutefois, notre Cour n'a pas examiné auparavant l'effet du par. 35(1) sur les droits en common law d'un groupe autochtone habitant à l'extérieur du Canada. Jusqu'à présent, notre Cour n'a examiné le par. 35(1) qu'à l'égard de demandeurs qui faisaient partie sans conteste des « peuples autochtones du Canada ».

[140] Les motifs exposés ci-dessus ne devraient pas être interprétés comme signifiant qu'une collectivité autochtone hors du Canada qui n'est pas considérée comme faisant partie des « peuples autochtones du Canada », telle la Lakes Tribe, ne peut établir des droits ancestraux en common law au Canada. Toutefois, j'estime qu'il n'est pas nécessaire de trancher cette question en l'espèce. Monsieur Desautel n'a pas affirmé détenir un droit ancestral de chasse reconnu en common law. En effet, il s'est opposé à cette idée pour plusieurs raisons, dont le fait qu'un droit en common law ne l'aurait pas soustrait à l'application des dispositions de la *Wildlife Act* en cause. Par conséquent, je considère qu'il n'est pas nécessaire de décider si M. Desautel est titulaire d'un droit ancestral de chasse reconnu en common law en Colombie-Britannique; la

question de savoir si la common law continue de protéger les droits ancestraux qui n'ont pas été constitutionnalisés par l'adoption du par. 35(1) sera examinée à une autre occasion.

IV. Conclusion

[141] En somme, je serais d'avis de conclure que l'expression « peuples autochtones du Canada » figurant au par. 35(1) s'entend des peuples autochtones d'aujourd'hui qui habitent au Canada, et j'accueillerais le pourvoi pour ce motif. Mais même si l'expression avait une portée plus englobante, M. Desautel ne peut établir qu'il exerçait, en vertu du par. 35(1), un droit ancestral de chasse sur le territoire traditionnel des Sinixt en Colombie-Britannique, puisqu'il n'a pas réussi à prouver qu'il y a une continuité raisonnable entre la pratique, coutume ou tradition antérieure au contact avec les Européens et le droit contemporain revendiqué. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi pour ce motif subsidiaire également.

[142] Je ferais droit au pourvoi de la Couronne et je répondrais à la question constitutionnelle par la négative. Par conséquent, M. Desautel ne devrait pas être soustrait à l'application des dispositions de la *Wildlife Act* en vertu desquelles il a été accusé. Je rendrais, à l'endroit de M. Desautel, un verdict de culpabilité pour les deux chefs d'accusation de chasse sans permis, en contravention du par. 11(1) de la *Wildlife Act*, et de chasse du gros gibier alors qu'il n'était pas résident, en contravention de l'al. 47a) de la *Wildlife Act*, et je renverrais l'affaire au tribunal de première instance pour qu'il détermine la peine.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MOLDAVER —

[143] J'ai pris connaissance des motifs de mes collègues les juges Rowe et Côté. Pour les besoins du présent pourvoi, je suis prêt à supposer, sans trancher la question de manière définitive, que le juge Rowe a raison de statuer qu'en tant que membre d'une communauté autochtone se trouvant à l'extérieur du Canada, M. Desautel peut revendiquer la protection constitutionnelle offerte par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Je conviens néanmoins avec la juge Côté, pour les motifs qu'elle a exposés, que M. Desautel ne s'est pas acquitté de son fardeau d'établir l'élément de continuité de sa revendication, en fonction du critère relatif aux droits ancestraux établi dans l'arrêt *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi pour ce motif et d'imposer la même mesure de redressement que la juge Côté.

Appel rejeté, les juges MOLDAVER et CÔTÉ sont dissidents.

Procureur de l'appelante : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intimé : Arvay Finlay, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Territoire du Yukon : Procureur général du Territoire du Yukon, Whitehorse.

*Procureur de l'intervenante la Nation Peskotomuhkati : Paul Williams,
Ohsweken (Ont).*

*Procureurs de l'intervenante Indigenous Bar Association in
Canada : First Peoples Law, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante Whitecap Dakota First Nation : Gowling
WLG (Canada), Vancouver.*

*Procureurs des intervenants le Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee) et
le Gouvernement de la nation crie : Goldblatt Partners, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Okanagan Nation Alliance : Mandell Pinder,
Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant Mohawk Council of Kahnawà:ke : Mohawk
Council of Kahnawà:ke Legal Services, Mohawk Territory of Kahnawà:ke (Qc).*

*Procureur de l'intervenante l'Assemblée des Premières
Nations : Assemblée des Premières Nations, Ottawa.*

*Procureurs des intervenants le Ralliement national des Métis et la
Fédération Métisse du Manitoba : Hodgson-Smith Law, Saskatoon.*

*Procureur de l'intervenante la Première Nation Nuchatlaht : Jack
Woodward, c.r., Campbell River (C.-B.).*

*Procureurs de l'intervenant le Congrès des peuples autochtones : Paliare
Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Lummi Nation : DGW Law Corporation,
Victoria.*

*Procureurs de l'intervenante Métis Nation British Columbia : Cassels
Brock & Blackwell, Vancouver.*